

## **MEIOS DE INVESTIGAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

**1- Improbidade administrativa (considerações gerais).**

**2- Legitimidade ativa.**

**3- Alguns meios de investigação da improbidade administrativa.**

**3a- O inquérito civil, o inquérito policial e o procedimento administrativo.**

**3b- A questão do sigilo das informações. 3d- Auditorias do Tribunal de Contas.**

**3e- Meios de controle interno da administração pública. 3f- Medidas cautelares.**

**3g- O registro de bens.**

**4- Conclusão.**

### **1- Improbidade administrativa (considerações gerais)**

A Constituição Federal elevou à categoria de princípio constitucional a moralidade administrativa, pressuposto de validade de toda a atuação estatal, informante dos demais princípios irmãos constantes do art. 37, e matriz de outros princípios secundários ou elementares decorrentes da moralidade, como a proporcionalidade, a razoabilidade e a probidade.

O tema da improbidade administrativa ;e um dos mais fascinantes na atualidade do direito brasileiro tendo em vista a amplitude do conceito dado a matéria pela Lei Federal 8.429/92, que reprime atos de improbidade administrativa das seguintes modalidades: que impliquem enriquecimento ilícito do agente público, que causam prejuízo ao erário, e que atentam contra os princípios da administração pública.

O objeto da repressão da improbidade administrativa, conceituada por José Afonso da Silva como imoralidade administrativa qualificada, na legislação atual é bem mais amplo que o âmbito da legislação anterior (Lei Federal 3.502/58) que punia somente o enriquecimento ilícito, condicionado sempre a prática de um ato ou a abstenção de um fato pelo agente público.

Pela Lei Federal 8.429/92 atinge-se igualmente o prejuízo ao erário ao lado do enriquecimento ilícito (e este, ainda, com uma nota diferencial numa das figuras exemplificativas: a aquisição de bens de valor desproporcional à evolução patrimonial do agente e incompatível com a sua renda), como também o atentado aos princípios da administração pública, conceituado por Ruy Alberto Gatto como norma de encerramento ou de extensão, proporcionando a censura de atos comissivos ou omissivos que não importam prejuízo patrimonial da administração pública ou enriquecimento ilícito do agente público, mas que ofendem os valores morais da administração pública.

É hoje a moralidade administrativa causa autônoma da ação popular, mas na Lei Federal 8.429/92 é causa principal porque reprime atos corruptores dos valores éticos e morais da administração pública, independentemente da ocorrência de efetiva lesão ao erário (art. 21 inc. 1), ou seja, aos valores patrimoniais, o que é altamente salutar, porque a violação de um princípio é muito mais grave que a transgressão de qualquer norma, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello. Não obstante seja uma lei dirigida precipuamente para a proteção dos valores morais da administração pública, violados pelo enriquecimento ilícito e pelo atentado aos seus princípios, preocupa-se também com atos causadores de lesão patrimonial ao erário (art. 10), perfilhando-se a ideologia que inspirou a ação popular repressora de atos ilegais e lesivos ao erário (Lei Federal 4.717/65).

Essas três modalidades ou espécies de improbidade administrativa descrevem exemplificativamente respectivas relações de atos correspondentes, nos arts. 9º a 11.

Outrotanto, diferencia-se a repressão à improbidade administrativa da Lei Federal 8.429/92 com a da Lei Federal 3.502/58 pelas sanções típicas cabíveis, previstas no art. 12 da primeira, e que são aplicáveis independentemente das instâncias administrativa (controle interno da administração pelo poder disciplinar, controle externo exercido pelo Tribunal de Contas), civil (ação popular, por exemplo) e penal (crimes contra administração pública, por exemplo).

Enquanto a Lei Federal 3.502/58 sujeitava o agente a perda dos bens e valores ilicitamente acrescidos ao seu patrimônio e a reparação da lesão do erário, a Lei Federal 8.429/92, na esteira do art. 37 § 4º da Constituição Federal, estabelece penalidades maiores e mais adequadas, como a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente, o ressarcimento do dano, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos por prazo determinado, o pagamento de multa civil tendo como base de cálculo o proveito ou a renda do agente, a proibição de contratar com o poder público ou dele receber incentivos ou benefícios fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, por prazo determinado.

São manifestamente sanções mais severas, e certamente, mais escorreitas ao fim colimado (repressão da imoralidade administrativa qualificada), câncer que se propaga décadas a fio no cenário institucional brasileiro, e que criou e disseminou a intolerável cultura da improbidade (ou cultura da imoralidade) em razão da ineficiência das leis (mormente a legislação penal e processual penal) e da inapetência política dos órgãos repressores (principalmente a própria administração pública), que ase exoneravam do dever legal de reprimir a improbidade administrativa, em detrimento do Estado Democrático de Direito, carcomido pela peste da improbidade.

Pode-se afirmar, sem receio algum, que a Lei Federal 8.429/92 implantou no direito brasileiro mais um instrumento processual para observância concreta dos princípios inscritos no art. 37 da Constituição Federal, à evidência própria de que a moralidade administrativa por sua abrangência estrutural contém não só os demais ali previsto, como também os elementares decorrentes (razoabilidade, proporcionalidade, e notadamente probidade).

## **2 - Legitimidade ativa**

Nos termos do art. 17 da Lei Federal 8.429/92 têm legitimidade ativa para postular em juízo a aplicação dessas sanções, independentemente das sanções criminais, civis, administrativas e até eleitorais, o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada, pela via da ação civil pública, instrumento processual destinado à proteção dos interesses supra-individuais, como a moralidade, a probidade, a gestão honesta da coisa pública.

A legitimação do Ministério Público decorre do art. 129 inc. III da Constituição Federal, que lhe incumbe a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a defesa do patrimônio público.

