

Alguns meios de investigação da improbidade administrativa

WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR
Promotor de Justiça - SP

SUMÁRIO: 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 – Relatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito. 3c – 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 artigo 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 é um dos mais fascinantes na atualidade do Direito brasileiro tendo em vista a amplitude do conceito dado à matéria pela Lei Federal nº 8.429/92, que reprime atos de improbidade administrativa das seguintes modalidades: que impliquem enriquecimento ilícito do agente público, que causem prejuízo ao erário, e que atentem contra os princípios da administração pública.

O objeto da repressão da improbidade administrativa, conceituada por José Afonso da Silva como imoralidade administrativa qualificada⁽¹⁾, na legislação atual é bem mais amplo que o âmbito da legislação anterior (Lei Federal nº 3.502/58), que punia somente

(1) - "A improbidade administrativa não é propriamente sinônimo de imoralidade administrativa. Esta teria um sentido mais amplo, de sorte que nem toda imoralidade administrativa conduziria, necessariamente, à suspensão dos direitos políticos, salvo como pena acessória em condenação criminal. A improbidade diz respeito à prática de atos que gere prejuízo ao erário público em proveito do agente. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao improbo. O improbo é o deus da Administração Pública." ("Curso de Direito Constitucional Positivo", pág. 332, ed. RT, 6ª ed.)

o enriquecimento ilícito, condicionado sempre à prática de um ato ou abstenção de um fato pelo agente público.

Pela Lei Federal nº 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⁽²⁾ 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 nº 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 (artigo 21, inc. I), 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 Antônio Bandeira de Mello⁽³⁾. 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 (artigo 10), perfilhando-se a ideologia que inspirou a ação popular repressora de atos ilegais e lesivos ao erário (Lei Federal nº 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 nº 8.429/92 com a da Lei Federal nº 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 nº 3.502/58 sujeitava o agente à perda dos bens e valores ilicitamente acrescidos ao seu patrimônio e à reparação da lesão do erário, a Lei Federal nº 8.429/92, na esteira do art. 37, § 4º, da Constituição Federal⁽⁴⁾, 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

Entretanto, a Lei Federal nº 8.429/92 deu conteúdo mais amplo ao inserir como ato de improbidade administrativa os exemplificados no seu art. 11, que atentam contra os princípios da administração pública a partir do aprimoramento dado ao Projeto de Lei nº 1.446/91 no Senado Federal pelo Relator Senador Pedro Simon, que apresentando substitutivo, incluiu entre os atos de improbidade administrativa também os que causam prejuízo ao erário e que atentam contra os princípios da administração pública (Parecer 484/91, "Diário do Congresso Nacional" - Seção II, pág. 8.158, 22.11.1991).

(2) - A atuação do Ministério Público em face da Lei nº 8.429/92 (Lei Anticorrupção), "Justitia" 161/57.

(3) - "A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura reforçada." ("Curso de Direito Administrativo", pág. 477, Malheiros Editores, 6ª ed.).

(4) - O art. 37, § 4º da Constituição Federal, estabelece que "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

Antes da edição da Lei Federal nº 8.429/92, que veio cumprir esse desiderato, tramitavam no Congresso Nacional dois projetos de lei a respeito. O primeiro era o Projeto de Lei nº 1.618/91, do Deputado Benedito Domingos, que tornava indisponíveis os bens de pessoas indicadas em inquérito ou processo judicial ou administrativo pela prática de atos ilícitos contra o patrimônio público. O segundo era o Projeto de Lei nº 285/89, do Senador Nelson Carneiro, que definia modalidades de improbidade administrativa em dois grupos: a que violava princípios administrativos e a que lesava o erário e promovia o enriquecimento ilícito do agente.

público ou dele receber incentivos ou benefícios fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, por prazo determinado.

São manifestamente sanções mais severas, e certamente, mais escorregadas 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 (morrone a legislação penal e processual penal) e da inapetência política dos órgãos repressores (principalmente a própria administração pública), que se 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 nº 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 previstos, como também os elementares decorrentes (razoabilidade, proporcionalidade, e notadamente probidade).

2 – Legitimidade ativa

Nos termos do art. 17 da Lei Federal nº 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⁽⁵⁾.

