

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

ARIANNE BRITO CAL ATHIAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Fernando De Brito Alves – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-830-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
<https://www.cesupa.br/>

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Administrativo e Gestão Pública I, durante o XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, realizado em Belém - Pará, entre os dias 13 a 15 de novembro de 2019, em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará - CESUPA.

Os trabalhos apresentados abriram caminho para importantes discussões relacionadas aos campos temáticos do GT, em que os participantes (professores, pós-graduandos, agentes públicos e profissionais da área jurídica) puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela sociedade brasileira, em torno da temática central do evento – DIREITO, DESENVOLVIMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS: Amazônia do século XXI. Referida temática apresenta os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica terão que enfrentar, bem como as abordagens tratadas em importante encontro, possibilitando o aprendizado consistente dos setores socioambiental, estatal e de mercado.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, tendo sido apresentados no GT 15 (quinze) artigos de boa qualidade, selecionados por meio de avaliação por pares.

Os trabalhos ora publicados foram divididos em três eixos temáticos: Sistemas de Controle da Administração Pública e Improbidade; Modernização e Administração Pública na Contemporaneidade; Constitucionalização do Direito Administrativo e Meio Ambiente.

No tocante aos diversos Sistemas de Controle da Administração Pública e Improbidade, 8 (oito) artigos enfrentaram temas que trataram de questões ligadas 1) Análise referente à lei 8.429/92 e as sanções aplicadas por atos de improbidade administrativa: a (im) prescritibilidade nas ações de ressarcimento por ato doloso de improbidade (Lucas Carvalho Américo e Francys Gomes Freitas); 2) O Consequencialismo e o Direito Administrativo Sancionador: aportes sobre as considerações práticas das decisões administrativas em atividades empresariais (Giovani da Silva Corralo e Tatiana Mezzomo Casteli); 3) Alcance e limites da revisão judicial das decisões proferidas em processo administrativo disciplina (Roselaine Andrade Tavares); 4) Corrupção na empresa: burocracia e utilidade dos programas de integridade (Thalita Almeida); 5) O custo da improbidade administrativa e a

efetividade das condenações: a perspectiva do Rio Grande do Norte (Rebeka Souto Brandão Pereira e Bruno Lacerda Bezerra Fernandes); 6) O potencial dano à imagem causado por ação civil pública fundada em ato de improbidade administrativa no Brasil (Cleber Sanfelici Otero e Adriano Calos Ravaioli); 7) O princípio do promotor natural e o controle da discricionariedade administrativa (Adelson Barbosa Damasceno) e 8) Teorias dissuasórias ou retributivas? análise dos fundamentos da aplicação de sanções administrativas pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (Eric Botelho Mafra e Maria Tereza Fonseca Dias).

O próprio volume de trabalhos apresentados nesta temática demonstra a sua importância e a relevância que os sistemas de controle e o enfrentamento à improbidade administrativa representam para a consolidação do paradigma do Estado democrático de direito, no sentido de conciliar as tensões entre a legitimidade da gestão pública e as esferas socioestatais.

Com relação ao eixo temático Modernização e Administração Pública na Contemporaneidade, foram apresentados os trabalhos 1) A Administração Pública na contemporaneidade: uma inflexão necessária (Camile Melo Nunes e Arianne Brito Cal Athias); 2) A modernização nas contratações públicas - uma análise sobre flexibilização das cláusulas exorbitantes em benefício da segurança jurídica (Thiago Alves Feio e Ana Amélia Barros Miranda); 3) Desburocratização: impactos na informatização e celeridade do serviço público (Ivone Rosana Fedel e Calos Cesar Sousa Cintra) e 4) Registros centralizados e racionalidade regulatória na administração pública brasileira multinível (estadual federal e municipal) (Anna Carolina Silveira Verde Silva e Fernanda Granja Cavalcante da Costa), todos eles, em certa medida, discutindo as vantagens, desvantagens, ameaças e limites aos avanços da modernização e o tecnicismo na Administração Pública. Assim, o ente estatal, com intuito de reduzir custos e proporcionar a prestação de serviços especializados à sociedade civil, utiliza-se cada vez mais da automação e do meio digital na prestação do serviço público. Os trabalhos demonstram profundidade teórica e preocupação com a garantia dos direitos fundamentais, trata-se de tema atual e pujante na Administração Pública, assim merece atenção especial dos estudiosos do Direito Administrativo e da gestão pública.

Em terceiro momento, destaca-se o eixo Constitucionalização do Direito Administrativo e meio ambiente, com um conjunto de 3 (três) artigos que abordaram diferentes aspectos da temática, quais sejam: 1) Constitucionalização do Direito Administrativo e o devido processo legal: a democratização das decisões administrativas que envolvam interesses dos administrados (Cesar Augusto Luiz Leonardo e João Victor Nardo Andressa); 2) O devido processo administrativo do licenciamento ambiental (Pedro Agão Seabra Filter e Sérgio Augusto da Costa Gillet) e 3) Responsabilidade administrativa por dano ambiental (Tamara Cristiane Geiser). Os autores destacaram os principais teóricos da atualidade, bem como as

construções legislativas mais modernas e importantes. Percebeu-se uma análise detalhada e analítica sobre as principais questões abordadas.

Diante da pluralidade e diversidade do arcabouço normativo e jurisprudencial utilizado, percebeu-se a profundidade das pesquisas e a responsabilidade das investigações, proporcionando uma análise sistemática e verticalizada das temáticas selecionadas.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração e desejamos a todos ótima e proveitosa leitura!

Arianne Brito Cal Athias - UNAMA

Edith Maria Barbosa Ramos – UFMA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL E O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

THE NATURAL PROMOTER PRINCIPLE AND CONTROL OF ADMINISTRATIVE DISCRETION

Adelson Barbosa Damasceno ¹

Resumo

O presente artigo pretende analisar o princípio do promotor natural no controle da discricionariedade administrativa, cuja leitura mais uniforme aponta para um direito subjetivo de cada membro do Parquet em exercer a tal função de acordo com suas predileções pessoais e sem qualquer tipo de subordinação orgânica. Tal princípio apontar para um esforço hermenêutico objetivando uma autonomia que não encontra fundamento Constitucional, cujos reflexos são a insegurança jurídica, a dificuldade de se criar padrões comportamentais para a tomada de decisões no exercício das tarefas a cargo do Estado e a baixo grau de institucionalização do Ministério Público na atividade controladora.

Palavras-chave: Promotor natural, Controle, Autonomia, Subordinação orgânica, Institucionalização

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyze the principle of the natural promoter in the control of administrative discretion, whose more uniform reading points to a subjective right of each member of the Parquet to perform this function according to their personal preferences and without any kind of organic subordination. Such principle points to a hermeneutic effort aiming at an autonomy that does not find Constitutional ground, whose reflexes are the legal insecurity, the difficulty to create behavioral patterns for the decision making in the exercise of the tasks in charge of the State and the low degree of institutionalization of the state.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Natural promoter, Control, Autonomy, Organic subordination, Institutionalization

¹ Mestrado em Direito pela Universidade Fumec - Minas Gerais na linha de pesquisa Estado, Legitimidade e Controle. Especialista em Direito Público pela PUC - Minas. Graduado em Direito.