A pessoa jurídica interessada é a entidade da administração pública direta, indireta ou fundacional (conceituadas no art. 1º) lesada pelo ato de improbidade administrativa em seus valores morais ou patrimoniais, detentora do dever de preservação da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição da República) de reprimi-lo em razão do interesse público primário e dos princípios das moralidades (onde se inclui a probidade) e impessoalidade administrativas, inscrito também no mesmo art. 37 da Carta Magna, vez que é titular dos princípios e regras que regem a atividade de seus representantes (os agentes públicos amplamente definidos no art. 2º).

Este novo sistema de legitimação ativa rompeu com o anterior, que legitimava a administração pública direta, indireta e fundacional, e supletivamente o cidadão (art. 5º § 2º da Lei Federal 3.502/58).

Renovou-se a legitimidade concorrente do Ministério Público prevista na Lei Federal 3.164/57 (art. 1º § 2º).

Contudo, mesmo para a ação prevista na Lei Federal 3.502/58, de 05 de novembro de 1988 até a edição da Lei Federal 8.429/92, o Ministério Público era legitimado ativo por força do art. 129 inc. III e § único da Constituição Federal.

Apesar de ser uma ação civil pública os outros co-legitimados do art. 5º da Lei Federal 7.347/85 (por exemplo, as associações, sindicatos, partidos políticos) não são legitimados ativos para pretender a aplicação das sanções previstas na Lei Federal 8.429/92, porque, muito embora se integrem suas disposições por obra do art. 21 da Lei Federal 7.347/85 (sistema da interação das vias de tutela dos interesses supra-individuais), acaba prevalecendo a regra específica do art. 17 em detrimento da genérica. O cidadão, anteriormente legitimado, perdeu essa condição. Pode pela ação popular combater ato imoral e ímprobo, mas essa sede não é escoeireta para a aplicação das sanções específicas da improbidade administrativa, limitada a anulação do ato e ao ressarcimento do dano.

### **3 - Alguns meios de investigação da improbidade administrativa**

Em regra, não é tarefa fácil a prova de ato de improbidade administrativa, qualquer que seja a sua modalidade. Denúncias da imprensa, anônimas, de cidadãos, ou de políticos, na maioria das vezes, são destituídas de provas firmes, e até de indícios, de improbidade administrativa, não obstante apresentem-se graves e exigentes de justa e imediata resposta social.

A lei oferece meios próprios para investigação da improbidade administrativa, e o ordenamento jurídico positivo a completa com outros meios, para que os colegitimados do art. 17 promovam a ação visando a aplicação das penalidades previstas no art. 12.

Passa-se a examiná-los, atingindo o objeto central deste trabalho.

### **3 a - O inquérito civil, o inquérito policial, e o procedimento administrativo**

A Lei Federal 8.429/92 armou o Ministério Público da prerrogativa de requisição da instauração de inquérito policial ou de procedimento administrativo para apuração dos atos de imoralidade administrativa qualificada.

A redação do art. 22 é bem defeituosa na medida em que fala de apuração de "qualquer ilícito previsto nesta Lei "quando deveria utilizar" qualquer ato de improbidade administrativa".

O dispositivo, por seu turno, está mal situado, pois regulando a investigação preliminar de improbidade administrativa deveria constar do Capítulo V que cuida da matéria, mais propriamente como parágrafo ou na cabeça do art. 14.

A prerrogativa instituída é mera faculdade conferida ao Ministério Público, pois a lei saliente que o órgão "poderá requisitar". Assim, o Ministério Público recebendo ou conhecendo notícia de improbidade administrativa poderá optar pela solução que lhe for mais conveniente para a apuração do ato de improbidade administrativa e promoção de futura ação civil pública.

O art. 11 d Projeto de Lei 1.446/91, apresentado pelo Presidente Fernando Collor, estabelecia que o Ministério Público, de ofício, ou a requerimento de autoridade administrativa, ou mediante representação (de qualquer cidadão), poderia promover o inquérito civil ou determinar a instauração de inquérito policial para apuração de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, emprego ou função pública, a fim de sujeitar seu autor às sanções nele fixadas e às penas cominadas à prática do crime correspondente.

Na Câmara Federal o Deputado José Dutra alterou a proposição inicial para "melhor explicitação de alguns dos instrumentos legais de que pode lançar mão para a apuração dos fatos" , aprovando-se que para apuração dos ilícitos previsto na lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa, ou mediante representação (agora, formulada por qualquer pessoa), poderá requerer a instauração de procedimento administrativo, determinar a instauração de inquérito policial, ou promover o inquérito civil, no curso do qual poderá proceder a inspeções, requisitar perícias, documentos, estudos, dados técnicos, certidões e informações, inclusive diretamente de entes públicos ou de particulares.

No Senado Federal o substitutivo apresentado pelo Senador Pedro Simon se baseava na premissa de investir "o Ministério Público de poderes especiais para apurar e processar os responsáveis por ato de improbidade", possibilitando-lhe requisitar a instauração de inquérito policial ou de procedimento administrativo, ou, ainda, promover o inquérito civil, sob sua presidência, no curso do qual poderá expedir notificações com condução coercitiva, proceder a inspeções à tomada de depoimentos sob compromisso, requisitar perícias, documentos, estudos, dados técnicos, certidões e informações, inclusive diretamente dos entes públicos e particulares, assinalando prazo que não poderá ser inferior a dez dias úteis.

Esta redação foi aprovada, mas no retorno à Câmara Federal foi ostensiva e firmemente combatida pelo Deputado Nelson Jobim, insurreto da atribuição da "competência policlesca" ao Ministério Público. Ali, as lideranças do PMDB, do PSDB, do PT, do PST, e do Bloco Parlamentar propugnaram e obtiveram a mutilação do projeto e do substitutivo aprovado anteriormente no Senado e na própria Câmara Federal, extraíndo, dentre outras proposições essencialmente válidas, o inquérito civil e o acesso direto a quaisquer informações, inclusive nas hipóteses legais, de sigilo, para que o Ministério Público investigasse atos de improbidade administrativa, resultando na atual redação do art. 22 da Lei Federal 8.429/92: "Para apurar qualquer ilícito previsto nesta Lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o art. 14, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo".