A legitimação do Ministério Público decorre do art. 129, inc III, da Constituição Federal, que lhe incumbem 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 da moralidade (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⁽⁶⁾ (art. 5º, § 2º, da Lei Federal nº 3.502/58).

(5) - Hugo Nigro Mazzilli anota que a denominação ação civil pública é referente a demanda cujo objeto seja a tutela de interesses difusos e coletivos pelos legitimados do art. 5º da Lei Federal nº 7.347/85 (A defesa dos interesses difusos em juízo, pág. 32 ed. RT, 4ª ed.).

Se não bastasse, o art. 129, inc III e parágrafo único da Constituição Federal também nomina ação civil pública a que legitima o Ministério Público, sem prejuízo da legitimação concorrente de terceiros, a proteção do patrimônio público, onde se inclui a repressão à improbidade administrativa. A Lei Federal nº 8.625/93, no art. 25, inc IV, alínea "b", incumbem ao Ministério Público a ação civil pública para anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa, onde se insere a improbidade, verificando Ada Pellegrini Grinover que se ampliou a legitimação da ação popular, agora também entregue ao Ministério Público, pois esta ação civil pública regulada pela citada lei federal nada mais é do que uma espécie que pertence ao gênero ação popular, "Ação Civil Pública", pág. 23, RT, 1ª ed. coordenação de Edis Milaré.

(6) - Ovidio Bernardi denominou esta ação de ação popular supletiva e cotejando a Lei Federal nº 3.502/58 com a Lei Federal nº 3.164/57, no tocante à legitimidade ativa verificou inovação para pior (Ação de enriquecimento ilícito e ação popular, RT 314/30). Pelo sistema da Lei Federal nº 3.502/58, a ação contra o enriquecimento ilícito seria privativa das entidades referidas no art. 5º, e supletiva para o cidadão após o decurso do prazo de 90 dias do término da investigação, se constatada inércia do legitimado privativo (cf. §§ 1º e 2º). Francisco Bilac Moreira Pinto relata que o Presidente Juscelino Kubitschek vetou esse dispositivo, mas posteriormente cedeu às críticas da imprensa e dos parlamentares, inclusive do autor do projeto de lei o Deputado Federal Bilac Pinto (Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos págs. 194/210 ed. Forense, 1960).

Renovou-se a legitimidade concorrente do Ministério Público prevista na Lei Federal nº 3.164/57 (art. 1º, § 2º)⁽⁷⁾.

Contudo, mesmo para a ação prevista na Lei Federal nº 3.502/58, de 5 de outubro de 1988 até a edição da Lei Federal nº 8.429/92, o Ministério Público era legitimado ativo por força do art. 129, inc III e parágrafo único da Constituição Federal.

Apesar de ser uma ação civil pública os outros co-legitimados do art. 5º da Lei Federal nº 7.347/85 (por exemplo, as associações, sindicatos, partidos políticos) não são legitimados ativos para pretender a aplicação das sanções previstas na Lei Federal nº 8.429/92, porque, muito embora se integrem suas disposições por obra do art. 21 da Lei Federal nº 7.347/85 (sistema da interação das vias de tutela dos interesses supra-individuais)⁽⁸⁾, 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 improbo, mas essa sede não é escorregada para a aplicação das sanções específicas da improbidade administrativa, limitada à 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 se apresentem 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 co-legitimados do art. 17 promovam a ação visando à aplicação das penalidades previstas no art. 12.

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

3a – O inquérito civil, o inquérito policial e o procedimento administrativo

A Lei Federal nº 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⁽⁹⁾.

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⁽¹⁰⁾.

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 salienta que o órgão "poderá requisitar". Assim, o Ministério Público recebendo ou conhecendo notícia de improbidade administrativa poderá optar pela solução que lhe for

(7) - Francisco Bilac Moreira Pinto assinalava que mesmo com o advento da Lei Federal nº 3.502/58 a legitimação do Ministério Público para o sequestro e perda de bens adquiridos por enriquecimento ilícito no exercício de cargos, emprego ou função pública, prevista na Lei Federal nº 3.164/57 (art. 1º, § 2º), permanecia vigente pois sendo o instituto "nova modalidade de controle democrático da moralidade da administração pública" era compreensível a legitimação ativa do Ministério Público (ob. cit., págs. 190/191).