1 INTRODUÇÃO

Os limites ao controle da competência discricionária da Administração é tema recorrente no âmbito do Direito Administrativo e da ciência política.

Além da clássica teoria da separação dos Poderes, o constituinte ampliou, de forma significativa, as competências institucionais do Ministério Público que, embora não seja considerado Poder, detém autonomia funcional, financeira e orçamentária, desvinculando-o do Poder Executivo e colocando-o em uma posição privilegiada no controle da Administração Pública.

Concomitantemente, surge uma literatura bastante uniforme no sentido de extrair do Texto Constitucionais princípios implícitos à função do *Parquet*, dentre eles, o princípio do promotor natural, cujo sentido, amplificado por essa construção doutrinária, seria uma autonomia de cada promotor que lhe permitiria atuar mesmo contra posições institucionais do próprio Ministério Público.

Pretende-se aqui analisar se princípio do promotor, sua compatibilidade com o ordenamento jurídico e constitucional e os reflexos negativos no controle da competência discricionária da Administração.

O estudo, que poderia partir de vários outros exemplos, traz a controvérsia em torno da Recomendação Nº 36/2016 do Conselho Nacional do Ministério Público, seu descumprimento por parte de membros do *Parquet* mineiro, bem como posterior decisão desse mesmo Conselho.

O primeiro capítulo aborda a ideia de poderes, competências, funções do Estado e a posição de centralidade do Ministério Público no controle da Administração Pública, no segundo capítulo traça a devida demarcação do princípio do promotor natural e a teoria do neopatrimonialismo de acesso pessoal ao passo que no terceiro serão abordados os desafios, riscos e a incompatibilidade desse neopatrimonialismo frente ao modelo democrático.

As conclusões apontam para a incompatibilidade da ideia de que o princípio do promotor natural permita uma atuação sem qualquer tipo de subordinação orgânica na atividade de controle da discricionariedade administrativa, bem como dá indícios de que essa apropriação da função pública demonstra um baixo grau de institucionalização.

O método adotado é o indutivo a partir da análise de dados localizados e pontuais, sendo utilizado como fontes de pesquisa a Biblioteca da Assembleia Legislativa de Minas Gerais, bancos de teses e dissertações da Capes, acervo bibliográfico pessoal, acervos de Legislação, bem como artigos em periódicos em revistas e páginas especializadas.

2 OS PODERES DO ESTADO E O MINISTÉRIO PÚBLICO

Para Dalmio Dallari, o Estado seria a “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”. (Dallari, 1998, p.101)

A atuação estatal, por sua vez, é desenvolvida através do exercício de funções, a qual consiste no dever, a partir de uma investidura legal, de satisfazer determinadas finalidades a cargo do Estado, através do manejo de poderes instrumentais necessários ao seu cumprimento. (MELLO, 2007)

Sabe-se que desde Montequieu¹ há uma preocupação de que os homens se assenhorassem dos poderes instrumentais que lhe foram conferidos pelo Estado e, deles se utilizassem com o intuito de satisfazer seus interesses pessoais.

Ainda hoje o tema é abordado na doutrina brasileira:

De um lado, temos o controle político, aquele que tem por base a necessidade de equilíbrio entre os Poderes estruturais da República – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Nesse controle, cujo delineamento se encontra na Constituição, pontifica o sistema de freios e contrapesos, nele se estabelecendo normas que inibem o crescimento de qualquer um deles em detrimento de outro e que permitem a compensação de eventuais pontos de debilidade de um para não deixá-lo sucumbir à força de outro. São realmente freios e contrapesos dos Poderes políticos. (FILHO, 2017. P. 526)

Ao tratar dessa ideia de separação dos poderes, que no âmbito dos Estados Democráticos, detém o status de princípio, Dallari assim a identifica:

Quando pretendemos desconcentrar o poder atribuindo o seu exercício a vários órgãos, a preocupação maior é a defesa da liberdade dos indivíduos, pois, quanto maior for a concentração do poder, maior será o risco de um governo ditatorial. Diferentemente, quando se ignora o aspecto do poder para se cuidar das funções, o que se procura é aumentar a eficiência do Estado, organizando-o da maneira mais adequada para o desempenho de suas atribuições. (DALLARI, 1998. p. 216)

Ainda, sob a perspectiva de eficiência, Dallari (1998) assevera que a desconcentração do poder estatal tem por finalidade uma garantia de especialização, e não apenas um sistema de freios e contrapesos.

Relevante proposta de Ribeiro (2010) acerca da correlação entre a ideia de poder a função, ou seja, objetivos predeterminados e vinculantes, os quais correspondem exatamente ao conceito de competência.

¹ MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. 2ª Edição. Editora Abril Cultura. 1979. Capítulo IV. P. 148.

Para Ruy Cirne Lima, competência em direito público é “a medida de poder que a ordem jurídica assina a uma pessoa determinada” de modo que aparenta-nos mais apropriado o estudo dos poderes estatais a partir da ideia de competências. (LIMA, 2007, p.385)

Mantendo uma linha clássica, o novo desenho do Estado brasileiro, a partir da matriz democrática da Constituição de 1988, também se organiza a partir da teoria separação dos Poderes, trazendo, no entanto, uma inovação naquilo que diz respeito ao Ministério Público.

Em que pese a Lei da Ação Civil Pública de 1985 e toda a construção política e doutrinária iniciada por volta de 1973², que culminaram no aumento significativo do rol de competências do Ministério Público para além da titularidade da ação penal pública e defesa judicial do Estado, foi com a Constituição Federal de 1988 que este teve sua posição institucional reafirmada nesse novo desenho de Estado traçado durante a Constituinte.

Pode-se dizer, e aqui dando eco às lições de Kerche³, que nenhum outro poder ou instituição sofreu tamanho deslocamento de suas atribuições na Constituição de 1988 quanto o Ministério Público, vejamos:

O Ministério Público pode ser considerado, do ponto de vista institucional, a maior novidade trazida pela Constituição de 1988, mesmo quando comparado aos Poderes de Estado ou outras instituições como o Exército ou o Banco Central. Ou seja, mesmo com modificações, as atribuições básicas dessas instituições e Poderes foram mantidas. De fato, o Legislativo continuou bicameral; o Executivo manteve suas atribuições administrativas e preservou grandes poderes para legislar; o Banco Central permaneceu ligado ao Poder Executivo. Quanto ao Ministério Público, entretanto, há um claro ponto de inflexão. Antes de 1988, tratava-se de uma instituição ligada ao Executivo, responsável principalmente pela ação penal pública junto aos tribunais. Após a Constituição de 1988, o Ministério Público passa a ser independente de todos os Poderes de Estado e detentor de atribuições extremamente reforçadas de representante da sociedade, inclusive para questões coletivas de fundo civil, através da ação civil pública. (Kerche, 2010. P. 107/108)

Ademais, o Ministério Público, a teor do art. 127 da Constituição Federal, goza de independência funcional (art. 127, § 1º), autonomia funcional e administrativa (art. 127, § 2º) e; autonomia financeira e orçamentária, sendo ele próprio responsável pela elaboração de sua proposta de orçamento (art. 127. § 3º).

