SEMINÁRIO
"PROCESSO CIVIL E INTERESSE PÚBLICO"[1]

DATA: 14/04/2000

TEMA: AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PATRIMÔNIO PÚBLICO E INTERESSE PÚBLICO

PALESTRANTE: HUGO NIGRO MAZZILLI

Prezados membros da mesa, que foram saudados anteriormente; prezada Dra. Ana Lúcia Amaral, digna Procuradora da República, que tem abrilhantado o Ministério Público Federal e tem encabeçado importantes lutas institucionais, principalmente na área da defesa dos interesses transindividuais; Exmo. Prof. Dr. Márcio Cammarosano, digníssimo advogado e professor da PUC, que acaba de proferir palestra extremamente importante, por concorrer para que o Ministério Público encontre seu caminho por meio do confronto de idéias saudáveis; prezados participantes deste Seminário:

É sabido que o Ministério Público brasileiro está numa fase de crescimento, modificação e evolução, e é somente com o contraste das diversas posições e com a ampla discussão dos seus caminhos que nós chegaremos aos acertos. Do mesmo modo que o Prof. Márcio Cammarosano colocou idéias a respeito do tema alusivo à ação de improbidade administrativa e à defesa do patrimônio público e do interesse público, também eu, na qualidade de debatedor de tão emérito palestrante, aqui colocarei as minhas idéias, para tentar contribuir para a discussão da matéria.

O primeiro ponto a ser por mim abordado é o problema da defesa do patrimônio público pelo Ministério Público. Trata-se de uma questão de aparente simplicidade, pois que a própria Constituição da República, no inc. III do art. 129, comete ao Ministério Público, por expresso, a defesa do patrimônio público e social.

É essa simplicidade um tanto aparente, pois que, da própria exposição do Dr. Cammarosano, se chega à conclusão de que a matéria está a exigir interpretação mais profunda e cuidadosa. Os principais argumentos que têm sido expostos no sentido de que o Ministério Público não poderia nem deveria defender o patrimônio público, os senhores já ouviram pela própria exposição do Dr. Márcio Cammarosano, mas, de minha parte, apenas para argumentar, eu ainda acrescentaria alguns argumentos que se poderiam somar àqueles por ele fornecidos.

Com efeito, alguns acórdãos chegam a mencionar que o art. 129, III, da Constituição, é mera norma programática, de forma que, para ter eficácia, precisaria ser regulamentado na legislação infraconstitucional. Segundo esse entendimento, não bastaria que a Constituição dissesse, simplesmente, como o diz, que o Ministério Público pode defender o patrimônio público e social; seria ainda preciso viesse uma lei infraconstitucional para dizer *de que maneira*, *quando*, *em que medida*, *em que limites* essa defesa se daria. Entretanto, essa mesma objeção que lembrei, eu mesmo a repilo, pois que perdeu sua eventual força com o advento da Lei de Improbidade Administrativa, que legitima a iniciativa do Ministério Público nessa área (art. 17 da Lei n. 8.429/92), e pelo advento da Lei Complementar n. 75/93 (art. 6º, VII), e da Lei n. 8.625/93 (art. 25,

1. Palestra realizada no Seminário: Processo Civil e Interesse Público (Ministério Público do Estado de São Paulo), em 14 Abr. 2000. Tema: A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil: Críticas e perspectivas [*in* SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003], disponível em https://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/esmppp2000.pdf.

IV), que também regulamentam o uso da ação civil pública pela instituição, na defesa do patrimônio público e social.

Um outro argumento, ainda derivado deste primeiro, seria o de que a defesa do patrimônio público não consiste na defesa de interesses difusos ou coletivos, e, portanto, não estaria inserida no objeto da ação civil pública de que cuida o art. 1º Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). Assim, para os que seguem por esta linha de raciocínio, embora a Constituição tenha previsto que o Ministério Público deveria defender o patrimônio público, ele não o poderia fazer por meio da ação civil pública de que cuida a Lei n. 7.347/85, não havendo, pois, mecanismos ou instrumentos para que essa defesa pudesse ser exercitada.

