

SINDICÂNCIA PATRIMONIAL

CURSO BÁSICO

Autor: **Sebastião José Lessa** (OAB/DF 11.364)

Autor dos livros: **Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância**, Ed. Brasília Jurídica, 4ª ed., 2006; **Temas Práticos de Direito Administrativo Disciplinar**, Ed. Brasília Jurídica, 2005; **O Direito Administrativo Disciplinar visto pelos Tribunais – Jurisprudência**, Ed. Fórum, BH/MG, 2008.

Brasília, 12 de julho de 2007

I – BASE LEGAL

- **CF, art. 37, §§ 4º e 5º**
- **Lei nº. 8.429/92 (art. 13)**
- **Decreto nº. 5.483/05**
- **Portaria nº. 335 – MCT, de 30.05.06 (DOU 31.05.06)**

Obs: STJ, MS 10.442/DF, DJ 26.09.05

II – SINDICÂNCIA PATRIMONIAL

Decreto 5.483/05

- II.a. **Declaração de bens e valores** (arts. 1º usque 6º)
- II.b. **Evolução patrimonial do agente público – aferição** (art. 7º e § único)
- II.c. **Requisitos e competência para instauração de sindicância patrimonial** (arts. 8º, 9º e §§)
 - Verificada a incompatibilidade patrimonial, na forma estabelecida no art. 7º, caput, a Controladoria-Geral da União instaurará procedimento de sindicância patrimonial ou requisitará sua instauração ao órgão ou entidade competente.
- II.d. **Comunicações: MPF, TCU, CGU, SRF e COAF** (art. 10)
- II.e. **Cópia de declaração anual do agente público** (art. 11 e §§)
- II.f. **Previsão de regulamentação** (art. 13)

III – SISTEMA DE CORREIÇÃO DO PODER EXECUTIVO FEDERAL (Decreto nº. 5.480/05)

Portaria nº. 335 – MCT, de 30.05.06 (DOU 31.05.06)

III.a. Considerações preliminares

“O Sistema de Correição do Poder Executivo Federal é composto pela Controladoria-Geral da União, como Órgão Central;

unidades específicas de correição para atuação junto aos Ministérios, como Unidades Setoriais;

unidades específicas de correição nos órgãos que compõem a estrutura dos Ministérios, bem como suas autarquias e fundações públicas, como Unidades Seccionais;

e, Comissão de Coordenação e Correição, como instância colegiada com funções consultivas, com o objetivo de fomentar a integração e uniformizar entendimentos dos órgãos e unidades que integram o Sistema”. (grifei)
(art. 2º, Port. 335/06 - MCT)

III.b. Procedimentos apuratórios: (art. 4º, Port. 335/06 - MCT)

III.b.1. Investigação Preliminar

“procedimento sigiloso, instaurado pelo Órgão Central e pelas Unidades Setoriais, com o objetivo de coletar elementos para verificar o cabimento da instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar”.

Obs: Requisitos para a instauração e desenvolvimento válido:

- competência para instaurar (arts 4º e 6º, caput, Port. 335-MCT/06)
- denúncia ou representação escrita (§ 1º, art. 6º, Port. 335-MCT/06)
- denúncia anônima + requisitos do § 1º (§ 2º, art. 6º, Port. 335-MCT/06)
- prazo (art. 8º, Port. 335-MCT/06)
- procedimento preparatório (art. 9º, Port. 335-MCT/06)

III.b.2. Sindicância Investigativa ou Preparatória

“procedimento preliminar sumário, instaurado com o fim de investigação de irregularidades funcionais, que precede ao processo administrativo disciplinar, sendo prescindível de observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa”.

Obs:

- O procedimento poderá ser instaurado com um ou mais servidores (§ 1º, art. 12, Port. 335-MCT/06)

- vide: STF, ROMS 22.789-7/RJ, DJ 25.06.99
STF, MS 22.103 -8/RS, DJ 24.11.95
STJ, MS 10.825/DF, DJ 12.06.06
STJ, MS 10.828/DF, DJ 02.10.06
TRF 2ª R., AC 216678 (1999.02.01.052941-2/RJ, DJ 08.08.07)

III.b.3. Sindicância Acusatória ou Punitiva

“procedimento preliminar sumário, instaurado com fim de apurar irregularidades de menor gravidade no serviço público, com caráter eminentemente punitivo, respeitados o contraditório, a oportunidade de defesa e a estrita observância do devido processo legal”.