Embora inserido em um capítulo em separado dos Poderes do Estado, o Ministério Público foi elevado ao *status* de função essencial à Justiça.

² Nesse sentido Arantes assim pontua: “Nesse sentido, em 1973, tratou-se de abrir caminho para a transformação institucional do Ministério Público, reivindicando sua presença no processo judicial para a proteção de um tipo de Direito que ia além dos direitos individuais e dos interesses “particulares” dos órgãos estatais”. ARANTES, Rogério Bastos. Ministério Público e Política no Brasil. Editora Sumaré. Brasil. 2002. P. 36.

³ KERCHE, F. O Ministério Público e a constituinte de 1987/88. In SADEK, MT, org. O sistema de justiça [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. O sistema de justiça. pp. 106-137. ISBN: 978-85-7982-039-7. Disponível em: < <http://books.scielo.org/id/59fv5/pdf/sadek-9788579820397-04.pdf>>. Acesso em: 11/07/2019

No que tange às suas atribuições institucionais, exerce papel de centralidade no controle da Administração Pública, não o fazendo exclusivamente através da busca de um provimento Judicial em defesa dos interesses tidos como relevantes da sociedade, mas também a partir de novos instrumentos extrajudiciais como os Termos de Ajustamento de Condutas (TAC), Inquéritos Cíveis e as próprias recomendações ministeriais.

Nessa mesma linha, Loureiro e Abrúcio (2010) também pondera esse incremento que a Constituição conferiu ao Ministério Público:

Essa nova legislação representou uma verdadeira “revolução processual” de acesso à Justiça no Brasil e conferiu vantagens institucionais importantes ao MP em relação às associações civis, na representação tutelar dos direitos difusos e coletivos. Entre outras prerrogativas que conferiam posição privilegiada ao MP, temos o inquérito civil e a possibilidade de conduzir termo de ajustamento de conduta (TAC). No primeiro caso, enquanto as associações civis não dispõem de poderes para requisitar informações e produzir provas lastreadas pelo poder coercitivo estatal, o MP pode instaurar o Inquérito Civil e o não atendimento de seus requisitos pode implicar pena de prisão e até três anos e pagamento de multa. Quanto ao TAC ele é um instrumento jurídico com força de título executivo extrajudicial, por meio do qual o agente causador do dano é levado a assumir a responsabilidade pelo mesmo, em acordo firmado com o MP, adotando a partir daí a conduta adequada à superação dos problemas causados e que implicaram prejuízo a direitos transindividuais. O TAC tem a vantagem de produzir efeitos práticos sem que seja necessária a intervenção do Judiciário e, no caso de descumprimento por parte do responsável, sua forma de título extrajudicial permite que o pedido de execução seja feito à Justiça, sem que seja necessário mover ação principal para reconhecimento do Direito. (LOUREIRO; ABRÚCIO; PACHECO; 2010. p. 139-140)

Perez e Junior (2017) também tratam desse incremento das atribuições do Ministério Público no controle da Administração, vejamos:

O Ministério Público tem nobre tarefa atribuída pela Constituição Federal: sob os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional (art. 127, § 1º da CF), cabe-lhe promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e Coletivos (art. 129, III da CF). (PEREZ; JUNIOR. 2017. P.392)

Assim, o ordenamento jurídico-constitucional franqueia ao Ministério Público uma posição privilegiada no controle dos demais Poderes e funções do Estado.

3 DEMARCAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL E O NEOPATRIMONIALISMO

Dentre os temas mais fervorosos do Direito Público está a aplicação direta de princípios para solução de casos concretos que, embora não seja objeto do presente estudo, não pode ser deixado de lado, ainda que aqui se faça uma análise rápida acerca dos riscos de que seus altos

graus de abstração e conceituação aberta venham a se tornar fundamentos de decisões, sejam elas judiciais ou não.

Já preocupado com isso, Carlos Ari Sundfeld assim escreveu:

O profissional do Direito, ao construir soluções para os casos tem o dever analítico. Não obstante boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar princípios, é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário, viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito. (SUNDFELD, 2014. P. 206)

Tão logo a Constituição assegurasse tais prerrogativas ao Ministério Público, iniciou-se, também, um esforço doutrinário e hermenêutico a fim de tratar da construção de seus princípios informadores.

Dessa forma, na medida em que se desenvolviam as literaturas engajadas⁴ sobre o Ministério Público, aumenta-se também o número de princípios constitucionais, implícitos ou não, que, pelo menos em relação a um deles, o qual será objeto de estudo nesse trabalho, teve como finalidade amplificar, através de um esforço hermenêutico, a literalidade da Norma.

É importante esclarecer que o objetivo desse trabalho não é questionar a existência do princípio do promotor natural, mas sua real dimensão e consequências práticas no controle da discricionariedade administrativa.

Segundo Florivaldo Neto, o princípio do promotor natural não decorreria de um dispositivo específico da Constituição e sim de uma fluída exegese constitucional. (RIBEIRO, 2010)

Assevera que teria origem em uma luta histórica, iniciada contra a ingerência de um Poder Executivo autoritário nos anos 70 sobre a instituição. (RIBEIRO, 2010)

Todavia, pondera que há manifesta incoerência nessa justificativa na medida em que aparentemente esse processo de revisitação histórica seria descompassado frente ao modelo do Ministério Público traçado na Constituição de 1988, explica-se: nos períodos autoritários havia a figura do Procurador Geral nomeado pelo Executivo, o qual teria uma atuação interventiva junto à instituição, todavia, a partir da Constituição atual, o Procurador Geral passa a ser

⁴ A expressão literatura engajada é utilizada por Florivaldo Neto em Ribeiro (2010) para demonstrar que as doutrinas acerca do Ministério Público, em sua grande maioria, eram autorreferentes e buscavam demonstrar a existência de princípios que garantiam aos membros da instituição uma espécie de insubordinação autônoma em relação à própria instituição. A título de exemplo trouxe uma lista de nomes, todos ligados ao próprio Ministério Público, que escreveram sobre o tratamento constitucional dispensado à instituição, sendo eles: Hugo Nigro Mazzilli, *Funções institucionais do Ministério Público*; Carlos Alberto Sales, *Legitimação do Ministério Público para defesa de direitos e garantias constitucionais*; Rogério Fernandes Rodrigues, *O Ministério Público do Trabalho na Constituição de 1988*; Paulo Salvador Frontini, *O Ministério Público, Estado, Constituição*; Inocêncio Mártires Coelho, *O Ministério Público na Constituição de 1988*; Maurício Augusto Gomes, *Ministério Público na Constituição de 1988 – breves anotações*. (RIBEIRO, 2010. p136)

escolhido pelo Poder Executivo dentre os membros da própria instituição, ou seja, garante uma preservação orgânica do Ministério Público frente aos demais Poderes não inserindo, na chefia da instituição, alguém que não pertença ao seu quadro de carreira, portanto, esse inimigo já fora derrotado. (RIBEIRO, 2010)

Superada a ideia de uma luta histórica, o autor sustenta que haveriam, no Texto Constitucional, alguns núcleos que poderiam abarcar, de maneira implícita, o princípio do promotor natural, os quais passam a ser abordados de forma individualizada.