Acredito, porém, que essa segunda linha de raciocínio também é insustentável. Primeiro porque grande parte dos interesses de que cuida a Lei n. 7.347/85 coincidem com a defesa do patrimônio público, em sua atual conceituação legal; depois, porque leis outras existem a permitir a ação ministerial nessa área, em especial as já citadas Leis n. 8.429/92 e 8.625/93 e Lei Complementar n. 75/93. Por fim, porque, felizmente — pelo menos no meu ponto de vista, pelo qual vislumbro a questão —, depois de os tribunais hesitarem, pois ainda há decisões nos dois sentidos, a verdade é que já está se tornando uma tendência clara, principalmente no Superior Tribunal de Justiça e até em alguns posicionamentos incipientes do Supremo Tribunal Federal, a verdade é que já se torna clara a tendência de admitir a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública em defesa do patrimônio público. No Superior Tribunal de Justiça, há até um pormenor relevante: alguns ministros que antes votavam contra a legitimidade do Ministério Público para exercer essa defesa, agora começam os seus votos admitindo que, tendo em vista ter-se pacificado a jurisprudência dessa Corte em favor da legitimação do Ministério Público, eles próprios reconsideraram seu posicionamento anterior em contrário e passaram a aceitar dita legitimação. Entretanto, tudo isso não passa de argumentos de autoridade, que os senhores não esperam ouvir numa reunião de estudos como esta.

Desta forma, vamos examinar, então, quais são os reais argumentos jurídicos pelos quais o Ministério Público pode e deve defender o patrimônio público.

Antes de mais nada, essa função lhe foi cometida, por expresso, pela Constituição vigente, o que está perfeitamente dentro de sua destinação institucional (art. 129, III, e 127, *caput*).

Ora, *patrimônio público* é um conceito que já vem definido na legislação vigente; não é um conceito meramente doutrinário ou assaz vago ou puramente abstrato. Com efeito, o art. 1º, § 1º, da Lei n. 4.717/65, diz o que considera patrimônio público, para fins de sua defesa pelo cidadão, em conceito que foi ampliado pela nova ordem constitucional (art. 5º, LXXIII, da Constituição). Ora, esse conceito em grande parte coincide com a defesa de interesses transindividuais como o meio ambiente, o patrimônio cultural, os valores históricos, artísticos, estéticos, arqueológicos. Tudo isso é patrimônio público, por definição da Lei da Ação Popular, e também é matéria de interesses transindividuais tutelados pela Lei da Ação Civil Pública. E tanto o Ministério Público como o cidadão têm adequação e legitimidade para exercer essa defesa, em proveito da coletividade como um todo. Sem dúvida, alguém poderia dizer: — mas essa definição de patrimônio público só vale para a Lei da Ação Popular, pois essa lei diz o que considera patrimônio público para os fins da própria lei; assim, eu não poderia usar o conceito de patrimônio público, trazido pela Lei n. 4.71765, fora do âmbito da Lei da Ação Popular. Entretanto, num argumento ainda há pouco bem lembrado pela Dra. Ana Lúcia Amaral, caberia dizer que, tanto o Ministério Público tem compatibilidade com a defesa deste patrimônio público, que, mesmo na ação popular, basta que o cidadão desista da ação que propôs, que o Ministério Público irá prosseguir na ação, promovendo a defesa do mesmo bem cujo zelo fora inicialmente empreendido pelo cidadão. Então, mesmo antes do advento da Constituição de 1988, já havia não só legitimação como até mesmo compatibilidade institucional entre o Ministério Público e a defesa do patrimônio público.

Ora, com a Constituição de 1988, só se aumentou essa adequação entre Ministério Público e defesa do patrimônio público, como se vê pelo teor de seu art. 129, III.

Ademais, não é nenhum absurdo que o Ministério Público defenda o patrimônio público; ao fazê-lo, não agirá em nada contra sua natureza institucional; não é aberração jurídica alguma que o Ministério Público defenda o patrimônio público, até porque seria ilógico que a Constituição e as leis legitimassem um único cidadão para defender o patrimônio público, mas negassem essa possibilidade ao Ministério Público, que substitui toda a coletividade. Por isso que, hoje, não teria mais sentido admitir que a única hipótese em que o Ministério Público pudesse defender o patrimônio público seria apenas em caso de o cidadão desistir da ação popular, como era antes da Constituição de 1988.

