

APURAÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DEVE SER FEITA PELA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA DO ÓRGÃO DE LOTAÇÃO DO AGENTE INVESTIGADO

Mauro Roberto Gomes de Mattos

Advogado no Rio de Janeiro. Vice Presidente do Instituto Ibero Americano de Direito Público – IADP, Membro da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Membro do IFA – Internacional Fiscal Association. Conselheiro efetivo da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social.

A Lei de Improbidade Administrativa conferiu legitimidade e competência para a instância administrativa apurar o ilícito *sub oculis*, podendo o Ministério Público figurar como fiscal da lei.

Ao estipular que após a devida investigação será representado o Ministério Público para as providências que achar serem adequadas, o legislador prestigiou o princípio da eficiência (art. 37 da CF), visto que a investigação de supostos ilícitos de improbidade administrativa envolve aspectos técnicos e fáticos que são afetos apenas as próprias estruturas administrativas competentes, possuindo as mesmas condições de elucidá-las.

O Ministério Público pertence ao Poder Executivo, sendo destinatário também do princípio da eficiência:

“O princípio da eficiência, positivado agora no *caput* do art. 37 da Constituição vincula toda a Administração Pública, o que inclui próprio Ministério Público (...) O dever de eficiência tornou-se, na verdade, um pressuposto de todo ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário...”¹

O dever da eficiência é de toda administração pública, atingindo os aspectos quantitativo e qualitativo do serviço, como sublinhado por Hely Lopes Meirelles:²

“Assim a verificação da eficiência atinge os aspectos quantitativos e qualitativos do serviço, para aquilatar do seu rendimento efetivo, do seu custo operacional e da sua real utilização para os administrados e para a Administração. tal controle desenvolve-se, portanto, na típica linha administrativa, econômica e técnica.”

¹ Luis Roberto Barroso, *Temas de Direito Constitucional*, tomo II, Renovar, 2002, p. 557.

² Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 1993, p. 91.

O dever de eficiência é dirigido para todo o seio do serviço público, ou nas palavras do Ministro Edson Vidigal,³ “não agir com eficiência é desperdiçar tempo no serviço público. E como quem paga a conta é sempre o contribuinte, não agir eficazmente é desperdiçar dinheiro público.”

Ultrapassando esse ponto, não seria eficiente a apuração de duas investigações sobre o mesmo fato, feita convenientemente pelo órgão competente e o Ministério Público.

O mais eficiente, e isso foi perseguido pela Lei de Improbidade, é aguardar o término do processo administrativo disciplinar para então comunicar ao Ministério Público, “que terá, aliás, muito melhores condições de trabalho nessas circunstâncias, incrementando a consistência dos elementos de prova de que poderá dispor.”⁴

Tal exigência legal da lei de improbidade se encontra em perfeita sintonia com as funções institucionais do Ministério Público, consoante lição do art. 7º, III, da Lei Orgânica do Ministério Público Federal (Lei Complementar nº. 75/93) e no art. 26, III, da Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados:

“Art. 7º - Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício das suas funções institucionais:

III – Requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível.”

Como se verifica da leitura do art. 7º da Lei de Improbidade Administrativa, o dispositivo é expresso em registrar que “cabará a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.” Ou seja, a autoridade administrativa competente deverá encaminhar representação para fins de indisponibilidade dos bens do indiciado ao Ministério Público, após encerrado o processo administrativo disciplinar.

Tal medida possibilita o atingimento dos seguintes fins:

- a) possibilitar a ampla defesa do acusado na esfera administrativa;⁵
- b) atender à exigência formal e material do contraditório e do devido processo legal;
- c) evitar a perda da eficiência com investigações superpostas;
- d) possibilitar ao MP uma melhor colheita de provas e elementos para as devidas providências legais.

³ Edson Vidigal, “Fluxo de Cadeia ou de Caixa – O encaminhamento da Instância Administrativa-Fiscal como Condição de Procedimento para a Ação Penal”, *Revista dos Tribunais* n.º. 764, 1999, p. 453/4.

⁴ Luis Roberto Barroso, *cit. ant.*, p. 558.