O primeiro deles diz respeito à independência funcional (art. 127, § 2º da CF/88), ou seja, que a partir da Constituição de 1988 o Ministério Público tornou-se independente de qualquer outro Poder, ou, nas palavras do autor, “foi ungido à condição de instituição não submetida ou subordinada a nenhum outro Poder”. (RIBEIRO, 2010, p. 144)

O segundo diz respeito à inamovibilidade dos membros do Ministério Público (art. 128, II) ou seja, que o Promotor seria inamovível de suas funções, sendo o exercício dessas um direito subjetivo de cada agente público titular do cargo.

Ocorre que a par desses fundamentos têm-se criado-se a ideia de que cada membro do *Parquet* poderia adotar uma posição isolada, que, na caracterização do autor, seriam ilhas de poder face à própria instituição. (RIBEIRO, 2010)

Ou seja, o princípio do promotor natural seria entendido como sendo uma autorização constitucional implícita para que cada promotor de justiça detivesse uma atuação pautada em suas predileções pessoais e sem qualquer tipo de subordinação orgânica.

A título exemplificativo tentou-se no presente estudo fazer a análise de um caso concreto, qual seja, o descumprimento, por parte de grande número de membros do Ministério Público de Minas Gerais, das disposições contidas na Recomendação⁵ Nº 36/2016 do Conselho Superior do Ministério Público.

Na referida Recomendação, expedida em 14/06/2016, o Conselho Superior do Ministério Público, a partir dos julgamentos do REsp nº. 1.192.332/RS (2010/0080667-3) e do Inquérito Nº 3074 / SC, 1ª Turma do STF, recomendou-se cautelas por parte do Ministério Público no ajuizamento de ações civis por ato de improbidade decorrentes de contratação direta de serviços jurídicos pelo Poder Público, dado que os precedentes das Cortes Superiores afirmaram a impossibilidade de sua contratação através de critérios objetivos e que estes detinham uma condição essencial impossível de se aferir através do processo licitatório – a confiança depositada no profissional do direito escolhido.

⁵ Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-036.pdf>> consulta realizada em 21/07/2019.

Embora não haja dados oficiais dos Ministérios Públicos dos Estados, em rápida pesquisa por amostragem no endereço do Tribunal de Justiça de Minas Gerais fora encontrado, em busca rápida, um número razoável de ações civis públicas propostas por membros do *Parquet*, todas relacionadas à contratação direta de serviços jurídicos, após a edição da Recomendação⁶.

Em que pese a existência de posição institucional do Ministério Público acerca do tema, a qual se pauta em precedentes dos Tribunais Superiores, percebe-se, não apenas pelos processos aqui relacionados e relativos ao Estado de Minas Gerais, percebe-se que a subordinação orgânica e uma atuação que visa a preservação de uma identidade institucional muitas vezes é vista como violação à liberdade do agente titular da função.

A ideia de que haveria, na Constituição, uma autonomia funcional para cada membro do Ministério Público encontra materializada na própria decisão posteriormente proferida no Processo de Controle Administrativo do Conselho Nacional do Ministério Público Nº 313/2018-77⁷ em que o voto assim concluiu: “*Não lhe cabe, portanto, examinar o conteúdo de atos praticados no exercício de sua atividade finalística, sob pena de flagrante violação ao princípio da autonomia institucional e da independência funcional*”.

O processo sob referência questiona uma Recomendação do Ministério Público do Estado da Paraíba que determinava que os Prefeitos do Estado se abstivessem de celebrar ou manter contratos de serviços jurídicos e contábeis através de inexigibilidade de licitação, isso, após a edição da Recomendação Nº 36/2016 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Com base nesse processo o Conselho Nacional do Ministério Público expediu a Resolução nº 164/2017, limitando-se a estabelecer parâmetros procedimentais para a expedição de recomendações, com o objetivo de conferir uniformidade à atuação do Ministério Público.

Todavia, o conteúdo dos atos, por serem baseados no princípio da independência funcional, não são passíveis de regulamentação ou de controle por parte do Conselho.

Evidente que tal posição reflete a ideia da autonomia, não institucional, mas pessoal de cada membro do Ministério Público atuar em manifesto desacordo com posições firmadas pela própria instituição.

⁶ A título de exemplo existem algumas ações civis de improbidade administrativa propostas pelo Ministério Público Mineiro após a publicação da Recomendação Nº 36/2016 do Conselho Nacional do Ministério Público: ACP Nº 0066660-38.2016.8.13.0693 da Comarca de Três Corações proposta em 13/07/2016; ACP Nº 5000320-90.2017.8.13.0693 distribuída em 19/12/2017; ACP 0007038-56.2017.8.13.0446 distribuída em 28/04/2017; 0025324-55.2016.8.13.0143 distribuída em 10/06/2016. Acesso em 15/07/2017

⁷ Procedimento de Controle Administrativo Nº 313/2018-77. Disponível em <<https://www.google.com/search?q=N%C2%BA+313%2F2018-77&oq=N%C2%BA+313%2F2018-77&aqs=chrome..69i57.852j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8>>. Acesso em 13/07/2019.

Diante dessa problemática, inclusive da sua relevância prática, surge a necessidade não de rechaçar ou negar a existência de um princípio do promotor natural, mas de verificar seu real alcance.

Para tanto é evidente que é necessário aqui pontuar os dispositivos constitucionais que, em tese, garantiriam essa autonomia funcional a cada membro do Ministério Público.

Reportando ao primeiro fundamento adotado para que se justifique a existência de um princípio do promotor natural, tem-se o disposto no art. 127, § 1º que garante a independência funcional do Ministério Público.

Todavia, em análise meramente semântica do dispositivo constitucional, o que este aparente garante é uma independência do Ministério Público enquanto instituição constitucionalmente prevista frente a outros Poderes, ou seja, que o Ministério Público não seria subordinado ou vinculado a outro Poder enquanto função essencial da Justiça, veja-se:

Para o cumprimento do seu objetivo estratégico e nos limites das funções institucionais que lhe foram atribuídas pela Constituição da República, o Ministério Público define com plena autonomia suas políticas, estabelecendo prioridades, metas e meios de atuação. E assim o faz em relação direta com a sociedade, sem submeter-se a imposições ou à aquiescência de qualquer instância de poder. (RIBEIRO, 2010, p.168)

E continua o autor:

No Estado democrático de direito, nenhuma instituição estatal fica imune a controle. Embora garantida a independência das instituições que exercem as funções de Poder: Executivo, Legislativo e Judiciário – e a autonomia das instituições de representação de vontade geral, como o Ministério Público, o regime democrático prevê mecanismos de interação institucional na prática de atos complexos e de controle externos que visam compatibilizar a atuação dessas instituições à estratégia da República brasileira, evitar o arbítrio e os desvios corporativistas. (RIBEIRO, 2010, p.169)

Assim, a dimensão da autonomia do Ministério Público diz respeito à instituição, o que não pode ser entendido como uma autonomia subjetiva de cada membro do *Parquet* para atuar de acordo com sua livre convicção, não se permitindo seu descontrole institucional e sua desvinculação das posições firmadas no âmbito da própria instituição.