(8) - Rodolfo de Camargo Mancuso ("Ação Popular", pág. 20, ed. RT 1994).

(9) - O art. 22 da Lei Federal nº 8.429 tem o seguinte teor: "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 disposto no art. 14 poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo".

mais conveniente para a apuração do ato de improbidade administrativa e promoção de futura ação civil pública.

O art 11 do Projeto de Lei nº 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⁽¹⁰⁾.

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"⁽¹¹⁾, aprovando-se que para apuração dos ilícitos previstos 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⁽¹²⁾.

No Senado Federal, o substitutivo apresentado pelo Senador Pedro Simon baseava-se 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 e 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⁽¹³⁾.

Esta redação foi aprovada⁽¹⁴⁾, mas no retorno à Câmara Federal foi ostensiva e firmemente combatida pelo Deputado Nelson Jobim, insurreto da atribuição da "competência policiaesca" ao Ministério Público⁽¹⁵⁾. 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, extraindo, 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⁽¹⁶⁾, resultando na atual redação do art 22 da Lei Federal nº 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 nº 7.347/85 (arts 1º, inc IV e 8º e parágrafo único), e a Lei Federal nº 8.625/93 (arts 25 inc IV e 26, incs. I a III) já inscreviam essas prerrogativas para a proteção do patrimônio

(10) - DCN, Seção I, pág. 14.119, 17.8.1991, tendo o Ministro da Justiça Jarbas Passarinho, denominado a atribuição do art 11 do projeto de "competência expressa" do Ministério Público.

(11) - DCN, Seção I, pág. 19.010, 3.10.1991.

(12) - DCN, Seção I, pág. 19.630, 9.10.1991.

(13) - Cf. art 25, DCN, Seção II, págs. 8.160 e 8.165, 22.11.1991.

(14) - DCN, Seção II, pág. 8.559, 4.12.1991.

(15) - DCN, Seção I, pág. 5.973, 3.4.1992, pág. 6.420, 8.4.1992.

(16) - DCN, Seção I, págs. 8.149, 8.152, 8.153 e 8.157, 6.5.1992, com a redação final dada pelo Deputado Nilson Gibson.

público, da moralidade administrativa e de qualquer outro interesse difuso ou coletivo. A legitimidade do Ministério para tanto decorre do art. 129, inc III da Constituição Federal, sendo defeso a lei infraconstitucional modificá-la, observam Nery e Nery⁽¹⁷⁾.

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⁽¹⁸⁾ que não foi excluído pela Lei Federal nº 8.429/92 ou pelo inquérito policial ou o procedimento administrativo.

E fortes razões justificam esta conclusão: 1) pelo sistema de interação, constante do art 21 da Lei Federal nº 7.347/85, aplicam-se à Lei Federal nº 8.429/92 disposições da Lei Federal nº 7.347/85 naquilo que não for incompatível, como o poder de requisição de documentos e a instauração de inquérito civil (art 8º); 2) a intenção do art. 22 da Lei Federal nº 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 e de quaisquer outros interesses difusos e coletivos, na acepção ampla contida no art 1º, inc IV da Lei Federal nº 7.347/85, que inclui a moralidade administrativa no conceito de patrimônio público e social (art. 129, inc III, Constituição Federal), tanto pela Lei Federal nº 7.347/85 (art 8º) quanto pelas normas gerais orgânicas federal e estadual (arts. 25 inc IV, alínea b e 26 da Lei Federal nº 8.625/93, arts 104 a 113 da Lei Complementar Estadual nº 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).

Nesse sentido, manifesta Luís Cláudio Almeida Santos admitindo o cabimento do inquérito civil e demais prerrogativas inerentes ao ofício do Ministério Público⁽¹⁹⁾, como requisição de perícias, exames, documentos, certidões, informações, tomada de depoimentos, etc. secundado por Luiz Fabião Guasque⁽²⁰⁾, Hugo Nigro Mazzilli⁽²¹⁾ e Carlos Alberto Ortiz⁽²²⁾.

Mesmo antes da edição da Lei Federal nº 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 nº 3.502/58, entendendo corretamente estar a hipótese incluída no art. 129, inc III da Constituição Federal⁽²³⁾.

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

(17) - Código de Processo Civil Comentado e legislação processual extravagante em vigor, pág. 1.364, nota I ao art 17 da Lei Federal nº 8.429/92 (LEnI), ed. RT, 1995.