Apesar disso, nada impede ao Ministério Público a promoção do inquérito civil com o uso dos poderes requisitórios correspondentes (perícias, estudos, dados técnicos, informações depoimentos, notificações, etc.) para apuração de ato de improbidade administrativa tendo em vista que a Constituição Federal (art. 129 incs. III e VI), a Lei Federal 7.347/85 (arts. 1º inc. IV e 8º e parágrafo único), e a

Lei Federal 8.625/93 (arts. 25 inc. IV e 26 incs. I a III) já inscreviam essas prerrogativas para a proteção do patrimônio público, da moralidade administrativa e de qualquer outro interesse difuso ou coletivo. A legitimidade do Ministério Público para tanto decorre do art. 129 inc. III da Constituição Federal, sendo defeso a lei infraconstitucional modificá-la, observam Nery e Nery.

Em que pese a involução preconizada pelos legisladores, para apurar ato de improbidade administrativa o Ministério Público tem ampla opção, podendo sua escolha recair sobre o inquérito civil que não foi excluído pela Lei Federal 8.429/92 ou pelo inquérito policial ou o procedimento administrativo.

E fortes razões justificam esta conclusão 1) pelo sistema da interação, constante do art. 21 da Lei Federal 7.347/85, aplica-se à Lei Federal 8.429/92 disposições da Lei Federal 7.347/85 naquilo que não for incompatível, como o poder de requisição de documentos e da instauração de inquérito civil (art. 8º); 2) a intenção do art. 22 da Lei Federal 8.429/92 é ampliar os meios de investigação de atos de improbidade administrativa de que possa se valer o Ministério Público; 3) o inquérito civil é previsto como meio de investigação para a proteção do patrimônio público e social (art. 129, inc. III, Constituição Federal), tanto pela Lei Federal 7.347/85 (art. 8º) quanto pelas normas gerais orgânicas federal e estadual (arts. 25 inc. IV alínea b e 26 da Lei Federal 8.625/93, arts. 104 a 113 da Lei Complementar Estadual 734/93) que regem a atividade do Ministério Público para apuração de atos ofensivos à moralidade administrativa (expressão genérica que abarca a espécie improbidade administrativa).

Neste sentido, manifesta Luis Cláudio Almeida Santos admitindo o cabimento do inquérito civil e demais prerrogativas inerentes ao ofício do Ministério Público, como requisição de perícias, exames, documentos, certidões, informações, tomada de depoimentos, etc., secundado por Luiz Fabião Guasque, Hugo Nigro Mazzilli, e Carlos Alberto Ortiz.

Mesmo antes da edição da Lei Federal 8.429/92 Hugo Nigro Mazzilli já defendia a instauração do inquérito civil para apurações de denúncias de enriquecimento ilícito de agentes públicos com base na Lei Federal 3.502/58, entendendo corretamente estar a hipótese incluída no art. 129 inc. III da Constituição Federal.

A lei, portanto, não exclui o inquérito civil; antes o pressupõe. Acresça-se que o inquérito civil também é faculdade do Ministério Público, como expresso na lei

da ação civil pública, posto que para formar sua convicção poderá valer-se de procedimentos administrativos próprios sob sua direção, requisições de perícias, documentos, certidões, informações (art. 8º da Lei Federal 7.347/85, art. 26 da Lei Federal 8.625/93 e art. 104 da Lei Complementar Estadual 734/93). A grande finalidade do inquérito civil é frustrar a proposição de lides temerárias, segundo enuncia José Emmanuel Burle Filho.

O desiderato da lei comentada é de ampliação dos meios investigatórios fornecidos ao Ministério Público, estendendo o poder requisitório na apuração de ato de improbidade administrativa com a possibilidade de requisição de procedimento administrativo ou inquérito policial como instrumentos profícuos para realização desse escopo ao lado dos já existentes, não excluídos de seu campo de incidência.

Assim, ao lado de instaurar o inquérito civil sob sua presidência, ele poderá requisitar o inquérito policial (e não raro o ato de improbidade administrativa caracteriza também crime funcional) ou procedimento administrativo para própria entidade lesada visando a colheita da prova até mesmo para compor o inquérito civil visando, em ambos os casos, a promoção de ação civil pública. Como tal, servem a formação da convicção do Ministério Público, devendo a autoridade administrativa ou policial encetar todas as diligências, especificadas ou não, para averiguação do fato. A ampliação do poder requisitório sobre estas especiais hipóteses tem explicação lógica: a polícia judiciária encontra-se melhor aparelhada para apuração de tais atos, sendo dotada de órgãos eficientes como o Instituto de Criminalística; e a própria administração pública também é melhor servida de organismos de auto-controle (controle interno) de seus atos, dedicados a obtenção de provas (até porque é dever da administração pública zelar pela moralidade administrativa e quase sempre o ato de improbidade provocará alguma sanção decorrente do poder disciplinar).

A apuração por qualquer destas vias pode ser decretada de ofício pelo Ministério Público, a requerimento de autoridade administrativa, ou mediante representação formulada por qualquer do povo, mesmo que tenha sido rejeitada pela autoridade administrativa. É mister que a representação para evitar investigações temerárias e devassas politiqueras, preencha os mínimos requisitos de admissibilidade, como os constantes do art. 14 de lei. É assaz importante que o representante indique as provas existentes acerca do ato, mas essa não é condição para o exercício do direito conferido a qualquer pessoa. A lei exige, apenas, que o representante indique as provas existentes quando delas tiver conhecimento, estimulando à colaboração com a justiça. Isso mostra que havendo suspeita de ato ímprobo a investigação terá lugar

mesmo que o representante não indicar as provas do fato ou da autoria, porque a lei exige - repita-se - a indicação das provas que tenha conhecimento, e não simplesmente das provas, cuja existência pode até ignorar.