Se alguém deseja o advento de regulamentação infraconstitucional para autorizar a defesa do patrimônio público pelo Ministério Público, isso já existe. Primeiro, pela Lei da Ação Popular, que foi recepcionada pela Constituição de 88. Não há nenhuma decisão de nenhum tribunal do País que tenha dito, ao que me conste, que a Lei da Ação Popular não tenha sido recepcionada pela Constituição de 88, inclusive e principalmente no tocante à compatibilidade de o Ministério Público assumir a promoção da ação. Depois, a Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) é lei federal, cujo art. 25, inc. IV, letras *a* e *b*, menciona claramente a possibilidade de o Ministério Público exercer a defesa do patrimônio público por meio de ação civil pública. Além disso, temos também o art. 6º, inc. VII, letra *b*, inc. XIV, e inc. XIX, letra *b*, da Lei Complementar n. 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), que comete ao Ministério Público da União a promoção de ação civil pública para defender o patrimônio público e social, o meio ambiente, os bens e direitos de valor cultural, bem como defender a probidade administrativa. Nota digna de destaque é que esta última lei não se destina apenas ao Ministério Público da União, mas sim é também de aplicação subsidiária para os Ministérios Públicos dos Estados (art. 80 da Lei n. 8.625/93). Pois bem, a enumeração do art. 6º da LC n. 75/93 se completa com a da Lei da Ação Popular, em seu art. 1º, e com a da Lei da Ação Civil Pública, em seu art. 1º: em todas elas há um campo parcialmente comum. O próprio art. 6º, inc. XIV, letra *f*, da Lei Complementar n. 75/93 comete ao Ministério Público a defesa da probidade administrativa. Soma-se a tudo isso o art. 17 da Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), que confere ao Ministério Público a ação civil para reparar o dano causado ao patrimônio público pelo agente estatal. Diante disso, não se pode negar que a defesa do patrimônio público seja também atribuição institucional do Ministério Público, até porque lei regulamentar não falta na matéria…

Enfim, está mais do que claro que, no atual sistema constitucional, o Ministério Público adquiriu legitimação e até instrumentos para defesa do patrimônio público.

Só faço uma ressalva: na defesa do patrimônio público, o Ministério Público não é nem legitimado ordinário, nem é advogado da Fazenda. A Fazenda Pública tem os seus próprios procuradores; estes é que devem defender a Fazenda. O Ministério Público, aliás, está proibido de representar a Fazenda em juízo (art. 129, IX, da Constituição).

Mas, se o Ministério Público não pode representar a Fazenda em juízo, não estaria aí a vedação constitucional para que pudesse defender a Fazenda?

Precisamos interpretar de forma contextual os incisos III e IX do art. 129 da Constituição. Enquanto o primeiro comete ao Ministério Público a defesa do patrimônio público e social, o segundo lhe veda a representação da Fazenda. Com isso quer a Constituição dizer que o Ministério Público não é nem pode ser colocado pela lei infraconstitucional na posição de advogado, procurador ou representante da Fazenda. Da mesma forma, não é ele legitimado ordinário para essa defesa.

Então, onde entra o Ministério Público? Entra *se* e *quando* o sistema de legitimação ordinária falhar: é o que decorre do sistema. Com efeito, não é o Ministério Público advogado da Fazenda, não é esse o papel da instituição ministerial, e nem está o membro do Ministério Público na sua Promotoria, esperando, por exemplo, que Prefeito Municipal oficie a ele, pedindo que o Ministério Público responsabilize civilmente um servidor ou um cidadão que causou dano ao patrimônio municipal, mas cuja responsabilidade o Prefeito não quer fazer promover pelos advogados da

Municipalidade. Nesse caso, se isso acontecer, quem precisa ser responsabilizado é, antes de tudo, o próprio Prefeito. O papel do Ministério Público é compatível com a defesa do erário, sim, mas uma defesa por legitimação extraordinária (aquele que, em nome próprio, defende direito alheio), não a defesa do legitimado ordinário (aquele que, em nome próprio, defende direito próprio); e só deve empreendê-la quando houver uma razão especial para isso: quando o sistema de legitimação ordinária não funcione.

E quando é que não funciona o sistema de legitimação ordinária, para defesa do patrimônio público? Muito simples. Esse sistema não funciona quando o administrador não o deixa funcionar. É o que ocorre, por exemplo, quando é o próprio administrador em exercício que cometeu o ato de improbidade que gerou dano à Fazenda Pública. Se ele é o administrador em exercício, o sistema de legitimação ordinária não vai funcionar: dificilmente o administrador, que nomeou e pode demitir *ad nutum* o chefe da procuradoria da Fazenda, dificilmente deixará que a máquina se movimente contra ele próprio. Também não funcionará o sistema da legitimação ordinária quando o administrador anterior cometeu o ato de improbidade, e é ele aliado político do atual administrador; também poderá não funcionar em casos de compadrismo político ou conivências ou fraudes conjuntas.