⁵ “Senhor Presidente, entendo que a norma é razoável sob o ângulo constitucional e viabiliza, a meu ver, o exercício amplo do direito de defesa na fase administrativa, evitando-se açodamentos, por parte do fisco e até mesmo na hipótese de sonegação fiscal, pendente recurso administrativo com efeito suspensivo, e não se tendo portanto, a exigibilidade do valor apontado, venha-se a notícia do que seria o crime de sonegação.” (Voto do eminente Min. Marco Aurélio na ADINMC n.º. 1.571/DF-STF, DJ de 25/09/98).

O exaurimento da via administrativa, comprovará, ou não, a materialidade do ilícito de improbidade administrativa. Agindo assim, não se restará Não está se usurpando poderes do Ministério Público. Quando o legislador ordinário determinou que o ponto de partida das investigações se dá com a abertura do procedimento administrativo disciplinar, a cargo do órgão competente, possibilitou um efetivo e eficaz controle dos fatos apurados.

O Ministério Público estará ou não impedido de oferecer denúncia (ajuizar ação de improbidade contra agente públicos) antes daquele procedimento?

José Armando da Costa entende que sim, que falta legitimidade do Ministério Público, por não possuir competência para instaurar inquérito civil público para apurar ato de improbidade administrativa de agente público:

“Em que pese a essas claras e cristalinas normas legais de competência (matéria sempre vinculada à lei), estritando o agir ministerial aos lindes ali explicitados, alguns membros do Ministério Público - fazendo ouvido de mercador aos comandos dessas normas e tornando flexíveis suas atribuições tal qual um nariz de cera que poderá ser arbitrariamente apontado em qualquer sentido chegam, de modo abusivo e ilegal, a instaurar inquérito civil público para apurar ato de improbidade por parte do servidor público.

Vê-se, assim, que o Ministério Público não se encontra legitimado a instaurar inquérito civil público para apurar ato de improbidade de agente público, pois, se este, na condição de funcionário estatutário regido por normas próprias, não poderá jamais ser constrangido a responder a processo disciplinar perante autoridade redondamente incompetente.”

Em matéria similar a presente, onde se ventilava a hipótese de crime contra a ordem tributária e seu procedimento administrativo na Receita Federal, entendeu Nelson Bernardes de Souza,⁶ que o Ministério Público não estaria impedido de oferecer denúncia antes do término daquele procedimento, entretanto faltava-lhe interesse de agir se o fizer antes da respectiva conclusão:

“Com efeito, o término do procedimento comprovará, ou não, a materialidade delitiva, o resultado da ação do contribuinte.

Não está o Ministério Público impedido de oferecer denúncia antes do término daquele procedimento. Entretanto, deverá o juiz rejeita-la, por faltar ao órgão acusatório interesse de agir, face à não comprovação do resultado descrito no tipo penal antes que se firme na instância administrativa que houve a

⁶ Nelson Bernardes de Souza, “Crimes contra a Ordem Tributária e Processo Administrativo”, *Revista dos Tribunais* n.º. 740, p. 497.

supressão ou redução de tributo devido. O resultado supressão ou redução de tributos ou contribuição social é o corpo de delito, que materializará na decisão final administrativa, sem o qual a denúncia não poderá ser recebida, porquanto a inexistência do corpo de débito, importará a rejeição da denúncia.”

O Ministro Edson Vidigal, em sede doutrinária, entende também que falta materialidade ao Ministério Público o oferecimento de denúncia contra o contribuinte antes do término do processo administrativo:

“Isto é, o crime em tese contra a ordem tributária somente despontará, em princípio, configurado ao término do procedimento administrativo. Não é mais um simples auto de infração, resultante quase sempre de apressadas conquanto tensas inspeções, o instrumento com potencialidade indiciará suficiente para instruir uma denúncia criminal.”

O STF entendeu no julgamento da ADIN nº. 1571/DF, em sede de medida cautelar, que o artigo 83 da Lei nº. 9.430/96 é constitucional, mas registrou, por maioria, que o dispositivo deveria ser compreendido dentro dos limites da competência do Poder Executivo, abrangendo atos da Administração Fazendária e não instituindo condição de atuação do Ministério Público para propositura da ação penal. Nessa vertente, entendeu o STF que, caso o *parquet* tenha elementos coletados por outros meios, não fica formalmente impedido de oferecer denúncia penal até que haja a conclusão do processo administrativo.