Obs:

- a comissão deverá ser composta por dois ou mais servidores estáveis (§ 2º, art. 12, Port. 335-MCT/06)

- vide: STF, ROMS 22.789-7/RJ, DJ 25.06.99
TRF 2ª R., AC 216678 (1999.02.01.052941-2/RJ, DJ 08.08.07)

III.b.4. Processo Administrativo Disciplinar

“instrumento destinado a apurar a responsabilidade de servidor público federal por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido”.

III.b.5. Sindicância Patrimonial

“procedimento investigativo, de caráter sigiloso e não punitivo, destinado a apurar indícios de enriquecimento ilícito por parte de agente público federal, à vista da verificação de incompatibilidade patrimonial com seus recursos e disponibilidades”.

III.b.6. Inspeção

“procedimento administrativo destinado a obter diretamente informações e documentos, bem como verificar o cumprimento de recomendações ou determinações de instauração de sindicância, inclusive patrimonial, e processos administrativos disciplinares, a fim de aferir a regularidade, a eficiência e a eficácia dos trabalhos”.

III.b.7. Poder para AVOCAR o procedimento (§ 2º, art. 11, Port – 335/MCT/06)

O Corregedor-Geral poderá avocar sindicância ou processo administrativo disciplinar em curso na Administração Pública Federal.

Obs: vide STJ – MS 12.642 DF, decisão concessiva de liminar contra o ato de avocação (DJ 13.03.07)

III.b.8. Requisição de servidores para comissões

(vide § 4º, art. 12, Port. 335-MCT/06)

III.b.9. Julgamento – competência

(vide art. 15, incs., §§ 1º e 2º, Port. 335-MCT/06)

III.b.10. Recursos

vide § 3º, art. 15, Port. 335-MCT/06)

III.b.11. Prazos:

(vide §§ 4º, 5º e 6º, art. 15, Port. 335-MCT/06)

III.c. Sindicância Patrimonial (arts. 4º, inc. V e 16, Port. 335/06 - MCT)

III.c.1 Sindicância patrimonial – abrangência, competência e natureza (art. 16, e §§)

“A sindicância patrimonial constitui procedimento investigativo, de caráter sigiloso, e não-punitivo, destinado a apurar indícios de enriquecimento ilícito, por parte de agente público federal, a partir da verificação de incompatibilidade patrimonial com seus recursos e disponibilidades, e será iniciada mediante determinação de Ministro de Estado do Controle e da Transparência, do Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União, do Corregedor-Geral ou dos Corregedores-Gerais Adjuntos”.

Obs: - vide § único, art. 7º, Decreto 5.483/05, que trata da requisição por parte da Controladoria-Geral da União para instauração da sindicância patrimonial.

- vide ANEXO I - competência para instauração da sindicância patrimonial

- vide arts. 4º inc. I, 6º, e 9º, da Portaria 335/06, que trata da investigação preliminar, possível na hipótese de sindicância ou processo administrativo disciplinar, e inclusive na hipótese de procedimento preliminar à sindicância patrimonial.

- aplica-se à denúncia ou representação o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º, do art. 6º, dessa Portaria.

III.d. Comissão de Sindicância (art. 17)

- Comissão constituída por dois ou mais servidores efetivos ou empregados públicos de órgão ou entidade da Administração Pública Federal

III.e. Instrução probatória (art. 18)

- Para a instrução do procedimento, a comissão efetuará as diligências necessárias à elucidação do fato, ouvirá o sindicado e as eventuais testemunhas, carreará para os autos a prova documental existente e solicitará, se necessário, o afastamento de sigilos e a realização de perícias.
- Sigilo fiscal - consultas à Secretaria da Receita Federal (§ 1º)
- Sigilo bancário - pedido via Advocacia-Geral da União (§ 2º)
- Renúncia expressa dos sigilos fiscal e bancário (§ 3º)
- Direito de defesa - vide **ANEXO II** ampla defesa e contraditório

III.e.1. SIGILO DE DADOS (§§ do art. 18)

a) necessidade de ordem judicial

- STF - Inquérito nº. 2245/MG, DJ 09.11.07
- STF - PET – AgR 2790/RS, DJ 11.04.03
- STJ - RMS 15.250/SC, DJ 15.12.03
- STJ - RMS 12.131/RR, DJ 10.09.01
- STJ – Resp 625.214/SP, DJ 29.06.07
- TRF 1a R., AGI 2006.01.00.015360-5 DF, DJ 25.08.06

b) questão para análise e debate

- STF – MS 21.729/DF, decisão por maioria, DJ 19.10.01

c) intercâmbio de informações ou “compartilhamento de dados”

- Lei Complementar nº. 104/01, que deu nova redação ao art. 198 e § único, do CTN, substituindo o § único, por dois parágrafos e incisos.