Poder-se-ia dizer que, nesses casos, temos a ação popular: o cidadão poderia agir e o interesse público não ficaria prejudicado.

Não é verdade. O interesse público fica prejudicado sim, e muito. Todos que militamos no foro sabemos que a ação popular é instrumento excepcional, utilizado muito raramente, e, normalmente, mais por motivações políticas que por razões de efetiva defesa da sociedade. De tão excepcional é que podemos dizer que, como solução efetiva, a ação popular não funciona. Simplesmente não funciona. O remédio que é excepcional, que é rarissimamente usado, que é uma verdadeira preciosidade, não é um remédio efetivo para a normalidade do funcionamento de um sistema.

Já a legitimação do Ministério Público para a defesa do patrimônio público, após a Constituição de 1988, essa sim funciona de fato: diariamente os jornais têm noticiado as inúmeras ações civis públicas que o Ministério Público tem proposto para ressarcimento do patrimônio público, no combate à improbidade administrativa. Para cada ação popular, podem ser indicados milhares de ações civis públicas movidas pelo Ministério Público. Liberto progressivamente das amarras que lhe impunham os governantes, o novo Ministério Público, nascido da Constituição de 1988, passou a trabalhar como nunca, e sua legitimação nessa área tanto funciona, que, a meu ver, funciona até perigosamente demais para a própria instituição, pois está se expondo, está atraindo a ira dos administradores, dos políticos e dos grandes empresários. O Ministério Público brasileiro está hoje começando a incomodar efetivamente autoridades, empresários e poderosos de todos os tipos, que na história toda deste País jamais estiveram efetivamente expostos, nem tiveram suas responsabilidades públicas efetivamente cobradas. Está o Ministério Público moderno bulindo em área que eu ouso dizer não sei se ele foi efetivamente convidado a bulir, nem sei se efetivamente ele já tem forças para fazer o que está fazendo. Nós, brasileiros, mal acabamos de sair de mais um período de ditadura; nós passamos a acreditar na abertura democrática, e, em razão disso, o Ministério Público começou a usar todo aquele arsenal que recebeu da Constituição democrática de 1988. Não sabemos qual vai ser o fim dessa história. Estamos num País de terceiro mundo; nossa Constituição é até muito bem feita, mas continuamos um País de terceiro mundo, em que o Poder Executivo, por meio de medidas provisórias, invade rotineiramente funções legiferantes sem qualquer reação efetiva dos outros Poderes; temos enormes problemas sociais e econômicos; temos sucessivos escândalos de improbidade administrativa; sofremos subdesenvolvimento cultural, principalmente, porque nossa sociedade aceita tudo isto que está acontecendo hoje… Acredito, pois, que, em matéria de atuação do Ministério Público, na área da defesa do patrimônio público, tem ele que ser muito responsável, seja porque sua legitimação é excepcional, porque extraordinária, seja porque, se não for muito preciso e adequado na sua ação, poderá ver crescer contra ele as tentativas de cercear-se sua atuação funcional. Entretanto, quando o sistema de legitimação ordinária falhar, não vejo outro caminho, a não ser a ação responsável do Ministério

Público, que deverá propor perante o Poder Judiciário as ações que a Constituição e as leis puseram em suas mãos, e, nesse momento, saberá invocar inúmeros precedentes jurisprudenciais que mostram ter ele legitimidade para defender o patrimônio público.