A hipótese legal deste julgamento é bem distinta da presente, pois naquele, mesmo a materialidade do crime de sonegação fiscal depender de trabalho técnico da Receita Federal, estando a decisão da autoridade competente exposta a recurso ao Conselho de Contribuintes, com efeito suspensivo, as instâncias administrativa e penal serem distintas, a Corte entendeu, que a teor do art. 129, I, da Constituição, o MP não estaria engessado em propor ação penal, desde que possua acesso a outros meios de prova:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº. 9.430, de 27.12.1996, art. 83. argüição de inconstitucionalidade da norma impugnada por ofensa ao art. 129, I, da Constituição, ao condicionar a *notitia criminis* contra a ordem tributária ‘a decisão final em esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário’, do que resultaria liminar o exercício da função institucional do Ministério Público para promover a ação penal pública pela prática de crimes contra a ordem tributária. Lei nº. 8.137/1990, arts. 1º e 2º. Dispondo o art. 83, da Lei nº. 9.430/1996, sobre a representação fiscal, há de ser compelido nos limites da competência do Poder Executivo, o que significa dizer, rege os atos da administração fazendária, provendo o momento em que as autoridades competentes dessa área da Administração Federal deverão encaminhar ao

Ministério Público Federal os expedientes contendo *notitia criminis* acerca dos delitos contra a ordem tributária, previstos nos arts. 1º e 2º, da Lei nº. 8.137/1990. não cabe entender que a norma do art. 83, da Lei nº. 9.430/1996, coarcte a ação do Ministério Público Federal, tal como prevista no art. 129, I, da Constituição, no que concerne à propositura da ação penal, pois, tomando o MPF, pelos mais diversificados meios de sua ação, conhecimento de atos criminosos na ordem tributária, não fica impedido de agir, desde logo, utilizando-se, para isso, dos meios de prova que tiver acesso. O artigo 83, da Lei nº. 9.430/1996 não define condição de procedibilidade para a instauração da ação penal pública, pelo Ministério Público. Relevância dos fundamentos do pedido não caracterizada, o que é bastante ao indeferimento da cautelar, Medida Cautelar indeferida.”⁷

Mesmo indeferindo a medida cautelar, o STF entendeu que o art. 83 da Lei nº. 9.430/1996 não possui raio de ação na esfera penal, não definindo condição de procedibilidade para a instauração da ação penal, competindo privamente ao MP promover ação penal pública, na forma da lei (art. 129, I, da CF). Nessa linha, pode o MP proceder às averiguações cabíveis, requerendo informações e documentos para instruir seus procedimentos administrativos preparatórios da ação penal (art. 129, VI, da CF),⁸ requisitando também diligências investigatórias e instauração de inquérito policial (art. 129, VIII, da CF),⁹ o que por si só não se confunde com o que vem estipulado pela Lei de Improbidade Administrativa, que não interfere na área penal, como era a hipótese julgada pelo STF.

Isso porque, a competência privativa do MP em promover a ação penal decorre de mandamento expresse na Carta Magna, não podendo sofrer temperamentos ou condições impostas pela legislação infra-constitucional. Possuindo também poderes o membro do *parquet* para expedir notificações e instaurar procedimentos administrativos de sua competência, bem como a instauração de inquérito policial.

Ora, a diferença é bem grande, pois limitar ou até mesmo impedir que o MP promova a ação penal pública, se ele possui elementos sólidos contra o acusado, obtidos por meios lícitos, se afigura como atentador do que vem estabelecido no art. 129, I, da CF.

Não se reproduz essa violência no caso da improbidade administrativa, pois a Lei nº. 8.429/92, confere legitimidade à instância administrativa como única que tem competência para apurar o delito disciplinar a que alude o aludido comando legal, para que as instâncias administrativas não se superpussem, em detrimento da eficiência. No caso

⁷ STF, ADIMC nº. 1.571-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* de 25/9/98.