- Portaria 335/06 – MCT, §§ 1º, 2º, 3º, art. 18.

Obs: vide ANEXO III - quebra de sigilo de dados

III.f. Prazo para conclusão (art. 19)

- 30 dias, prorrogado até por igual período, desde que justificada a necessidade

III.g. Relatório conclusivo (art. 19, § 1º)

- Arquivamento ou instauração de PAD

III.h. Decisão – competência (art. 19, § 2º)

III.i. Decisão – encaminhamento e adoção das providências (art. 19, § 3º)

- A decisão, devidamente fundamentada, deverá ser imediatamente encaminhada, para conhecimento e adoção das providências cabíveis, ao MPF, AGU, TCU, SRF e COAF

IV – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Decreto nº. 5.483/05, § 3º, art. 9º (DOU 01.07.05)

Portaria nº. 335-MCT, 30.05.06, art. 4º, inc. IV (DOU 31.05.06)

Processo Administrativo Disciplinar

IV.a. *Enquadramento no PAD das condutas típicas correspondentes ao enriquecimento ilícito do agente público, proveniente do exercício do cargo ou função pública.*

IV.b. *A comprovada evolução patrimonial anômala ou injustificada sugere, em princípio, o enriquecimento ilícito do agente público.*

IV.c. ENQUADRAMENTO LEGAL (Administrativo)

Lei nº. 8.112/90

Art. 117, incs. IX e XII

Art. 132, incs. IV, VIII, X, XI e XIII

Lei nº. 8.429/92

Art. 13, § 3º

Art. 9º, inc. VII

Art. 11, caput e incs.

IV.d. ENQUADRAMENTO PENAL

Lei nº. 4.729/65

Art. 1º e incs.

§ 3º, art. 1º

Lei nº. 8.137/90

Arts. 1º e 2º

Obs: vide ANEXO IV (Evolução patrimonial anômala e enriquecimento ilícito do agente público)

QUESTÃO PARA DEBATE:

Portaria nº. 369, de 26.03.07-MCT, DOU 27.03.07, Seção 2, pág. 2; - STJ, MS 10.442 DF, DJ 26.09.05.

ANEXO I

I - SINDICÂNCIA PATRIMONIAL

I.a. COMPETÊNCIA PARA INSTAURAÇÃO

Definindo *competência* para instauração da *sindicância patrimonial*, o Decreto nº. 5.483/05, estatui:

*“ Art. 7º A **Controladoria-Geral da União**, no âmbito do Poder Executivo Federal, poderá analisar, sempre que julgar necessário, a evolução patrimonial do agente público, a fim de verificar a compatibilidade desta com os recursos e disponibilidades que compõem o seu patrimônio, na forma prevista na Lei nº 8.429, de 1992, observadas as disposições especiais da Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993.*

*Parágrafo único. Verificada a incompatibilidade patrimonial, na forma estabelecida no caput, a **Controladoria-Geral da União instaurará** procedimento de *sindicância patrimonial* ou *requisitará* sua instauração ao órgão ou entidade competente.*

*Art. 8º Ao tomar conhecimento de fundada notícia ou de indícios de enriquecimento ilícito, inclusive evolução patrimonial incompatível com os recursos e disponibilidades do agente público, nos termos do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, a **autoridade competente determinará** a instauração de *sindicância patrimonial*, destinada à apuração dos fatos”.* (grifei)

E, na Portaria nº. 335, de 30.05.06, publicada no DOU de 31.05.06, que regulamenta o sistema de correição do Poder Executivo Federal, está dito:

*“Art. 16. A **sindicância patrimonial** constitui procedimento investigativo, de caráter sigiloso e não punitivo, destinado a apurar indícios de **enriquecimento ilícito** por parte do agente público federal, a partir da verificação de incompatibilidade patrimonial com seus recursos e disponibilidades, e será iniciada mediante **determinação** do **Ministro de Estado do Controle e da Transparência**, do **Secretário-Executivo** da Controladoria-Geral da União, do **Corregedor-Geral** ou dos **Corregedores-Gerais Adjuntos**.*