(18) - Decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça negou trancamento de inquérito civil promovido pelo Ministério Público, assinalando que o campo de atuação desse instrumento e da ação civil pública previstos originariamente no art. 1º da Lei Federal nº 7.347/85 a alguns específicos interesses coletivos e difusos foi alargado e ampliado com o advento do art. 129, inc. III da Constituição Federal passando a integrar seu âmbito o patrimônio público e social e qualquer outro interesse difuso ou coletivo (RSTJ 56/268).

(19) - "Sem prejuízo da redação do art. 22, não se pode negar ao Ministério Público, à vista do art. 129, III, da CF, desde que tenha conhecimento de fatos que importem atos de improbidade administrativa, a iniciativa em instaurar inquérito civil, promover diligências requisitar documentos e informações, expedir notificações, e, eventualmente, promover as medidas judiciais cabíveis (medidas cautelares e ação civil pública), sob pena de serem atropelados os fins da Lei Anticorrupção" (Reflexões sobre a Lei nº 8.429 de 26.12.1992 "Lei Anticorrupção" Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe nº 05, ano III, pág. 31, 1993).

(20) - A responsabilidade da lei de enriquecimento ilícito. RT 712/358.

(21) - O inquérito civil e o enriquecimento ilícito de administradores públicos, RT 676/60. O autor admite uma verificação prévia se a representação for desprovida de provas, para viabilizar justa causa do futuro inquérito civil.

(22) - A improbidade administrativa ("Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral 28", págs. 19/20, ed. IMESP). O autor remete também a previsão do arts. 6º e inc. XIV, alínea "F", e 7º e inc. III, da Lei Complementar Federal nº 75/93, que possibilitam ao Ministério Público Federal a promoção do inquérito civil e a requisição da instauração de procedimento administrativo para apuração de improbidade administrativa.

Observa-se que referida lei complementar é aplicável subsidiariamente aos Ministérios Públicos dos Estados por obra de seu art. 80.

(23) - A defesa dos interesses difusos em juízo, pág. 95 ed. RT 4ª ed.; O inquérito civil e o enriquecimento ilícito de administradores públicos RT 676/60.

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 nº 7.347/85, art. 26 da Lei Federal nº 8.625/93 e art. 104 da Lei Complementar Estadual nº 734/93). A grande finalidade do inquérito civil é frustrar a proposição de lides temerárias, segundo enuncia José Emmanuel Burle Filho ⁽²⁴⁾.

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 a própria entidade lesada, visando à colheita da prova, até mesmo para compor o inquérito civil, visando, em ambos os casos, à promoção de ação civil pública. Como tal, servem à 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 autocontrole (controle interno) de seus atos, dedicados à 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 dessas 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 politiceiras, preencha os mínimos requisitos de admissibilidade, como os constantes do art. 14 da 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 a colaboração com a justiça. Isso mostra que havendo suspeita de ato ímprobo a investigação terá lugar mesmo que o representante não indique as provas do fato ou da autoria, porque a lei exige - repita-se - a indicação das provas de 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 de governantes ou pessoas muito próximas a

(24) - Segundo o autor, o inquérito civil é instrumento para a investigação e a apuração de elementos e fatos necessários para a promoção de ação pública, civil ou penal, para a proteção do patrimônio público e social e de interesses difusos e coletivos". A propósito, bastante oportunos os ensinamentos do insigne e culto Ministro do Colendo Supremo Tribunal Federal José Celso de Mello Filho: "O inquérito civil de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública. Com ele, frustra-se a possibilidade, sempre eventual, de instauração de lides temerárias" ("Principais aspectos do inquérito civil como função insitucional do Ministério Público" in *Ação Civil Pública*, pág. 322, ed. RT 1995 - coordenação de Edis Milare).

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 se subordina a prévia conclusão ou instauração de inquérito civil, policial ou procedimento administrativo ⁽²⁵⁾.