Note-se, por fim, que a representação pode ser deduzida tanto perante o Ministério Público quanto a autoridade administrativa: os arts. 14 e 22 indicam que a atribuição investigatória é concorrente, não tendo nenhum sentido lógico ou base legal condicionar o direito de representação ao Ministério Público ao prévio exaurimento da via administrativa.

Há casos em que o Ministério Público deverá, por óbvio, realizar a investigação por inquérito civil notadamente quando são governantes ou pessoas muito próximas a eles as suspeitas da prática de atos de improbidade. Noutros, ainda poderá valer-se de auditorias encomendadas a órgãos como Receita Federal, Tribunal de Contas, Instituto de Criminalística, Delegacias Especializadas em Crimes Funcionais, etc.

Entretanto, frise-se que o inquérito civil, o inquérito policial e o procedimento administrativo são meras faculdades, dispensáveis e prescindíveis se o Ministério Público possuir elementos probatórios de convicção da prática de improbidade administrativa, como depoimentos, documentos, laudos, enfim, provas lícitas. A ação civil pública de improbidade administrativa de modo algum subordina-se a prévia conclusão ou instauração de inquérito civil, policial ou procedimento administrativo.

Ao se permitir o emprego do inquérito civil para a apuração de ato de improbidade administrativa, também são admitidos os demais meios e prerrogativas de investigação de violação a interesses supra-individuais previstos na Lei Federal 7.347/85, na Lei Federal 8.625/93, e na Lei Complementar Estadual 734/93 (requisição de exames, informações, documentos, perícias, etc.; peças de informação; procedimento administrativo próprio etc; que poderão servir a promoção direta da ação civil pública ou a instauração do inquérito civil, se assim julgar-se conveniente, ou ao seu arquivamento (submetido, em qualquer hipótese, ao reexame necessário do Conselho Superior do Ministério Público).

Assim é possível: a requisição de certidões, informações, documentos, perícias, auditorias, exames, etc., de que se pode valer o Ministério Público a pretexto da Lei Federal 7.347/85 e da Lei Federal 8.625/93; podendo solicitar auditorias específicas a instituições como o Banco Central, Tribunal de Contas, requisitar laudos ao Instituto de Criminalística, documentos e certidões aos

Cartórios de Registro de Imóveis, de Títulos e Documentos, a Receita Federal, a Mesa de Rendas, Capitania de Portos, Departamentos de Trânsito, Juntas, Comerciais, etc., enfim, acesso direto a todas as informações patrimoniais, negociais, tributárias, relativas as pessoas investigadas sob suspeita de prática de ato de improbidade administrativa, tendo amplos poderes de investigação.

É obrigação legal e moral da autoridade administrativa representar ao Ministério Público para dar ciência de ato de improbidade administrativa e solicitar providências, sem prejuízo da iniciativa concorrente da pessoa jurídica que representa, como deflui da leitura conjunta dos arts. 15 e 22 da lei justamente para o Ministério Público verificar se o interesse tutelado pela lei anticorrupção não será objeto de disponibilidade indevida (prescrição forçada, procrastinação do inquérito, negociatas, tramóias, acertos, etc.) em prejuízo da moralidade e da legalidade, e causadora de ato de improbidade (art. 11 inc. II, Lei Federal 8.429/92). Essa obrigação também consta na Lei Federal 7.347/85 (art. 6º).

Instaurado inquérito civil pelo Ministério Público ou possuindo peças de informação derivadas de procedimento administrativo ou inquérito policial a ele remetidos, ou apresentada representação ou requerimento da pessoa jurídica interessada (art. 22), o Ministério Público se não se convencer da caracterização de improbidade administrativa deverá promover o arquivamento ou rejeitá-las, respectivamente, com motivação suficiente.

A promoção de arquivamento do inquérito civil, das peças de informação, do procedimento administrativo próprio, ministrados ou não com o procedimento administrativo e o inquérito policial aludidos no art. 22, deverá ser submetida ao reexame obrigatório do Conselho Superior do Ministério Público (art. 9º, Lei Federal 7.347/85).

A rejeição liminar do requerimento ou da representação comportará o reexame provocado ao Conselho Superior do Ministério Público (art. 107 § 1º da Lei Complementar Estadual 734/93).

Embora a Lei Federal 8.429/92 não contenha nenhuma disposição a respeito, todo e qualquer inquérito civil ou meio de investigação presidido pelo Ministério Público referente a qualquer interesse coletivo ou difuso submete-se às formalidades do seu arquivamento regidas pela Lei Federal 7.347/85 (art. 9º), pela Lei Federal 8.625/93 (art. 30), e pela Lei Complementar Estadual 734/93 (arts. 105 a 113).

Requisitados pelo Ministério Público o inquérito policial ou o procedimento administrativo de que tratam o art. 22 comentado, sua instauração é obrigatória e vinculada, tendo a autoridade requisitada o dever de bem desempenhar o encargo, procurando provas de todas as circunstâncias. E destinando-se a mera colheita de informações e indícios de improbidade administrativa, sem que implique por si só alguma punição, o inquérito, civil ou policial, e o procedimento administrativo, não obedecem a cláusula do contraditório, que se prestam apenas para a coleta de elementos para dedução de uma pretensão em juízo ou não, como ressalta com acuidade José Emmanuel Burle Filho.