Ao se pensar, de forma diversa disso, estar-se-ia a ferir outros princípios institucionais do Ministério Público, no caso, os princípios da unidade e da indivisibilidade.

Além disso, essa unidade se daria através de dois planos: um plano abstrato, como unidade ideológica, e outro concreto, concernente à unidade e coordenação das ações da instituição. (RIBEIRO, 2010)

Ora, a ideia de que o princípio da unidade do Ministério Público pressupõe, por questão óbvia, a necessidade de ações coordenadas por parte da instituição, o que afasta, por impossibilidade de coexistência lógica, atuações desvinculadas por membros do *Parquet* frente às posições de sua própria instituição.

Da mesma forma o princípio da indivisibilidade visa reafirmar a ideia do Ministério Público enquanto instituição, e não enquanto atuações isoladas e autônomas dos membros que o compõe, veja-se:

A indivisibilidade decorre do princípio da unidade, embora com esse não se confunda. A sua conotação é meramente procedimental-processual. Por integrar uma instituição uma, os membros do Ministério Público poder ser substituídos pelo outro, no mesmo procedimento ou processo, sem prejuízo para o exercício das funções institucionais. Afinal, quem figura nos procedimentos e processos é o Ministério Público, como instituição defensora do povo, e não a pessoa física do seu membro, que é apenas o agente institucional. (RIBEIRO, 2010, p.172)

Portanto, ambos os princípios apontam para o caráter orgânico da instituição, o que não deixar maiores margens para interpretações que afirmem a existência de qualquer ideia implícita no Texto Constitucional de que cada promotor teria um direito subjetivo de atuação autônoma e descompassada das posições institucionais do Ministério Público.

Com o objetivo de defender o contrário, Mazzilli assim trata esses dois princípios do Ministério Público:

Unidade significa que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção de um só chefe; indivisibilidade significa que esses membros podem ser substituídos uns pelos outros, não arbitrariamente, porém, mas segundo a forma estabelecida na lei. Entretanto, se podemos admitir a unidade abstrata de ofício do Ministério Público, não existe unidade de seus ramos nem indivisibilidade efetiva de funções. Unidade funcional alguma existe entre Ministérios Públicos de Estados diferentes e os da União, nem entre esses e os Ministérios Públicos junto aos tribunais de contas; indivisibilidade alguma existe entre funções tão díspares cometidas a uns e outros. (MAZZILLI, Hugo Nigro. Princípios institucionais do Ministério Público brasileiro. Disponível em <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/princinst.pdf>. Artigo publicado na Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n. 731 jan./2013 – abr/2013, p. 9. Acesso em 22/07/2019.

Ao tratar sobre os princípios da unidade e da indivisibilidade, o autor acaba que por justificar a própria impossibilidade de que haja, no âmbito do Ministério Público, um princípio constitucional informador que venha a dar guarida à atuação isolada e contrária às posições firmadas pela instituição.

Ocorre que, mais adiante no mesmo texto, o autor cuida de adotar um esforço hermenêutico considerável no intuito de promover a distinção entre o que seria a independência funcional e autonomia funcional, vejamos:

E o que é independência funcional? Para compreender corretamente o princípio da independência funcional, cumpre, primeiramente, distingui-lo da autonomia funcional. A autonomia funcional é da instituição do Ministério Público, ou seja, consiste na liberdade que tem de exercer seu ofício em face de outros órgãos do Estado, subordinando-se apenas à Constituição e às leis; já a independência funcional é atributo dos órgãos e agentes do Ministério Público, ou seja, é a liberdade que cada um destes tem de exercer suas funções em face de outros órgãos ou agentes da mesma instituição, subordinando-se por igual à Constituição e às leis. Assim, por exemplo, em razão da autonomia funcional, o Ministério Público dá a última palavra sobre a não promoção da ação penal pública, o que condiciona o conhecimento da matéria pelo Poder Judiciário (Cód. de Processo Penal, art. 28); mas é em razão da independência funcional que um procurador de Justiça pode propugnar pela absolvição de um réu, mesmo que seu colega de instituição tenha apelado em favor da condenação. (MAZZILLI, 2013, p. 13)

Com o devido acatamento, a posição firmada pela literatura engajada muito mais corrobora a incompatibilidade do princípio do promotor natural, enquanto autonomia funcional irrestrita de cada agente ministerial, frente aos demais princípios informadores do Ministério Público, do que justifica sua existência autônoma decorrente de uma interpretação sistemática da Constituição.

De tal sorte, a ideia de autonomia funcional, da qual decorre o princípio do promotor natural, não permite a fragmentação do Ministério Público como sendo ilhas de poder, em atuação desordenada e não sujeita aos controles hierárquicos.

Arantes também se preocupa em definir os exatos contornos do princípio do promotor natural:

Deve-se registrar, entretanto, que essa solução pode acarretar prejuízos ao princípio do “promotor natural”. Como se sabe, esse princípio, que se assemelha ao do juiz natural, tem duas finalidades básicas: internamente, ele impede que a atuação do promotor de justiça seja prejudicada pela interferência indevida da cúpula da instituição. Nesse primeiro sentido, “promotor natural” e “independência funcional” são sinônimos e, como vimos, a existência de um grupo de atuação especial não afeta nem um nem outro, na medida em que suas ações não vinculam e tampouco podem se sobrepor às dos demais promotores de justiça. Em um segundo sentido, externamente, o princípio do promotor natural significa uma garantia da sociedade, na medida em que contribui para evitar juízos de exceção. Na verdade, foi justamente essa a razão alegada para a conquista histórica da independência funcional pelo Ministério Público: equiparar-se ao juiz natural, com todas as garantias e prerrogativas deste, serviria para neutralizar (no sentido de tornar imparcial) também o órgão responsável pela acusação judicial, oferecendo barreira às influências indevidas do mundo externo e fazendo funcionar mais aleatoriamente a distribuição dos casos dentro da máquina judiciária. Ou seja, o sistema de Justiça não teria nem juízos nem acusadores de exceção, fortalecendo-se o Estado de Direito, segundo os defensores da independência funcional no Ministério Público. De fato, colocado nesses termos, o

princípio do promotor natural parece muito mais uma garantia da sociedade do que da instituição. (ARANTES, 2009, p. 65)

É importante registrar que algumas das construções doutrinárias mais engajadas na defesa do princípio do promotor natural se sustentam, de forma equivocada, no seu aparente reconhecimento, pelo STF, em especial no HC 67759, no qual a Corte reconheceu a existência do princípio mas sem que, todavia, entendesse pela sua aplicabilidade ou, tão pouco, que essa fosse uma garantia do *Parquet*.

Ribeiro (2010) deixa muito claro em seu texto o que ao analisarem o referido julgado os autores sobre o assunto foram vítimas da chamada *síndrome da ementa desconforme*⁸ uma vez que a interpretação dada à ementa pelos autores não refletiam as conclusões colocadas na decisão.