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 nº 7.347/85, na Lei Federal nº 8.625/93, e na Lei Complementar Estadual nº 734/93 (requisição de exames, informações, documentos, perícias, etc.; peças de informação; procedimento administrativo próprio, etc, que poderão servir à promoção direta da ação civil pública ou à 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 nº 7.347/85 e da Lei Federal nº 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 e de Títulos e Documentos, à Receita Federal, à Mesa de Rendas, Capitania de Portos, Departamentos de Trânsito, Juntas Comerciais, etc; enfim, acesso direto a todas as informações patrimoniais, negociais, tributárias relativas pessoas investigadas sob suspeita de prática de ato de improbidade administrativa ⁽²⁶⁾, tendo amplos poderes de investigação ⁽²⁷⁾.

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, negociações, tramóias, acertos, etc.) em prejuízo da moralidade e da legalidade, e causadora de ato de improbidade (art. 11 inc. II, Lei Federal nº 8.429/92). Essa obrigação também consta na Lei Federal nº 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.

(25) - V, a respeito, a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre a faculdade de instauração do inquérito civil para promoção da ação civil pública (JTJ 159/189, 167/09).

(26) - Muito salutar foi a edição do Decreto Federal 983, de 12 de novembro de 1993, determinando aos órgãos do Ministério da Fazenda a realização de diligências, perícias, levantamentos, coleta de dados e informações pertinentes à instrução de procedimento que tenha por finalidade apurar ato de improbidade administrativa bem como determinando a cooperação dos demais órgãos da administração direta e indireta.

(27) - A propósito, compete anotar que a Constituição Paulista prevê que o Ministério Público para promoção do inquérito civil e dos procedimentos de sua competência, poderá requisitar da administração pública direta ou indireta os meios necessários à sua conclusão, bem como propor à autoridade competente a instauração de sindicância para apuração da falta disciplinar ou ilícito administrativo (art. 97 § único). Por seu turno, a mesma Carta Paulista prevê no art. 115, inc. XXIX, que a administração pública direta e indireta, as universidades públicas e as entidades de pesquisa técnica e científica oficiais ou subvencionadas pelo Estado prestarão ao Ministério Público o apoio especializado ao desempenho das funções para proteção de qualquer interesse difuso ou coletivo.

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 da lei, ou o arquivamento direto dos meios referidos no art. 22, deverá ser submetida ao reexame obrigatório do Conselho Superior do Ministério Público (art. 9º, Lei Federal nº 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 nº 734/93).

Embora a Lei Federal nº 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 nº 7.347/85 (art. 9º), pela Lei Federal nº 8.625/93 (art. 30), e pela Lei Complementar Estadual nº 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 ou da ampla defesa. São procedimentos unilaterais e administrativos, sem 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⁽²⁸⁾.

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 hipótese, imputáveis a funcionários públicos. A lei não traça essa distinção, sendo cabíveis em qualquer hipótese, 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 na 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.

3b – 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-orçamentário, 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.

(28) - A natureza do inquérito civil, como atribuição constitucional do Ministério Público (Justitia 165/34); Principais aspectos do Inquérito Civil como função institucional do Ministério Público, in Ação Civil Pública, pág. 321, ed. RT, 1995, coordenação de Edis Milaré. Em ambos os trabalhos pondera-se acertadamente, com estribo em prestigiada doutrina, a insubmissão do inquérito civil ao contraditório e a ampla defesa, pelas razões citadas no texto, com o adinículo da pesquisa de sua natureza jurídica como instrumento preparatório para evitar lides temerárias.

3c – A questão do sigilo das informações

O Projeto de Lei nº 1.446/91 recebeu na Câmara Federal um substitutivo de autoria do Deputado Federal José Dutra, alterando a redação original do art. 11⁽²⁹⁾, 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⁽³⁰⁾, foi remetido ao Senado Federal e aprimorado pelo substitutivo do Senador Pedro Simon⁽³¹⁾, aprovado na Câmara Alta.

Recebido novamente na Câmara dos Deputados, o Deputado Federal Nelson Jobim insurgiu-se daquilo que denominou “competência policialisca” 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”⁽³²⁾.

As lideranças do PMDB, do Bloco Parlamentar, do PT, do PSDB, e do PST (Deputados Federais Genebaldo Correia, Messias Góis, Eduardo Jorge, Jabes Ribeiro, Éden Pedrosa, Luiz Carlos Haully) 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⁽³³⁾, culminando na atual redação do art. 22 da Lei Federal nº 8.429/92, atitude censurada por Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Antônio Herman V. Benjamin⁽³⁴⁾.