⁸ Art. 129, VI, da CF: “VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;”

⁹ Art. 129, VIII da CF: “VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.”

presente o MP funciona na esfera administrativa e poderá ou não, após o devido processo legal com a garantia do contraditório, ingressar com a competente ação de improbidade administrativa. Como visto, a Lei de Improbidade seguiu o que vem estabelecido no art. 7º, III, da Lei Complementar nº. 75/93 (Lei de Abrangência do Ministério Público Federal), que determina expressamente que incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais: “II – requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, ressalvados os de natureza disciplinar, podendo acompanhá-los e produzir provas.” (g.n.)

Ressalvados os procedimentos disciplinares, funcionam como exceção à regra, ou seja, exceto os de natureza disciplinares.

Como a improbidade administrativa é verificada através do procedimento administrativo disciplinar, a Lei nº. 8.429/92, mantém-se fiel à Lei Orgânica do MP, repetindo que o procedimento disciplinar, fica a cargo do órgão administrativo competente, podendo o órgão do *parquet* acompanhá-los e produzir provas.

Falta, portanto, competência legal para o MP promover inquérito civil público para substituir ou sobrepor-se ao procedimento disciplinar, que é de responsabilidade do órgão público de origem.

Caso o MP ingresse com a ação de improbidade administrativa antes da conclusão do procedimento administrativo competente, faltarão justa causa para a atuação.

A jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais tem se firmado no sentido exatamente do que afirmamos, entendendo que falta justa causa para a denúncia quando ainda pendente processo administrativo respectivo na esfera competente:

☞ TRF – 1ª Região:¹⁰

“O tipo penal descrito no art. 1º, da Lei nº. 8.137, para que se possa configurar exige obrigatoria, o término da apuração do agir do contribuinte na esfera tributária. Denúncia oferecida antes do término do processo fiscal que apresenta ausência de interesse de agir do Ministério Público Federal. Carência de ação. Examinando-se a questão do benefício outorgado pela Lei nº. 8.137/90, verifica-se que a denúncia *antes tempus*, por via oblíqua, impediu que pudesse utilizar-se do favor fiscal.”

☞ TRF – 5ª Região:¹¹

¹⁰ TRF-1ª Região, HC nº. 95.01.03147-0/DF, Rel. Juíza Eliana Calmon, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº. 11, p. 252.

¹¹ TRF-5ª Região, HC nº. 2000.05.00.0200446-0, Rel. Juiz Ubaldo Ataíde Cavalcanti, DJ de 6/10/2000.

“Processo Penal. *Habeas Corpus*. Trancamento de ação penal. Repercussão da decisão administrativa na esfera criminal. Independência das instâncias. Conduta atípica, constrangimento ilegal evidenciado. Ordem concedida (...) demonstrado administrativamente que não houve obtenção de vantagem indevida perante a Previdência Social, não deve a conduta ser considerada criminosa. Ordem *habeas corpus* concedida.”

☞ TRF – 3ª Região

“*Habeas Corpus*. Trancamento de ação penal. Falta de justa causa. Ação penal por crime fiscal instaurada na pendência de recurso na esfera administrativa. Inexistência da certeza do ilícito tributário. Questão prejudicial absoluta. Ordem concedida. A certeza da existência de tributo devido e não pago é pressuposto para a instauração da ação penal, pois diz com a prova da materialidade delitiva, que é condição da ação penal. O art. 83 da Lei nº. 9.430/96 não criou hipótese de condição de procedibilidade, destinando-se apenas a derrogar normas contidas no Decreto nº. 982/93, que previam a representação da autoridade fiscal ao Ministério Público tão logo lavrada a notificação fiscal de lançamento do débito. Compete privativamente à autoridade fiscal dizer a existência de tributo devido (art. 142 do CTN). Antes de apurada a existência do ilícito tributário, não se pode falar em ilícito penal. Precedentes. Ordem concedida para trancar a ação penal por falta de justa causa.”