Registra-se que nesse julgado, de relatoria do Ministro Celso de Melo, este afirma que o princípio do promotor natural teria sua construção no plano doutrinário de que modo que não comportaria aplicação imediata, sendo necessária a edição de norma própria, ou seja, *lege ferenda*.

Mais relevante ainda é o voto do Ministro Sepúlveda Pertence através do qual este defende que a própria ideia de unidade e indivisibilidade pressupõe a ideia de organização hierarquizada e, com ela, certos poderes de direção da instituição⁹.

Além disso, o Ministro aponta que não há liberdade de atuação dos membros do Ministério Público, mas, independência da instituição no tocante às suas atividades-fim.

Extremamente relevante, também, a posição defendida pelo Ministro Paulo Brossard que assim consignou acerca do princípio:

“a independência funcional também tem o seu alcance e o seu conteúdo. Se nós não conciliarmos esse princípio com o da hierarquia, vamos estabelecer uma “monarquia”, uma série de ilhas que não chegam sequer a formar um arquipélago, num serviço que deve ter unidade e indivisibilidade e que tem inclusive um chefe que se chama Procurador Geral, previsto na Constituição, e que, além, não é de hoje” (HC 67759/RJ, DJ 01/07/1993)

Embora bastante revisitado por aqueles que defendem a amplificação do princípio do promotor natural, o presente HC teve, na verdade, votos favoráveis do Ministro Relator mas, não no sentido de reconhecer a existência de um direito subjetivo de cada membro do *Parquet*

⁸ Segundo Ribeiro (2010), a síndrome da ementa desconforme consiste em interpretar uma decisão a partir da ementa que, na verdade, não reflete fielmente o teor da decisão.

⁹ HC 67759/RJ. DJ 01/07/1993

de adotar uma postura isolada em relação à instituição, mas, um direito fundamental do cidadão de não ver a designação de um promotor *ad hoc* no processo acusatório.

E aqui, para fins de encerramento desse tópico, transcrevo as conclusões de Flóridalvo Neto acerca da eventual abrangência do princípio do promotor natural na visão do Supremo Tribunal Federal:

Na suporta o STF, porém, e aqui consigo extrair o único ponto consensual na Corte, que o princípio do promotor natural impeça qualquer margem de competência para o Procurador-Geral e os órgãos superiores do parquet exerçam a supervisão funcional da atuação dos promotores, promovam reestruturações gerais de seus serviços, criem grupos especiais pra orientação ou uniformização das posições jurídicas da instituição ou que o membro do Ministério Público seja livre ara decidir como e quando manejará suas competências sem a ninguém prestar contas. (RIBEIRO, 2010, p.155)

4 NEOPATRIMONIALISMO DE ACESSO IMPESSOAL NA ATIVIDADE DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Feita a necessária demarcação do princípio do promotor natural, e demonstrado seu real alcance, faz-se necessário demonstrar os riscos à qualidade das atividades controladoras exercidas pelo Ministério Público sobre a Administração Pública, em especial sobre as competências discricionárias.

Evidente que a amplificação do sentido da autonomia funcional e independência funcional do Ministério Público, que culminou na ideia de que cada promotor poderia atua como um núcleo de competência isento aos processos de coordenação, supervisão e controles próprios à instituição, afronta os princípios explícitos da unidade e indivisibilidade.

A tratar sobre esses riscos, Flóridalvo Neto aponta que nessas situações em que há essa nuclearização, o agente passa a se portar como sendo o dono da competência e, o poder-função pode se transformar em poder-vontade, o que ele chama de *neopatrimonialismo de acesso impessoal*.

O autor reporta a Max Weber que tratou sobre a existência de dois tipos de dominação, dentre elas a dominação tradicional que se dividiria em duas submodalidades: patrimonial e feudal, vejamos:

Em ambos os casos, a estrutura social confere ao líder uma base de reprodução do poder alicerçada em relações de fidelidade e apoio. A autoridade patrimonial é ligada à legitimidade da autoridade do líder, respaldada numa fonte normalmente sacralizada que remonta a tempos históricos longínquo. Para o que aqui pretendo sustentar, importa ver como funciona a dominação patrimonial em sua estruturação estamental.

Explica Max Weber que a dominação tradicional, apoiada na crença da sacralidade dos poderes senhoriais, estabelece-se a partir da relação senhor-súditos, sendo que esses últimos obedecem ao primeiro não pela razoabilidade das ordens ou por um processo formal de legitimação (e tampouco pelo carisma do senhor), mas em virtude de uma fidelidade baseada na tradição. A dominação patriarcal (espécie de dominação tradicional) em regra proíbe qualquer possibilidade de se criar direito novo, de se alterar o teor dos comandos. Seu estatuto é válido desde sempre e para sempre. Mais do que tudo, neste modelo de dominação tradicional patrimonial não tem limites preestabelecidos, abstratos e gerais, pois, “a vontade do senhor somente se acha fixada pelos limites que em casa caso lhe põe o sentimento de equidade, ou seja, de forma sumamente elástica”. (RIBEIRO, 2010, p.157)

E continua o autor a identificar que na verdade o detentor do poder se ancora em uma luta histórica contra um inimigo que nunca é plenamente derrotado, sendo essa dominação renovada a cada tempo através do livre arbítrio daquele que o possui. (RIBEIRO, 2010)

Nesse sentido ao tratar sobre essa estruturação estamental assim pontua:

Também o funcionário moderno, seja o público, seja o privado, aspira sempre à estima social "estamental", especificamente alta, por parte dos dominados, e quase sempre desfruta desta. Sua posição social está garantida por prescrições referentes à ordem hierárquica e, no caso dos funcionários políticos, por disposições penais especiais relativas a "ofensas a funcionários", "desprestígio" de autoridades estatais e eclesásticas, etc. A posição social efetiva dos funcionários é mais alta, em regra, em países de cultura antiga, onde existe grande necessidade de uma administração especificamente instruída, havendo, ao mesmo tempo, uma diferenciação social forte e estável e recrutando-se a maioria dos funcionários, em virtude da distribuição do poder social ou do alto custo da instrução específica prescrita e das convenções estamentais compromissórias, das camadas social e economicamente privilegiadas. A influência dos certificados de formação, a ser examinada noutro lugar, a cuja posse costuma estar vinculada a qualificação para exercer um cargo, aumenta, como é natural, a importância do elemento "estamental" na posição social dos funcionários. (WEBER, 2004, p.2015)

A partir da ideia de dominação estamental de Weber, Florivaldo Neto passa a destacar que a dominação patrimonial decorreria da apropriação dos cargos e dos poderes do Estado pelo agente.