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 nº 7.347/85 (arts. 1º, inc. IV e 8º e parágrafo único) e a Lei Federal nº 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.

(29) - O art. 11 do Projeto de Lei nº 1.446/91, do Poder Executivo, assim dispunha: “O Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa, ou mediante representação formulada de acordo com o art. 4º desta Lei, poderá promover o inquérito civil ou determinar a instauração de inquérito policial para a apuração de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, emprego ou função pública a fim de sujeitar seu autor às sanções estabelecidas nesta Lei e às penas cominadas à prática do crime correspondente” (DCN, Seção I, 17 8 1991, pág. 14 119). Como se vê trata-se de redação um pouco assemelhada ao do vigente art. 22 da Lei Federal nº 8.429/92.

(30) - É do seguinte teor o substitutivo (Projeto de Lei nº 1.446-B/91): “Art. 11: Para apuração dos ilícitos previstos nesta Lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa, ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 4º, 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”. Por sua vez o § único previa: “O sigilo bancário, financeiro ou fiscal não pode ser invocado como óbice ao atendimento das requisições previstas neste artigo ficando o órgão do Ministério Público responsável, neste caso, pelas informações que lhe forem confiadas” (DCN, Seção I, pág. 19 012, 3.10 1991). A aprovação foi exatamente nestes termos (DCN Seção I, pág. 19 630, 9.10.1991).

(31) - Devido à ampliação do projeto de lei, o art. 11 referido passou a ser o art. 25 do Substitutivo do Senado, com alterações na redação, como por exemplo: “poderá requisitar a instauração de inquérito policial, de procedimento administrativo ou, ainda, sob a sua presidência, promover o inquérito civil (...) poderá expedir notificações com condução coercitiva, proceder a inspeções e à tomada de depoimentos sob compromisso (...) assinalando prazo que não poderá ser inferior a dez dias úteis (DCN Seção II, pág. 8 165, 22.11.1991). Esse substitutivo foi aprovado (DCN Seção II, pág. 8 559 4 12 1991).

(32) - DCN, Seção I, págs. 6 420/6 421, 8 4 1992; DCN, Seção I, pág. 5 973, 3 4 1992.

(33) - DCN, Seção I, págs. 8 149 8 152/8 153 6 5 1992. Essa alteração foi aprovada e hoje é o art. 22 da Lei Federal nº 8.429/92, conforme a redação final do Deputado Federal Nilson Gibson (DCN, Seção I, págs. 8 154/8 157, 6 5 1992).

(34) - “Mesmo assim tais dispositivos, apesar de aprovados em ambas as Casas, foram, no último momento, pura e simplesmente cortados” pela Câmara dos Deputados do texto final encaminhado à sanção presidencial! Claramente, não interessava criar mecanismos eficientes de apuração da improbidade administrativa” (A inversão do ônus da prova na Lei da Improbidade Administrativa - Lei nº 8 429/92 - “Cadernos - Temas Institucionais” 1995 edições APMP pág. 34).

Também não existe óbice legal algum ao Ministério Público proceder à requisição direta de informações bancárias, financeiras e fiscais, independentemente de autorização judicial, porquanto o art. 26, § 2º, da Lei Federal nº 8.625/93 prevê a responsabilidade pessoal de seu membro pelo uso indevido de informações e documentos, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.

Marino Pazzaglini Filho alude, ainda, a essa possibilidade, independentemente de autorização judicial⁽³⁵⁾, respaldado por recente decisão do Supremo Tribunal Federal.⁽³⁶⁾

Ora, a legislação infraconstitucional permite o acesso direto do Ministério Público às informações bancárias e financeiras, sem temor de inconstitucionalidade, porquanto a Lei Complementar Federal nº 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 nº 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 à investigação de qualquer das modalidades de ato de improbidade administrativa (e inclusive de crimes), sendo irrelevante a supressão de disposição específica na Lei Federal nº 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 se limita 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

3d – 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 dinheiros, bens e valores públicos da administração pública direta e indireta, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou qualquer outra irregularidade

(35) – Inquérito Civil, "Caderno de Doutrina e Jurisprudência 34", pág. 27, edições APMP, 1995