Outro aspecto a abordar é a questão da moralidade na Administração. Concordo com o Dr. Cammarosano, quando disse que não podemos imaginar que o administrador deva administrar um município apenas e tão-somente pelas regras da Moral. Direito é uma coisa, Moral é outra. Em certos aspectos, a Moral pode ser mais flexível do que o Direito, mas, também, mais insegura que ele. Nessa hipótese, valeria até lembrar os exemplos por ele dados, que mostram como, em alguns casos, é difícil chegar a um consenso sobre o que está certo ou errado, em muitas questões morais. Por exemplo: está certo ou está errado ter amante ou viver maritalmente sem o casamento? O pensamento das pessoas em questões como estas muda de época para época e de lugar para lugar. Provavelmente, neste País, há meio século, a maior parte das respostas poderia ser: está errado; hoje, talvez, a maior parte das respostas seria dizer que o convívio em sociedade de fato é tão certo como o casamento. É verdade que o Direito também não é lá tão estável que não mude, nem é verdade que ele mude muito pouco. Ele também muda; em algumas coisas, mais depressa, noutras até mais devagar do que a Moral. Ora, o Prof. Cammarosano propõe que nós recusemos o critério de moral comum para iluminar o administrador e usemos o critério da *moralidade jurídica*. Isso nos parece uma *contradictio in terminis*, porque, embora tenham pontos em comum na valoração da *norma agendi*, Direito e Moral não se confundem. Direito é Moral com coação ou coerção; a rigor, não existe moralidade jurídica, pois se a moralidade se tornar jurídica, deixa de ser Moral, passa a ser Direito. Para o Direito, o que existe não é nem a Moral comum, nem Moral jurídica: o que existe é *moralidade administrativa*. Não posso supor que o administrador dirija o Município, o Estado ou o País a partir da moralidade da Igreja, do suposto bom pai de família ou de uma hipotética pessoa que só vá querer fazer o bem a todos; isso é mera abstração, e não é nesse sentido de Moral pura ou de ética abstrata que a Constituição exige do administrador observe o princípio da moralidade nos atos da Administração (art. 37, *caput*): creio que a Constituição está falando da moralidade do ato administrativo, ou seja, o administrador está sujeito os princípios ético-jurídicos que a legislação descreve, e cuja violação sanciona, entre os quais a honestidade, a imparcialidade e a lealdade. Isso decorre do art. 37, *caput*, da Constituição, e do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, que, ao sancionar comportamentos que recrimina, está, *ipso factu*, definindo o que é a *imoralidade administrativa*, como contraposição ao princípio constitucional da moralidade administrativa.

Com efeito, a Constituição de 1988 impõe a moralidade como princípio da administração; de sua parte, a Lei n. 8.429/92 diz em que consiste esta moralidade, quando define, no *caput* do art. 11, quais são os princípios que ela, lei, considera aí compreendidos. No *caput* desse dispositivo, a lei traz o conceito jurídico de honestidade, imparcialidade e lealdade. Isso significa que o administrador não tem que ficar preocupado, por exemplo, se morar maritalmente é moral ou imoral para a sociedade, nem se isso é moral comum, mas ele tem que se preocupar se ele está administrando dentro da honestidade, da imparcialidade e da lealdade na gestão dos recursos de toda a coletividade. Isso é que é moralidade administrativa.

Outro exemplo: a previdência nacional existe para que? Teoricamente para prestar ou pagar benefícios previdenciários, a partir de seu custeio. Muito bem, se ela se transforma numa máquina para arrecadar, financiar o governo e só pagar miseravelmente os supostos beneficiários, apenas depois de esgotar ela todos os meios para furtar-se de sua obrigação, então teremos a imoralidade administrativa implantada no sistema. O aposentado, principalmente quando pobre, bate-se contra uma verdadeira barreira quando quer buscar seus benefícios: se o sistema cria todas as dificuldades para uma pessoa se aposentar, mesmo que tenha o direito, se cria absurdas exigências para conceder um benefício, mesmo quando é devido, isso será imoralidade administrativa. Não se trata de uma questão de hipotética imoralidade “jurídica” ou “moralidade abstrata ou média”.

Ainda mais um exemplo: a Prefeitura aqui de São Paulo cobra um imposto progressivo na transmissão de bens imóveis (ITBI). O Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu, há anos,

ser inconstitucional esse imposto, se cobrado na forma progressiva, como o faz a Municipalidade paulistana. Pois bem, entra ano, sai ano, e a Prefeitura, mesmo tendo o plenário de nossa maior corte constitucional já rejeitado essa cobrança, continua cobrando esse acréscimo inconstitucional. Isso é imoral, sob o aspecto administrativo, mas não estou falando aqui da moralidade abstrata ou da moralidade comum, nem falo de moralidade jurídica. Falo de violação da ordem jurídica, com a quebra da moralidade administrativa assim definida em lei, ou seja: neste caso, o administrador está violando os deveres de lealdade e de honestidade exigidos na norma legal, porque, na prática, vai conseguir que muitos paguem o que não devem, e não repetirão o indébito, porque desistirão de ir a uma Justiça excessivamente formalista, lenta e morosa (que é outra imoralidade, ainda maior), e arcarão com um prejuízo indevido e injusto; vai ainda conseguir que outros, mais abonados, mesmo preferindo demandar, tenham de percorrer um processo longo e tortuoso, para talvez obter uma vitória que lhes custará muitos anos e dinheiro.