Seguindo a lógica de Weber, o autor chama de patrimonialismo de acesso impessoal o modelo de provimento de cargos públicos, em países com baixo grau de institucionalização da Administração, que assegura o recrutamento do servidor através de processos públicos impessoais e por critérios profissionais e meritórios, acessível apenas àqueles com maior grau de instrução formal. (RIBEIRO, 2010)

Segundo o autor, uma vez investido no cargo, o servidor passa a apropriar-se da função como se essa fosse um direito subjetivo, perpétuo e pessoal, esquecendo-se do dever de serventia, decorrente das atividades a cargo do Estado, e imune a controles. (RIBEIRO, 2010)

Conclui o autor que no neopatrimonialismo de acesso impessoal, qualquer tentativa institucional de dar ao cargo previsibilidade, criar posições uniformes, dar-lhe racionalidade ou eficiência são prontamente refutadas como sendo violações a prerrogativas ou usurpação de funções. (RIBEIRO, 2010)

Assim, a grande preocupação em torno da amplitude do princípio do promotor natural está no risco de se desvirtuar o poder que é conferido ao Ministério Público e criar ou manter um neopatrimonialismo calcado na ideia de que inexistente qualquer dever de obediência às diretrizes trazidas pela instituição e que, cada Promotor teria um direito subjetivo, advindo do simples ingresso a partir de um concurso público, de agir de acordo com suas próprias convicções e sem qualquer grau de obediência orgânica e hierárquica.

E essa preocupação não se demonstra como sendo muito recente já que Lima (2007) externava no Brasil há muito tempo ao afirmar que a pessoa administrativa direito subjetivo à competência, referenciando-se, para tanto, em Ernt Forsthoff :

A atribuição de uma competência não significa de nenhum modo a outorga de um direito subjetivo público. O conceito de competência pertence à esfera institucional: nela não são conhecidos direitos subjetivos, pois esses existem apenas entre pessoas. As instituições como tais não podem ser titulares de direitos subjetivos, mas apenas em certos momentos, quando pelo reconhecimento de uma capacidade jurídica são também pessoas jurídicas. A competência outorga consigo à autoridade pública o direito (e naturalmente a obrigação) para os que estão a ela vinculados de fazerem o uso dela. Mas a autoridade pública não tem qualquer direito à competência. (FORSTHOFF, 1973, p. 452 *apud* LIMA, 2007, p.387)

Evidente que a Administração Pública, especialmente dentro de uma sistemática de Estado Democrático de Direito, não pode se furtar ao controle externo, o qual consiste não apenas em uma conquista do cidadão, mas, acima de tudo, na garantia de constante vigilância do cumprimento dos deveres a cargo do Estado a fim de que esse seja exercido em favor de seus destinatários, e não da autoridade que o detém.

A atuação ou competência vinculada da Administração dispensa maiores preocupações nesse estudo, mesmo porque essa é exercida dentro e no limite das prescrições normativas conforme muito bem assevera Perez e Júnior (2015):

De maneira ampla, há poder vinculado, competência vinculada ou, simplesmente, atuação vinculada da autoridade administrativa nas hipóteses em que a legislação não dá ao agente público margem de liberdade de escolha para a prática de um determinado ato. Podem-se resumir as hipóteses de vinculação por meio da seguinte fórmula: na hipótese de “A” a autoridade deve fazer “B”. Eloquentemente, neste sentido, é o exemplo do funcionário que atinge a idade máxima que o obriga à aposentadoria compulsória (art. 40, II, da Constituição Federal), a norma constitucional, no caso, não dá à autoridade pública qualquer margem de liberdade de escolha, ante o fato de o servidor atingir a idade máxima, deve a autoridade pública decretar sua

aposentadoria, independentemente de sua capacidade de trabalhar, do cargo que desempenha, de seu estado de saúde ou de sua vontade pessoal. (PEREZ, JÚNIOR org. 2015, p.65)

A grande preocupação está na competência discricionária, tão relevante para a consecução do interesse público quanto a competência vinculada, prescinde de um constante processo de ordenação e da existência de posições institucionais capazes de permitir a criação de regras comportamentais no âmbito da Administração Pública de modo a permitir a necessária segurança jurídica àqueles que estão à frente da execução de políticas que passem pelo exercício da discricionariedade.

Ao tratar da chamada competência discricionária também ousou apropriar da definição de Perez:

“chamado poder discricionário, ocorre um fenômeno um tanto distinto. Nestes casos a legislação dá ao administrador ou à autoridade pública certo grau de liberdade de escolha, deixando de vinculá-lo de modo absoluto. É certo que não há nestes casos liberdade plena ou livre-arbítrio da autoridade pública, mas há uma liberdade instrumental, isto é, uma liberdade de escolha entre opções que possam em tese atender a finalidade pública específica ou o interesse público específico inerente à prática de um determinado ato, à tomada de uma determinada decisão. Em formulação lógica sumária tem-se que: “na hipótese de ‘A’ a autoridade pode fazer ‘B’, ‘C’ ou ‘D’”. Sendo que as opções “B”, “C” ou “D”, estando ou não previamente identificadas pelo legislador, devem estar em consonância com a finalidade legal ou com o interesse público identificado no caso. Exemplo dessa hipótese se encontra na decisão de revogar ou não determinado certame de licitação, antes de consumada a contratação pública por esta visada. Neste caso, faculta-se à autoridade revogar ou não a licitação, mas as finalidades que a levam a revogar o procedimento é que determinarão a sua legalidade ou ilegalidade. Melhor dizendo, a conveniência e oportunidade do ato de revogação devem ser expressamente apontadas pela autoridade pública, possibilitando a verificação de sua legalidade ou de sua conformidade ao interesse público no caso concreto”. (PEREZ, 2015, p.65-66)

O autor, ao tratar sobre as ideias de competência vinculada e discricionária, a faz no intuito de propor a criação de métodos para o controle da discricionariedade administrativa, cujo objetivo é almejar o mínimo de segurança jurídica à atuação do gestor público¹⁰.

Em um ambiente que prega, inclusive, o próprio fim da discricionariedade colocando-a como uma espécie de porta aberta para os desvios comportamentais do gestor público, a existência de posições institucionais dos órgãos controladores, a exemplo do Ministério Público, e a garantia de que as mesmas serão seguidas por seus membros, possibilita, ainda que minimamente, a execução da difícil tarefa de gestão na Administração.

¹⁰ Nesse sentido Perez (2015) assim escreve: “O que se constata, no entanto, é que esse ferramental ainda é insuficiente. Os operadores do direito não conseguem, somente a partir da verificação da legalidade interna, ainda que com apoio das normas gerais extraídas dos princípios gerais do Direito Administrativo, dar segurança jurídica ao administrador público para decidir e, a mesmo tempo, evitar a erupção da arbitrariedade no controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. (PEREZ, 2015, p.74)

Ao analisar a própria essência do voto do Ministro Celso de Melo no HC 67759/RJ, qual seja, a de que o princípio do promotor natural, por ser uma construção doutrinária, prescinde de edição de lei – *lege ferenda*, tem-se, de forma irrefutável, que a amplificação de seu alcance por parte da doutrina engajada, não mais pode ser adotada nos dias atuais, especialmente após a edição da Lei 13.655/2018 que insere, como parâmetro hermenêutico de interpretação do Direito Brasileiro, a própria ideia de segurança jurídica. (BRASIL, 2018)

Nessa perspectiva, qualquer tentativa de alargamento da dimensão da ideia do promotor natural, a qual dependeria de edição de lei, tem sua continuidade obstada pela literalidade do art. 30 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, que assim dispõe:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

Há, aqui, uma nobre tentativa de impedir a apropriação da função pública pelo agente, o que não exclui também o Ministério Público, o que visa, na verdade, retirar, em alguma medida, as subjetividades e dar a devida segurança jurídica a todos aqueles sujeitos das decisões do Estado, especialmente aos controlados.