Coroando esses julgados, o STF deferiu *habeas corpus* para trancar ação penal, por falta de justa causa, pelo fato da denúncia ter se baseado unicamente em representação do Banco Central que veio a modificar, após pedido de reconsideração da parte, a conduta do acusado como é lícita:

"HABEAS CORPUS". PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. REPRESENTAÇÃO. DENÚNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ARQUIVAMENTO. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. Denúncia por crime contra o Sistema Financeiro Nacional oferecida com base exclusiva na representação do BANCO CENTRAL. Posterior decisão do BANCO determinando o arquivamento do processo administrativo, que motivou a representação. A instituição bancária constatou que a dívida, caracterizadora do ilícito, foi objeto de repactuação nos autos de execução judicial. O Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional referendou essa decisão. O Ministério Público, antes do oferecimento da denúncia, deveria ter promovido a

adequada investigação criminal. Precisava, no mínimo, apurar a existência do nexô causal e do elemento subjetivo do tipo. E não basear-se apenas na representação do BANCO CENTRAL. Com a decisão do BANCO, ocorreu a falta de justa causa para prosseguir com a ação penal, por evidente atipicidade do fato. Não é, portanto, a independência das instâncias administrativa e penal que está em questão. HABEAS deferido.”¹²

Essa decisão da Excelsa Corte demonstra que mesmo as instâncias sendo independentes, a decisão administrativa retirou a justa causa para ação penal, por faltar a tipicidade do pretenso crime.

Importante verificar que o esgotamento da esfera administrativa, em nada cerceia a sagrada missão do MP, em fiscalizar os atos ou omissões dos agentes públicos lesivos ao patrimônio público.

É de se abrir parênteses para registrar o voto vencido do Min. Edson Vidigal, que foi adotado pelo STF no citado *Habeas Corpus*:

“Encontrando-se a denúncia fundada exclusivamente em representação do Banco Central, a partir do momento em que o próprio BACEN reconhece, administrativamente, a legitimidade das ações questionadas, forçoso é o reconhecimento da ausência de justa causa para a persecução criminal, já que insubsistente o único elemento indiciário que deu margem à acusação.”

No presente comentário não se discute a interdependência das instâncias, mas o que importa aqui é que a comunicação por parte do órgão público competente só poderá ser feita após o fim do processo administrativo,¹³ sob pena de faltar justa causa para a atuação do MP. Essa competência é indelegável, decorrendo da própria lei de improbidade administrativa. O Ministério Público não terá a mesma facilidade que o órgão administrativo possui para a devida e robusta produção de provas e elucidação dos fatos investigados.

Nosso entendimento é que compete à instância administrativa disciplinar do órgão competente apurar e julgar o procedimento interno, para após o exaurimento de todos os recursos possíveis, encaminhar ao MP, mediante representação, o resultado do relatório

¹² STF, HC 81.324/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, 2ª T., DJ de 23/08/2002, p. 114, ementário vol. 2079, p. 186.

¹³ Tramita no Congresso Nacional Proposta de Emenda Constitucional nº. 145^A, de 1995, de autoria do Deputado Mussa Demes, que cria o quarto parágrafo do art. 145, com o seguinte teor: “§ 4º - Ninguém será processado penalmente antes de encerrado o processo administrativo tributário que aprecie a matéria da denúncia.”

conclusivo, e demais provas, para que o *parquet* faça o que entender ser o necessário para a preservação do interesse público.

Inverter a competência legal ou até mesmo ter uma apuração dupla sobre o mesmo caso, revela uma interferência indevida por parte do MP. Ninguém discute a grande relevância do órgão responsável pela fiscalização da lei, mas ele é o primeiro que deverá dar exemplo de cumprimento da lei, sob pena de cometer *excess de pouvoir*.

Ao estabelecer que a comunicação do Ministério Público só deve ocorrer após o fim do processo administrativo disciplinar, a norma pretende assegurar, como averbado por Luiz Roberto Barroso,¹⁴ “a ampla defesa na esfera administrativa e o devido processo legal, além de evitar investigações superpostas e proporcionar melhores condições técnicas de trabalho ao próprio Ministério Público. Ora, não haveria sentido algum que a Lei permitisse que outros órgãos da própria Administração ignorassem o dispositivo e fraudassem os propósitos da norma.”

Assim, segundo a Lei de Improbidade Administrativa, deverá o órgão de lotação do servidor apurar e se for o caso, representar ao MP sobre a possível prática do ilícito relacionado com a improbidade administrativa.

¹⁴ Luis Roberto Barroso, *Temas de Direito Constitucional*, tomo II, Ed. Renovar, 2002, p. 586.