Por fim, não se pense que o inquérito policial e o procedimento administrativo servem apenas para investigação de fatos criminosos ou praticados por agentes policiais, ou na segunda hipóteses, do mesmo modo que a instauração da investigação por qualquer dos meios previstos na lei ou fora dela não está condicionada ao prévio pronunciamento da matéria da instância administrativa (comissões parlamentares de inquérito, julgamento das contas, de crimes de responsabilidade e de infrações político-administrativas, processos disciplinares, etc.) e na jurisdição penal, segundo decorre dos arts. 12 e 21 da lei.

### **3 b - Relatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito**

De outra parte, ainda, o Ministério Público pode se valer de provas e relatórios encaminhados por Comissão Parlamentar de Inquérito para promoção das medidas de responsabilização civil e criminal (art. 58 § 3º, Constituição Federal).

O Poder Legislativo exerce sobre a administração pública controle externo de mérito e de legalidade de seus atos, cabendo-lhe fiscalizá-la não somente sob o aspecto financeiro-orçamentária, com o auxílio do Tribunal de Contas, senão também sob o aspecto da moralidade e da probidade na conduta dos negócios públicos.

Frise-se, entretanto, que as conclusões alcançadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito não vinculam a convicção do Ministério Público, como também os resultados de outros meios de apuração (inquérito policial, procedimento administrativo, sindicância disciplinar, decisões em tomadas de contas, etc.). O Ministério Público é órgão constitucional independente e dotado de autonomia funcional com liberdade para manifestar sua convicção sobre os elementos coligidos nessas investigações.

### **3 c - A questão do sigilo das informações**

O Projeto de Lei 1.446/91 recebeu na Câmara Federal um substitutivo de autoria do Deputado Federal José Dutra, alterando a redação original do art. 11, explicitando os meios de investigação de improbidade administrativa a cargo do Ministério Público, inclusive permitindo-lhe acesso direto a informações bancárias, financeiras ou fiscais sigilosas.

Sendo aprovado, foi remetido ao Senado Federal e aprimorado pelo substitutivo do Senador Pedro Simon, aprovado na Câmara Alta.

Recebido novamente na Câmara dos Deputados, o Deputado Federal Nelson Jobim insurgiu-se daquilo que denominou "competência policialesca" do art. 11 do Projeto de Lei dada ao Ministério Público, e do art. 25 do substitutivo do Senado sob o argumento de que "o Ministério Público não é órgão de polícia, o Ministério Público é parte acusadora na ação penal e goza de privilégios e benefícios que a defesa não tem", dentre outras críticas. O Deputado Federal Hélio Bicudo reclamou do caráter draconiano do projeto substitutivo do Senado Federal (que rotulava de hediondos os crimes ali previstos), e manifestava que "nem podemos também invadir preceitos constitucionais como aqueles que pregam o sigilo bancário".

As lideranças do PMDB, do Bloco Parlamentar, do PT, do PSDB, e do PST (Deputados Federais Genebaldo Correia, Messias Góis, Eduardo Jorge, Jabes Ribeiro, Eden Pedroso, Luiz Carlos Hauly) apresentaram destaque ao art. 25 do substitutivo do Senado Federal, exceto o parágrafo único e a parte final do caput, ou seja, extraindo a explicitação dos meios de investigação, inclusive sobre as informações resguardadas por sigilo legal, culminando na atual redação do art. 22 da Lei Federal 8.429/92, atitude censurada por Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Antonio Herman V. Benjamin.

Apesar disso, nada impede ao Ministério Público a promoção do inquérito civil com o uso dos poderes requisitórios correspondentes (perícias, estudos, dados técnicos, informações, depoimentos, notificações, etc.) para apuração de ato de improbidade administrativa tendo em vista que a Constituição Federal (art. 129 incs. III e VI), a Lei Federal 7.347/85 (arts. 1º inc. IV e 8º e § único), e a Lei Federal 8.625/93 (arts. 25 inc. IV e 26 incs. I a III) já inscreviam essas prerrogativas para a proteção do patrimônio público, da moralidade administrativa e de qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Também não existe óbice legal algum ao Ministério Público proceder a requisição direta de informações bancárias, financeiras e fiscais, independentemente de autorização judicial, porquanto o art. 26 § 2º da Lei Federal 8.625/93, prevê a responsabilidade pessoal de seu membro pelo uso indevido de informações e documentos, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.

Marino Pazaglini Filho alude, ainda, a essa possibilidade, independentemente de autorização judicial, respaldado por recente decisão do Supremo Tribunal Federal.

Ora, a legislação infra-constitucional permite o acesso direto do Ministério Público as informações bancárias e financeiras, sem temor de inconstitucionalidade, porquanto a Lei Complementar Federal 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público Federal) no art. 8º § 2º consagra essa prerrogativa, e se aplica aos Ministérios Públicos dos Estados subsidiariamente nos termos de seu art. 80, se não bastasse a disposição constante da Lei Federal 8.625/93 (cuja natureza também é de lei complementar à vista do art. 128 § 5º da Constituição Federal).

Assim, é efetivamente salutar que o Ministério Público possa requisitar diretamente de entidades financeiras e bancárias, e de outras que devam guardar o sigilo das informações, dados e informações que interessam a investigação de qualquer das modalidades de ato de improbidade administrativa (e inclusive de crimes), sendo irrelevante a supressão de disposição específica na Lei Federal 8.429/92, fato que só se pode lamentar.

É certo que a matéria ainda renderá muita polêmica, mas não obstante pode o membro do Ministério Público requisitar diretamente tais informações ou deduzir em juízo pedido de providências com essa finalidade. Referido pedido é judicialiforme, sem contraditório, e sigiloso, onde o juiz limita-se a autorizar as entidades bancárias e financeiras a prestarem ao Ministério Público as informações necessárias, na presença dos pressupostos legais, isto é, a investigação de ato de improbidade administrativa, abrangendo a movimentação de contas bancárias e de poupança, cartões de crédito, aplicações no mercado mobiliário e financeiro, aquisição de metais e pedras preciosas, existência de cofres (inclusive abertura e lacração de seu conteúdo), etc..