(36) – Trata-se de decisão proferida em mandado de segurança impetrado pelo Banco do Brasil S. A. contra o Procurador-Geral da República onde não foi decretada a inconstitucionalidade do art. 8º, § 2º, da Lei Complementar Federal nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público Federal) que tem o mesmo sentido do referido art. 26, § 2º, da Lei Federal nº 8.625/93 (Mandado de Segurança 21.729.4.DF. Relator Ministro Francisco Rezek 5/10/1995 m.v. DJU 16.10.1995 pág. 34.572)

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 nº 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, incs 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 nesse sentido dispõe o art. 6º, inc. XVIII, alínea "c", da Lei Complementar Federal nº 75/93, aplicável no âmbito estadual por obra do art. 80 da Lei Federal nº 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 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 nº 8.429/92 veio consagrar iterativos pronunciamentos da doutrina⁽³⁷⁾ e da jurisprudência⁽³⁸⁾ 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 ação civil visando à aplicação das penalidades previstas no art. 12. Nem mesmo se o Tribunal de Contas rejeitá-las, estão obrigados à promoção da ação civil pública. E o melhor argumento para respaldar essa conclusão encontra-se no art. 5º, inc

(37) – Vide, a propósito, dentre outros, Hugo Nigro Mazzilli (Alguns casos de atuação do Ministério Público, RT 688/252; O inquérito civil e o enriquecimento ilícito de administradores públicos, RT 676/60) onde o autor destaca e exemplifica também óbvio argumento de que os ganhos ilícitos não têm escrituração nas contas rigorosamente em ordem.

(38) – RT 619/60. Apelação Civil nº 56.033-1. São Paulo. Relator Desembargador César Peluso. 2ª Câmara Civil. 10.2.1987

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 de 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 nº 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 de a 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 repressão de ato improprio importará também 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 à aplicação das penalidades previstas no artigo 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 nº 8.429/92, conhecendo a real incidência desses fatores, obriga aos agentes públicos velar pela estrita observância dos princípios contidos no artigo 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 artigo 14 seja omissor.

A probidade 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)⁽³⁹⁾ é necessária representação com exposição do fato e indicação de provas cuja existência

(39) - Carlos Alberto Ortiz aplaude a amplitude dada pelo artigo 14, que não se limita ao cidadão, abrangendo qualquer pessoa, eleitor ou não, a pessoa jurídica e o estrangeiro ("Improbidade Administrativa, Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral 28", pág. 20, ed. Imesp). O mesmo raciocínio se aplica ao inquérito civil e ao artigo 22 da Lei Federal nº 8.429/92.

tenha conhecimento (artigo 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 de que tenha conhecimento. Se o interessado não tiver conhecimento de provas, mas os fatos forem graves e a representação apresentar credibilidade, verossimilhança 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 à 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 (artigo 15), facultando, a requerimento, a designação de membros desses órgãos para acompanhá-la. Lamentável essa restrição de o 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⁽⁴⁰⁾, sem prejuízo de requerimento da comissão processante. Na mesma tônica, o substitutivo do Senador Pedro Simon, também aprovado⁽⁴¹⁾. Entretanto, as lideranças suprimiram a palavra "de ofício", resultando a atual redação do artigo 15, parágrafo único⁽⁴²⁾, porém a comunicação é obrigatória, como observa Luiz Fabião Guasque⁽⁴³⁾.

Importante registrar que a Lei Federal nº 8.429/92, à míngua 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 nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (artigos 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 (artigo 22) ou à própria administração pública para provocar o poder jurisdicional com o escopo de aplicação das penalidades previstas no artigo 12. Vale aqui o mesmo raciocínio desenvolvido com relação ao inquérito civil e aos outros meios previstos no já citado artigo 22 da Lei Federal nº 8.429/92, a respeito do caráter unilateral e inquisitivo da investigação, havendo a necessidade de compatibilizar-se o desiderato legal como o texto da Lei Federal nº 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 têm cabimento em processo (e não procedimento) de que possa resultar penalidade administrativa, e não judicial.

Embora o artigo 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 (artigo 37 da Constituição Federal e artigo 4º da Lei Federal nº 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 artigo 14, § 2º, não deixa dúvida alguma sobre a necessidade de fundamentação da rejeição de instauração de procedimento administrativo para apurar ato de improbida-

(40) - cf. art 6º, parágrafo único (DCN, Seção I, pág. 19.011 3.10.1991) aprovado (DCN, Seção I, pág. 19.629 9.10.1991).