*...
§ 2º A autoridade instauradora da *sindicância patrimonial*, deverá ser de cargo ou função de nível hierárquico equivalente ou superior ao do servidor ou empregado sob julgamento”.* (grifei)

Pelo que se vê, parece correto sustentar, em princípio, uma preocupação no sentido de estabelecer textualmente a **competência** da autoridade para a instauração da *sindicância patrimonial* - instrumento apuratório com forte carga intimidativa - no âmbito da Controladoria-Geral da União.

É que, a sindicância patrimonial, por sua característica e dimensão peculiar, não deve ficar – *quanto ao juízo de admissibilidade* - ao talante de qualquer dirigente, circunstância que propiciaria eventual desvio abusivo de finalidade.

No entanto, observando o site da Secretaria da Receita Federal, constata-se no disciplinamento da sindicância patrimonial, a Portaria SRF nº. 73, de 10.01.06, DOU de 01.01.06, com a seguinte redação:

“ Art. 2º. **Verificada** a existência de **indícios de incompatibilidade patrimonial** ou de **enriquecimento ilícito**, a Corregedoria-Geral encaminhará as informações para as Superintendências da Receita Federal que jurisdicionam o domicílio fiscal do servidor, para imediato aprofundamento das análises e abertura de procedimento fiscal.

§ 1º. A execução do procedimento fiscal deverá priorizar a confirmação ou não da existência de incompatibilidade do patrimônio do servidor com seus rendimentos, e os resultados de sua conclusão serão encaminhados para os Escritórios da Corregedoria (Escor) na região fiscal.

...
§ 3º. Independentemente da abertura do procedimento fiscal a **Coger** e os **Escor** poderão, para salvaguardar o interesse público, **instaurar** imediata **sindicância patrimonial**, aguardando-se para sua conclusão, as informações oriundas do procedimento fiscal, ressalvados os casos de ocorrência do prazo prescricional.

...” (grifei)

Então, a competência para instaurar a sindicância patrimonial não fica adstrita ao âmbito da Controladoria-Geral da União.

Pelo que se vê, a questão da **competência** para instauração da sindicância patrimonial poderá ser debatida tomando-se por base, o texto do art. 84, incs. IV e VI, da CF; arts. 7º, § único, 8º, § único, e 16, do Decreto nº. 5.483/05; arts. 11 usque 17, da Lei nº. 9.784/99, e art. 11, do Decreto-lei nº. 200/67.

Impende aduzir que a Controladoria-Geral da União respondeu consulta, inclusive em torno do tema, formulada pelo signatário, como se vê da peça em anexo, de junho de 2008.

ANEXO II

I – A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA E O DIREITO AO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA

I.a. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Malgrado o aspecto salutar e moralizador da Sindicância Patrimonial, parece possível debater eventual tese de **cerceamento de defesa** no Decreto nº. 5.483/05 e Portaria nº. 335 – MCT, de 30.05.06 (DOU 31.05.06), e levando-se em conta o princípio constitucional que garante inclusive aos **acusados em geral**, o

contraditório e a ampla defesa, com os **meios** e os **recursos** a ela inerentes, tudo como registra o art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal.

É que, está dito no art. 8º, caput, do citado decreto:

*“Ao tomar conhecimento de **fundada notícia** ou de **indícios de enriquecimento ilícito**, inclusive **evolução patrimonial** incompatível com os recursos e disponibilidades do agente público, nos termos do art. 9º, da Lei nº. 8.429, de 1992, a autoridade competente determinará a instauração de sindicância patrimonial, destinada à apuração dos fatos”.*
(grifei)

Pelo que se vê, são duas situações bem definidas, ou seja:

- a) conhecimento de **fundada notícia**, hipótese que demandará apuração do fato;
- b) **indícios** de **enriquecimento ilícito**, inclusive **evolução patrimonial** incompatível com os recursos e disponibilidade do agente público, nos termos do art. 9º, da Lei nº. 8.429/92.