A necessidade de ordem judicial pode gerar vários inconvenientes na apuração de atos de improbidade administrativa, devendo o juiz ter em conta que o acesso a tais informações é absolutamente indispensável, sob pena de vetar a

investigação. Do mesmo modo, o Ministério Público deve justificar a necessidade do acesso, fundamentando ainda que concisamente sua pretensão com a apresentação de indícios mínimos de suspeita de improbidade administrativa.

Em qualquer caso, incide a cláusula legal de responsabilidade pelo uso indevido das informações, o que é altamente salutar para proteção da intimidade e para preservação do interesse público consistente na apuração de improbidade administrativa.

### **3 d - Auditorias do Tribunal de Contas**

O Poder Legislativo exerce controle externo de mérito e de legalidade sobre os atos da administração pública de forma permanente com o auxílio do Tribunal de Contas, nos termos do art. 71 da Constituição da República, que arrola as competências do órgão, dentre as quais o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens, e valores públicos da administração pública direta e indireta, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou qualquer outra irregularidade que resulte prejuízo ao erário público, tendo amplos poderes investigatórios (inspeções e auditorias) sobre atos da administração pública, inclusive aplicação de multa proporcional ao dano causado ao erário em caso de ilegalidade da despesa ou irregularidade de contas.

Não foi por outra razão que o art. 15 da Lei Federal 8.429/92 determinou que a administração pública deverá dar conhecimento da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de improbidade administrativa ao Tribunal de Contas, bem como ao Ministério Público, para garantia e controle externo da investigação interna.

As auditorias e inspeções do Tribunal de Contas, órgão aparelhado para o controle das contas públicas, são valiosos instrumentos no combate à improbidade administrativa.

A lei poderia prever que o Ministério Público pudesse solicitar ao Tribunal de Contas auditorias específicas, tendo em vista a deficiência de recursos técnicos da instituição nesse campo, independentemente do processo de tomada ou julgamento de contas.

Com efeito, a Constituição Federal ao regular a atividade do Tribunal de Contas confere-lhe iniciativa própria, ou por solicitação do Poder Legislativo, para

realização de auditorias e inspeções de natureza contábil, orçamentária, operacional e patrimonial nas entidades da administração pública direta e indireta e das sociedades instituídas ou mantidas pelo poder público, e prestar informações a respeito (art. 71 inc. IV e VII), e ao mesmo tempo, consagra específico direito de petição a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, de denúncia de irregularidades ou ilegalidades nesse âmbito (art. 74 § 2º).

É lógico, portanto, que o Ministério Público tem o dever de encaminhar denúncias de irregularidades ou ilegalidades ao Tribunal de Contas para que o órgão desempenhe sua fiscalização, e neste sentido dispõe o art. 6º inc. XVIII alínea c da Lei Complementar Federal 75/93, aplicável no âmbito estadual por obra do art. 80 da Lei Federal 8.625/93. Mas, não tem a prerrogativa de solicitar auditorias e inspeções específicas, desassociadas do pedido de início de processo de averiguação dessas irregularidades no Tribunal de Contas.

É certo que toda e qualquer informação sobre auditoria ou inspeção realizada pelo Tribunal de Contas referente a solicitação do Poder Legislativo ou inserida em processo regular de fiscalização poderá ser prestada ao Ministério Público, em razão de suas prerrogativas constitucionais.

Entretanto, nada obsta solicitar a remessa de auditoria já realizada em processo de tomada de contas, embora fosse mais adequado ampliar esse leque, atribuindo ao Ministério Público idêntica prerrogativa instituída em favor do Poder Legislativo, para o combate de todas as modalidades de improbidade administrativa.

Frise-se, outrossim, que a Lei Federal 8.429/92 veio consagrar iterativos pronunciamentos da doutrina e da jurisprudência no art. 21 inc. II, ao salientar, em harmonia ao comando do art. 12, que a aplicação das sanções nele previstas independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas. Se o processo de tomada de contas pode configurar peça de informação da improbidade administrativa, nem por isso o Ministério Público ou a pessoa jurídica interessada (legitimados do art. 17) estão vinculados, subordinados ou condicionados ao prévio julgamento das contas pelo citado órgão, para, posteriormente, promoverem a ação civil pública visando a aplicação das penalidades previstas no art. 12. Nem mesmo se o Tribunal de Contas rejeitá-las, estão obrigados a promoção da ação civil pública. E o melhor argumento para respaldar esta conclusão encontra-se no art. 5º inc. XXXV da Constituição Federal, que inscreve a garantia de acessibilidade ampla, irrestrita e

incondicionada, ao crivo jurisdicional contra qualquer lesão ou ameaça a direito individual ou coletivo.

### **3e - Meios do controle interno da administração pública**

Em decorrência dos princípios constitucionais da administração pública a probidade administrativa é dever a ser observado fielmente pela própria Administração Pública e por seus agentes, de qualquer espécie, como revela o art. 4º da Lei Federal 8.429/92. O exercício do controle interno do ato de improbidade administrativa é decorrência lógica do poder-dever disciplinar, emanado do hierárquico. Embora seja costume, a administração pública não pode abdicar da observância do dever de punir seus agentes por faltas disciplinares cometidas e por atos de improbidade administrativa, atendendo ao princípio da moralidade administrativa.