Enfim, a moralidade merece, sem dúvida, um conceito especial dentro da Administração, não o da moralidade comum, mas o da moralidade administrativa, que está claramente definida dentro do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Há ainda outro ponto, que me parece interessante para enriquecer os debates. Preocupa-se o Dr. Cammarosano com o art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, o qual admite a *culpa* do administrador como fundamento da improbidade. Diz ele: como poderia ser desonesto alguém que não agiu com dolo e agiu só com culpa?

De minha parte, vejo a questão de outra forma. No direito civil, um indivíduo pode ser responsabilizado por culpa; no direito penal ele pode ser penalizado por culpa; na esfera disciplinar ele pode ser sancionado por culpa. Ora, na administração, por que o administrador só por dolo poderia ser ímprobo? E ele for negligente? Se é negligente, ele é desonesto: um administrador negligente está violando o dever de eficiência e lealdade da Administração; está descurando de uma fiscalização que é o próprio mérito de seu trabalho; está deixando de lado a honestidade que deveria iluminar o seu trabalho. O administrador não está lidando com bens seus, e sim com bens coligidos com muito sacrifício pela coletividade, os quais ele espontaneamente pediu para cuidar, e ainda é remunerado para isso. Assim, o administrador não tem o direito de ser negligente com recursos públicos; pode até sê-lo em sua vida privada, nunca com recursos da coletividade. Ele concorreu a um cargo, ou foi eleito, ou foi nomeado; ao tomar posse do cargo público, imediatamente assumiu um dever jurídico, mais do que meramente moral, um dever que tem sanção: assumiu o dever mínimo de não ser negligente, de não ser desidioso, de não ser imprudente com os recursos da coletividade, que ele escolheu gerir. Se ele é imprudente, desidioso e negligente, ele é desonesto — assim o considera o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Com efeito, esse artigo considera ato de improbidade administrativa aquele que atente contra os princípios da administração pública, ou ainda qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. E o art. 10 expressamente prevê a forma dolosa ou culposa para qualquer ato de improbidade administrativa que cause prejuízo ao erário. Destarte, se o administrador permite que um particular incorpore de forma indevida valores municipais, por exemplo, e se ao fazer isso ele foi desidioso ou negligente, ele faltou com o dever de honestidade, porque um administrador honesto é zeloso — isso faz parte da definição do administrador.

Há mais de vinte anos, eu era Promotor Público de uma cidade do interior. Eu trabalhava com um Juiz que veio a ter problemas com a Corregedoria-Geral da Justiça. De fato, eram problemas sérios, que justificaram providências cabíveis pela Corregedoria. Entretanto, afora seus problemas de saúde, que interferiam na atuação funcional, no mais era ele um Juiz honesto, um homem de bem, um homem por quem eu tinha respeito. Um dos Juízes da Corregedoria indagou-me o que eu tinha a dizer sobre a pessoa do Juiz, e eu disse o que pensava a respeito: quanto ao aspecto funcional, os autos estavam lá, e o que eu tinha a dizer estava dito; quanto ao aspecto pessoal, queria dizer só uma coisa: ele era um homem honesto, um homem de bem; queria que isso fosse levado em conta. Pois o Juiz da Corregedoria me falou algo de que nunca esqueci, apesar de ser

algo muito elementar: você não está falando nenhuma qualidade dele; ser honesto é pressuposto, não é qualidade.

E, pensando bem, esse Juiz Corregedor tinha toda razão: em termos de administração pública, honestidade é pressuposto, não é qualidade. E, apesar de maus exemplos de que o País está cheio, não podemos nos acostumar a pensar o contrário.