(41) - cf. art 22 parágrafo único (DCN, Seção II, pág. 8.559, 4.12.1991).

(42) - DCN, Seção I, págs. 8.149/8.157, 6.5.1992, Relator Deputado Nilson Gibson.

(43) - A responsabilidade da lei de enriquecimento ilícito. RT 712/358.

de administrativa a requerimento de qualquer pessoa. A motivação servirá justamente para a recorribilidade da decisão na via administrativa ⁽⁴⁴⁾, acesso ao Ministério Público, ou exame jurisdicional da própria decisão, porque é direito subjetivo público a fundamentação de todos os atos e decisões administrativas.

3f – Medidas cautelares

A Lei Federal nº 8 429/92 prevê três cautelares específicas. Não obstante, outras típicas do processo civil comum ou especial (tutela antecipada, artigos 273 e 460 do Código de Processo Civil; liminar ou cautelar específica da ação civil pública nos termos dos artigos 4º, 12 e 21 da Lei Federal nº 7 347/85, com integração aos artigos 83 e 84 da Lei Federal nº 8 078/90), poderão ser utilizadas, sejam dependentes ou preparatórias, como, por exemplo, uma vistoria *ad perpetuum 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 (artigo 7º), o seqüestro dos bens e bloqueio de contas bancárias (artigo 16) e o afastamento do exercício do cargo (artigo 20). Podem ser incidentais ou preparatórias, servindo neste último caso como meio de investigação do ato de improbidade administrativa.

A indisponibilidade ⁽⁴⁵⁾ 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 (artigo 18) nas modalidades dos artigos 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 ⁽⁴⁶⁾) 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 artigo 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 artigo 13 que obriga a declaração de bens imóveis, móveis, semoventes, dinheiro,

(44) - A autotutela é princípio inerente da administração pública, abrangendo o poder-dever de reexame dos próprios atos e decisões, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello ("Curso de Direito Administrativo" pág. 44, Malheiros Editores, 4ª ed.) e Hely Lopes Meirelles ("Direito Administrativo Brasileiro", pág. 582, Malheiros Editores, 20ª ed.), ainda que a norma não preveja a existência de recurso. Neste sentido, também parecer da Consultoria-Geral da República (RDA 187/327), e v. acórdão do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Paulo Brossard: "A regra é da recorribilidade das decisões administrativas, em especial das punitivas. Dê-lo a Constituição, art. 5º, LV, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes" (Mandado de Segurança 21 460-1, DJU 5.3.1992).

(45) - Segundo Carlos Alberto Ortiz, a representação aludida no artigo 16 é imperativa nos casos de enriquecimento ilícito e lesão ao erário ("Improbidade Administrativa" Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral 28, pág. 20, ed. Imesp).

(46) - Novamente Luiz Fabião Guasque anota que o seqüestro previsto na lei é o arresto do processo civil. Frisa, também, que no Código de Processo Penal (artigo 125) fala-se em seqüestro, distanciando-se da distinção feita pelo Código de Processo Civil, que se valeu do sistema italiano (RT 712/358). Acresça-se que a Lei Federal nº 4.717/65, no artigo 14 § 4º, também cogita de um seqüestro para garantia da condenação na ação popular que, em verdade, também é arresto. Sobre o tema, com maior profundidade, vide Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Galeno Lacerda, ao assinalar que o seqüestro com base no artigo 822 inc. IV dispensa o periculum in mora, e o seqüestro penal não corresponde ao previsto no Código de Processo Civil ("Comentários ao Código de Processo Civil" vol. VIII t. II, págs. 01/163, Ed. Forense, 1988).

títulos, ações e qualquer 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.

3g – O registro de bens

O seu artigo 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 artigo 13 como regra de segurança para conferência permanente da probidade administrativa ⁽⁴⁷⁾.

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 nº 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 de bom grado anotar que Estados 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 artigo 13, respeitadas as obrigações mínimas da lei federal.

4 – Conclusão

A Lei Federal nº 8.429/92 não é um diploma perfeito, mas é um grande avanço no cotejo com a Lei Federal nº 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 trato 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 proficuas 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.

(47) - "Improbidade Administrativa" Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral 28" pág. 20 ed. Imesp