Esta disposição ideológica mostra a intensa transcendência do princípio da impessoalidade e da noção de interesse público primário, inscrevendo, pois, o dever da administração pública reprimir a conduta daqueles que, exercendo-a, acabam por lesá-la. É uma obrigação da administração pública, mas também se irradia como um dever entre os agentes públicos, do superior ao inferior, do controlador ao controlado, pouco importando as injunções pessoais, políticas, emocionais, que existam. Isto é importante porque eventual omissão de providências para o agente público omissor.

Deste modo, o controle interno da administração pública direta ou indireta deverá ser empregado, sob a ótica do poder disciplinar, não só para punição do agente por fato considerado como falta funcional, mas também para municiar a própria administração pública de elementos para ajuizamento da ação civil pública visando a aplicação das penalidades previstas no art. 12.

A investigação pode ser decretada de ofício, a requerimento de qualquer pessoa ou por requisição do Ministério Público.

A experiência mostra que a investigação decretada de ofício quase nunca ocorre por conta do componente político, da influência sustentada no apadrinhamento, do corporativismo, ou até porque é o próprio superior hierárquico que pratica o ato de improbidade administrativa.

A Lei Federal 8.429/92 conhecendo a real incidência desses fatores obriga aos agentes públicos velar pela estrita observância dos princípios contidos no art. 37 da Constituição Federal (art. 4º), e reiteradas vezes determina conduta

obrigatória e impositiva, como no caso da representação para decreto de indisponibilidade de bens (art. 7º), sendo lícito concluir que é dever do agente público determinar de ofício a instauração de investigação, embora o art. 14 seja omissivo.

A improbidade administrativa é dever do agente público, e está incluída no conceito de moralidade, albergada no art. 4º. A intenção da legislação é a indisponibilidade do interesse público consistente na efetiva repressão da improbidade, a partir do conhecimento do significado do princípio da impessoalidade. Informada por tais contornos, exsurge como obrigação legal do agente público competente determinar de ofício a instauração de ato de improbidade administrativa, prestigiando o interesse público primário.

Em se tratando de requerimento de qualquer pessoa (e não somente de cidadão) é necessária representação com exposição do fato e indicação de provas cuja existência tenha conhecimento (art. 14). Seu indeferimento não impede o acesso do interessado ao Ministério Público.

A lei não exige que o representante prove o ato de improbidade administrativa, requer apenas que ele informe o fato, sua autoria, e indique as provas que tenha conhecimento. Se o interessado não tiver conhecimento de provas, mas os fatos forem graves e a representação apresentar credibilidade, verosimilhança e seriedade, será obrigatória a instauração de apuração (até de ofício), cujo caráter é unilateral, inquisitorial, de busca de elementos ou indícios de autoria e materialidade, e por isso não sujeita ao contraditório ou a ampla defesa, eis que exigíveis apenas quando o procedimento, por si só, possa redundar na imposição de alguma penalidade ao agente.

Proporcionando controle externo da investigação interna a lei manda que se comunique ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público a instauração da apuração (art. 15), facultando, a requerimento, a designação de membros desses órgãos para acompanhá-la. Lamentável essa restrição do acompanhamento externo ter cabimento unicamente a requerimento da comissão processante. O substitutivo do Deputado Federal José Dutra possibilitava ao Ministério Público, de ofício, designar representante para o acompanhamento do procedimento, sem prejuízo de requerimento da comissão processante. Na mesma tônica, o substitutivo do Senador Pedro Simon, também aprovado. Entretanto, as lideranças suprimiram a palavra "de ofício", resultando a atual redação do art. 15 parágrafo único, porém a comunicação é obrigatória, como observa Luiz Fabião Guasque.

Importante registrar que a Lei Federal 8.429/92 à mingua de estabelecer normas procedimentais próprias para o procedimento administrativo ali determinado, salvo no tocante aos requisitos de admissibilidade da representação, estabelece para os servidores públicos federais a observância da forma prevista na Lei Federal 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (arts. 148 e 182). É bem verdade que ali se fixa a garantia da defesa e do contraditório, entretanto, somente nos casos em que possa resultar punição administrativa, e não nos que tenham como desiderato fornecer indícios ao Ministério Público (art. 22) ou a própria administração pública para provocar o poder jurisdicional com o escopo de aplicação das penalidades previstas no art. 12. Vale aqui o mesmo raciocínio desenvolvido com relação ao inquérito civil e aos outros meios previstos no já citado art. 22 da Lei Federal 8.429/92, a respeito do caráter unilateral e inquisitivo da investigação havendo a necessidade de compatibilizar-se o desiderato legal com o texto da Lei Federal 8.112/90, aproveitando a liturgia ali estabelecida, porém afastando a defesa e o contraditório, cuja sede é o processo civil que possa dela resultar, pois tais garantias só tem cabimento em processo (e não procedimento) de que possa resultar penalidade administrativa, e não judicial.

Embora o art. 14 só trate do procedimento administrativo decorrente de requerimento de qualquer do povo, não está excluída sua instauração de ofício pela autoridade administrativa ciente de ato de improbidade administrativa. Tal conclusão decorre da noção dos poderes hierárquico e disciplinar e do dever de moralidade a que está compelida a administração pública e seus agentes art. 37 da Constituição Federal e art. 4º da Lei Federal 8.429/92).

A rejeição da representação deve ser fundamentada, sob pena de nulidade. A exigência da motivação é inerente a todo ato administrativo, onde o motivo é requisito obrigatório. O art. 14 § 2º não deixa dúvida alguma sobre a necessidade de fundamentação da rejeição de instauração de procedimento administrativo para apurar ato de improbidade administrativo a requerimento de qualquer pessoa. A motivação servirá justamente para a recorribilidade da decisão na via administrativa, acesso ao Ministério Público, ou reexame jurisdicional da própria decisão, porque é direito subjetivo público a fundamentação de todos os atos e decisões administrativas.