O último ponto que quero abordar diz respeito ao caso citado pelo Dr. Cammarosano, que se refere a um Promotor de Justiça que estaria processando um advogado que teria atuado como parecerista. Sem dúvida, o trabalho do advogado tem a mesma nobreza do trabalho do promotor; tem ainda a mesma dignidade e importância que o do magistrado. O Promotor também lança seus pareceres dentro do processo, assim como o advogado, seja em autos judiciais ou até administrativos. Emitir um parecer é relevante trabalho de consultoria jurídica, que a lei atribui ao advogado; saber se o fez adequadamente ou não, isso será uma questão concreta. Nada impede que um advogado dê um parecer zeloso, cuidadoso ou adequado, dentro de sua liberdade e da independência próprias à sua alta profissão; nesse caso, não teria cabimento fosse processado porque sustentou que, num caso, seria possível a dispensa de licitação ou não, ou que noutro caso teríamos hipótese de inexigibilidade de licitação ou não; se sua posição é seriamente fundamentada, teremos de respeitar o entendimento do advogado, ainda que com seu posicionamento não concordemos. Normalmente, esse é o caminho a seguir, da mesma maneira como se reconhece a plena liberdade dos promotores em sua atuação. Entretanto, monstruosidades jurídicas existem tanto no Ministério Público, quanto na advocacia, quanto na magistratura. Se um advogado ou um promotor ou um magistrado perpetrarem um autêntico absurdo para assim tentarem justificar uma lesão dolosa ao patrimônio público, pode ser que naquele caso concreto haja como responsabilizar aquele mau operador do Direito. Mas, naturalmente, aqui estou falando em tese, pois não tenho como discutir com os senhores o caso concreto antes trazido à baila, sem conhecê-lo. Mas, em tese, concordo com que devamos respeitar a liberdade funcional dos promotores, advogados e juizes.

A propósito, lembro-me de um caso. Creio que há uns dez anos, aproximadamente ao tempo em que eu era Presidente da Associação Paulista do Ministério Público, chegou na Associação um Promotor de Justiça, exibindo uma cópia xerox de um arquivamento de inquérito policial requerido por um outro colega. Dizia o requerimento algo mais ou menos assim: “neste País em que o Presidente da República fez isso e o Presidente da Câmara fez aquilo, este indiciado só furtou um não-sei-o-quê, e assim requeiro o arquivamento”. Desse jeito. Isso também é teratológico. O Promotor de Justiça tem suas responsabilidades constitucionais e legais; é retribuído para servir a coletividade e aplicar uma lei que não foi ele quem editou. Ele tem uma atribuição funcional a cumprir. Se um Promotor, um juiz ou um advogado fizerem absurdos iguais ou ainda maiores, devem ser responsabilizados. Mas, fora dessas hipóteses excepcionais, se um Promotor ou advogado deu um parecer dentro da sua convicção, ou um juiz der uma sentença, e se sustentarem posição séria e fundamentada, seu entendimento tem de ser respeitado.

Ainda me lembro de outro caso concreto. Era eu membro do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Foi submetido à revisão do Conselho um conceito de deficiência, imposto pelo Corregedor-Geral do Ministério Público, a um Promotor de Justiça que tinha requerido a absolvição de um indivíduo, por entender que o art. 16 da Lei de Tóxicos seria inconstitucional. Houve uma representação contra o Promotor, encaminhada ao Corregedor-Geral, que o puniu, e o Promotor recorreu ao Conselho. A tendência no Conselho, à primeira vista, era a de que o promotor tinha cometido um abuso. Pedi vista dos autos, estudei-os cuidadosamente, e me convenci do desacerto da sanção, bem como os colegas de Conselho também se convenceram, e o recurso foi provido, porque a fundamentação que o Promotor tinha lançado era séria, bem feita, respeitável — ainda que nos parecesse, a todos nós Conselheiros, totalmente equivocada. Eu não concordo nem concordava com o que ele dissera; entendi totalmente equivocado seu raciocínio, mas defendi o direito que ele tinha de sustentar sua posição pela forma como o fez, com a seriedade com que o fez. Tal foi o alcance do julgamento, que o Conselho resolveu editar um assento na ocasião, para estabelecer que um Promotor não podia ser punido quando, dentro da

sua liberdade funcional, sustentasse uma tese, ainda que isolada, mas o fizesse de forma responsável e fundamentada, dentro da razoabilidade.

Regras de liberdade e independência que sustentamos para o Ministério Público, também se aplicam para o advogado e para o juiz, que, em conjunto, formam o tripé da Justiça.

Enfim, senhores, estas são minhas rápidas observações, que, como debatedor, eu quis fazer, até porque tal foi a abrangência e complexidade dos problemas que o Dr. Cammarosano levantou, que a rigor seria preciso ficar muito mais tempo para discutir todos eles. Entretanto, para iniciar os debates, creio que minha intervenção já foi suficiente.