Aparentemente, as forças políticas vêm trabalhando no sentido de tentar impor padrões comportamentais aos órgãos controladores no intuito de garantir uma segurança jurídica aos gestores e, por conseguinte, à efetivação de direitos da coletividade que somente se implementam a partir do exercício da competência discricionária, a qual detém tanta relevância quanto a competência vinculada. (PEREZ, 2015)

De tal sorte, a ausência de padrões e de posições institucionais dos órgãos de controle, atrelado à ideia, reprisa-se, fruto de uma construção doutrinária e de um grande esforço hermenêutico de que cada membro do *Parquet* detém ampla e irrestrita liberdade para atuar de acordo com suas predileções pessoais e sem qualquer subordinação orgânica, enfraquece o controle qualitativo da discricionariedade administrativa, impedindo que se afluam padrões comportamentais pra a Administração Pública e se torna ambiente fértil para o exercício de arbitrariedades e abusos de poder por parte daquele que detém a atividade controladora.

5 CONCLUSÃO

Em que pese o próprio Supremo Tribunal Federal ter decidido que o princípio do promotor natural é uma garantia do cidadão, e não uma autorização implícita para que o agente, no exercício da função do Parquet, se aproprie da função a ponto de poder exercê-la de forma autônoma e sem qualquer tipo de controle hierárquico, percebe-se que não é necessário muito esforço para encontrar situações em que o princípio tem seu sentido amplificado.

A sistemática Constitucional, todavia, não isenta qualquer instituição, agente ou Poder do controle, o qual é um dos pressupostos do Estado Democrático de Direito.

O voto do Ministro Relator do HC 67759/RJ, embora reconheça a existência implícita do princípio do promotor natural a partir de uma construção doutrinária, é enfático no sentido que a sua concretude dependeria de posterior regulamentação legislativa.

A par disso, com o advento da Lei 13.655/2018 resta sugestiva a própria inexistência de um sentido ao princípio que abarque a possibilidade de uma atuação autônoma e sem qualquer subordinação orgânica do agente, titular o cargo de Promotor ou Procurador, frente às posições institucionais do Ministério Público as quais, quando dizem respeito à funções de controle da Administração, devem, a partir de 2018, serem objeto de regulamentação e padronização por parte da instituição e com a participação da sociedade.

A regra e o próprio objetivo da Lei convergem para a necessidade de que o Legislativo crie mecanismos aptos a impedir o chamado Neopatrimonialismo de acesso impessoal, o qual tem um reflexo extremamente negativo em relação à qualidade do controle exercido pelo Ministério Público sobre as competências discricionárias da Administração.

A discricionariedade não é uma mera faculdade do agente público ou uma brecha para desvios de comportamentais, ela é, na verdade e em alguns casos, um meio através do qual os deveres do Estado irão e concretizar, sendo tão relevante quanto a competência vinculada.

A ausência de posições institucionais e, a insegurança do gestor frente às predileções pessoais de alguns membros do *Parquet*, especialmente as contrárias às posições institucionais do próprio Ministério Público, contribuem não apenas para um ambiente de insegurança jurídica, como também para impossibilitar que a Administração passe a adotar padrões comportamentais e, como tempo, opte por simplesmente mantenham-se inertes frente às demandas mais complexas da sociedade, as quais, não raras vezes, pressupõem o uso de uma competência discricionária.

BIBLIOGRAFIA

ARANTES, Rogério Bastos. **DIREITO E POLÍTICA: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, 1999. v. 14, n. 39, p. 83-102. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1723>. Acesso em 12/04/2019.

BRASIL. **Lei Nº 7.347 de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.. Brasília, em 24 de julho de 1985. < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em: 22/04/2019

BRASIL. **Lei Nº 13.655/2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, em 24 de abril de 2018. < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 22/06/2019

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Diário Oficial da União**, Brasília, Brasília, 5 de outubro de 1988. < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 22/04/2019.

BRASIL. **Procedimento de Controle Administrativo Nº 313/2018-77**, Disponível em <http://www.cnmp.mp.br>. Acesso em 07/06/2019.

BRASIL. **Recomendação do Conselho Nacional do Ministério Público Nº 36 de 14 de julho de 2016**. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-036.pdf>. Acesso em 07/06/2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. Editora Saraiva. 19ª Edição. 1995.

DA ROS, Luciano. **Ministério Público e Sociedade Civil no Brasil Contemporâneo: em busca de um padrão de interação**. Chicago. EUA. 2009. [versão eletrônica] disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/politicohoje/article/viewFile/3850/3154>. Acesso em: 02/06/2019

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 31ª Edição. Editora Atlas. 2017.

KERCHE, F. **O Ministério Público e a constituinte de 1987/88**. In SADEK, MT, org. O sistema de justiça [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. O sistema de justiça. pp. 106-137. ISBN: 978-85-7982-039-7. Disponível em: < <http://books.scielo.org/id/59fv5/pdf/sadek-9788579820397-04.pdf>>. Acesso em: 11/07/2019.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do Direito Administrativo**. 7ª Edição. Editora Malheiros. 2007.

- LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **Democracia associativa e Constituição de 1988: o novo Ministério Público brasileiro**. 1998. Tese de Doutorado apresentada no Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro.
- LOUREIRO, M.R.; ABRUCIO, F.L.; PACHECO, R.S.; (Org.), **Burocracia e Política no Brasil. Desafios para a Ordem Democrática no Século XXI**. Editora FGV. Rio de Janeiro. 2010.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **Princípios institucionais do Ministério Público brasileiro**. Disponível em <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/princinst.pdf>. Artigo publicado na Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n. 731 jan./2013 – abr/2013
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Edição. Editora Malheiros. 2007
- MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. 2ª Edição. Editora Abril Cultura. 1979.
- PEREZ, M.A; SOUZA, R.P.; (Org), **Controle da Administração Pública**. Editora Fórum. 2017. Belo Horizonte. Brasil. P. 21-37.
- RIBEIRO, CARLOS VINÍCIUS ALVES; (Org), **Ministério Público - Reflexões Sobre Princípios e Funções Institucionais**. Editora Atlas. Brasil. 2010.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Ordem Burguesa e Liberalismo Político**. Editora Duas Cidades. Brasil. 1978
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª Edição. Editora Malheiros. 2014.
- STF. HABEAS CORPUS: HC 67759/RJ. Relator Ministro Celso de Mello. DJ. 01/07/1993. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/750830/habeas-corp-us-hc-67759-rj>>. Acesso em 20/07/2019
- WEBER, Max. **Economia e Sociedade. Fundamentos da Sociologia compreensiva**. Volume 2. Editora UNB. São Paulo. 2004.