### **3 f - Medidas cautelares**

A Lei Federal 8.429/92 prevê três cautelares específicas. Não obstante, outras típicas do processo civil comum ou especial (tutela antecipada, arts. 273 e 460 do Código de Processo Civil; liminar ou cautelar específica da ação civil pública nos termos dos arts. 4º, 12 e 21 da Lei Federal 7.347/85, com integração aos arts. 83 e 84 da Lei Federal 8.078/90) poderão ser utilizadas, sejam dependentes ou preparatórias, como, por exemplo, uma vistoria ad perpetuam rei memoriam a partir de informações patrimoniais, financeiras, fiscais e bancárias colecionadas no inquérito civil para prova de enriquecimento ilícito (abarcando livros contábeis, de registro, etc.), ou a suspensão de efeitos de contrato administrativo de concessão de serviço público ou de obra pública, ou de concurso público.

As três cautelares da lei são: a indisponibilidade dos bens (art. 7º), o seqüestro dos bens e bloqueio de contas bancárias (art. 16) e o afastamento do exercício do cargo (art. 20). Podem ser incidentais ou preparatórias, servindo neste último caso como meio de investigação do ato de improbidade administrativa.

A indisponibilidade e o seqüestro de bens têm como objetivo a garantia da execução da sentença que decretar a perda dos bens acrescidos ilicitamente e condenar ao ressarcimento do dano (art. 18) nas modalidades dos arts. 9º e 10, e podem ser requeridas ao juízo competente (da ação principal) durante a investigação ou no curso da demanda, abrangendo o agente público e terceiros beneficiários ou partícipes do ato de improbidade administrativa.

O afastamento é provisório, e pode ser decretado pela autoridade administrativa ou judicial quando for útil (necessário) à instrução processual, tanto na fase investigatória quanto na judicial, e se fará sem prejuízo da remuneração, para evitar perecimento de provas, influência sobre testemunhas.

As medidas tratadas podem ser decretadas liminarmente, ou a qualquer tempo, na ação civil pública respectiva, ou em cautelar específica. O seqüestro somente admite esta última forma.

Outrossim, o pedido de seqüestro (melhor seria arresto, segundo o Código de Processo Civil) poderá conter ou incluir outra cautelar para exame e bloqueio de aplicações mobiliárias, financeiras, contas bancárias, mantidas pelo investigado inclusive no exterior. Ora, é válido o art. 16 § 2º, para exame e bloqueio de contas mantidas no exterior, pois a lei exige que o agente indique obrigatoriamente a sua existência no registro de que cuida o art. 13 que obriga a declaração de bens imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações e

quaisquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizados no Brasil ou no exterior, inclusive de cônjuges, companheiros, filhos e outras pessoas sob sua dependência econômica. Aqui, poderia haver extensão de declaração desses bens localizados no exterior, inclusive de pessoas jurídicas das quais seja o agente sócio ou acionista.

Tais medidas cautelares, se preparatórias, poderão constituir úteis meios de investigação de improbidade administrativa.

### **3 g - O registro de bens**

O seu art. 13 implanta um cadastro obrigatório de informações patrimoniais dos agentes públicos, renovável anualmente, sob pena de demissão a bem do serviço público. Com muito acerto Carlos Alberto Ortiz conceitua o art. 13 como regra de segurança para conferência permanente da probidade administrativa.

Deve o Ministério Público, então, zelar pela aplicação efetiva desse preceito, para que não seja uma mera disposição de boa vontade, como aconteceu com idêntico preceito da Lei Federal 3.502/58.

E no particular deveria o ordenamento jurídico dar-lhe maior atenção, pois, se de um lado, servirá para facilitar a apuração do enriquecimento ilícito (dispensando, no futuro, o vagaroso e tortuoso caminho das investigações quilométricas e sem rigor científico), de outro, era mister instituir no seio da administração pública, como meio preventivo, a obrigatoriedade de seu exame anual para constatação de ofício de evolução patrimonial desproporcional, sinais de fatos exteriores de riqueza incompatíveis, etc.. Neste sentido, é bom grado anotar que Estado e Municípios têm competência legislativa concorrente para a matéria, podendo tecer normas regionais e locais com maiores formas de controle, impondo outras obrigações para o registro de bens referido no art. 13, respeitadas as obrigações mínimas da lei federal.

### **4 - Conclusão**

A Lei Federal 8.429/92 não é um diploma perfeito, mas é um grande avanço no cotejo com a Lei Federal 3.502/58. Poderia ser melhor, aproximando-se mais do substitutivo do Senado Federal, e poderia inclusive proibir a aposentadoria ou a renúncia ao cargo no curso do processo ou do procedimento, tipificar crimes para oferecer um ato mais global da improbidade administrativa (provocando reforma parcial do Código Penal), e proporcionar também alterações na legislação processual penal, orçamentária, eleitoral, financeira,

comercial, societária, tributária, compatíveis ao seu espírito, implantando providências e liturgias mais adequadas e profícuas ao combate da improbidade administrativa e aos vícios da administração pública (coronelismo, clientelismo, nepotismo, apadrinhamento, assistencialismo, etc.).

Mas, é imperativo que seja ela aplicada, com prudência e profissionalismo, sempre lembrando que ela existe para preservar a moralidade administrativa, e não para destruir o Estado ou tornar imediatamente suspeitos todos os agentes públicos. Serve ela para restaurar a esta combalida nação um pouco do que lhe assaltaram nestes anos e anos: dignidade, ética e moral.

Os meios aqui arrolados e comentados para investigar o ato de improbidade administrativa, certamente, não são os únicos existentes. Outros, lícitos, existem e poderão até ser criados, ampliando as forças que a sociedade brasileira tem para enfrentar a insuportável cultura da imoralidade.

WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR

**44º Promotor de Justiça da Capital**

**Ministério Público do Estado de São Paulo**