É evidente que na segunda hipótese, é dizer, quando a imputação já estiver acompanhada de razoáveis “**indícios**” de enriquecimento ilícito e **evolução patrimonial incompatível com os recursos e disponibilidades do agente público**, como está dito na redação do art. 8º, caput, do Decreto nº. 5.483/05, a autoridade não estará diante de **mera delação**, mas sim de **evento** acompanhado de **indício**, este, como é curial, elencado como elemento de prova na legislação processual penal (art. 239, CPP) e disciplinar (art. 406, inc. V, Decreto nº. 59.310/66 – Regulamento da Lei nº. 4.878/65).

I.b. SINDICÂNCIA - PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO E PROCEDIMENTO

ACUSATÓRIO (Lei nº. 8.112/90)

No julgamento do RMS 22.789-7/RJ, o c. Supremo Tribunal Federal estabeleceu - no leito da Lei nº. 8.112/90 - a distinção entre a sindicância **preparatória** (apuratória) e a sindicância **instrutória** (acusatória):

*“**EMENTA**: Servidor público. Aplicação da pena de advertência sem a instauração de sindicância na qual se daria o exercício da ampla defesa dos que vieram a ser punidos. Nulidade.*

*- Do sistema da Lei 8.112/90 resulta que, sendo a apuração de irregularidade no serviço público feita mediante sindicância ou processo administrativo, assegurada ao acusado ampla defesa (art. 143), um desses dois procedimentos terá de ser adotado para essa apuração, o que implica dizer que o processo administrativo não pressupõe necessariamente a existência de uma sindicância, mas, se o instaurado for a sindicância, é preciso distinguir: se dela resultar a instauração do processo administrativo disciplinar, é ela **mero procedimento preparatório deste**, e neste é que será imprescindível se dê ampla defesa ao servidor; **se, porém**, da*

sindicância decorrer a possibilidade de aplicação de penalidade de advertência ou de suspensão de até 30 dias, essa aplicação só poderá ser feita se for assegurado ao servidor, nesse procedimento, sua ampla defesa. ...

Recurso ordinário a que se dá provimento". (STF, RMS 22.789-7/RJ, DJ 25.06.99)

Da decisão do Pretório Excelso – com base na Lei nº. 8.112/90 – constata-se que na sindicância de natureza **preparatória** (ou investigatória) é **prescindível** o contraditório e a ampla defesa.

Já em se tratando de sindicância de natureza **acusatória** (ou instrutória) há que se observar o **contraditório** e a **ampla defesa**.

SINDICÂNCIA PATRIMONIAL

Ocorre que a **sindicância patrimonial**, instituída através do Decreto nº. 5.483/05, que regulamenta o art. 13, da Lei nº. 8.429/92, na parte que trata da declaração e atualização de bens do agente público quando do ingresso no serviço público, tem natureza **peculiar**.

Tal procedimento de investigação, ressalte-se, só se inaugura com uma carga acentuada de imputação, é dizer, com **indícios** de antemão.

E o entendimento decorre da redação dos arts. 7º, § único e 8º, **caput**, do citado decreto:

" Art. 7º A Controladoria-Geral da União, no âmbito do Poder Executivo Federal, poderá analisar, sempre que julgar necessário, a evolução patrimonial do agente público, a fim de verificar a compatibilidade desta com os recursos e disponibilidades que compõem o seu patrimônio, na forma prevista na Lei nº 8.429, de 1992, observadas as disposições especiais da Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993.

Parágrafo único. Verificada a incompatibilidade patrimonial, na forma estabelecida no caput, a Controladoria-Geral da União instaurará procedimento de sindicância patrimonial ou requisitará sua instauração ao órgão ou entidade competente.

Art. 8º Ao tomar conhecimento de fundada notícia ou de indícios de enriquecimento ilícito, inclusive evolução patrimonial incompatível com os recursos e disponibilidades do agente público, nos termos do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, a autoridade competente determinará a instauração de sindicância patrimonial, destinada à apuração dos fatos".

Diante de tal descortino o Exmo. Sr. Ministro de Controle e de Transparência editou a Portaria nº. 335-2006, publicada no DOU de 31.05.06, e na parte referente a sindicância patrimonial está dito:

“Art. 18. Para a instrução do procedimento, a comissão efetuará as diligências necessárias à elucidação do fato, ouvirá o sindicado e as eventuais testemunhas, carreará para os autos a prova documental existente e solicitará, se necessário, o afastamento de sigilos e a realização de perícias”.

Dessarte, ao contrário da sindicância meramente preparatória, pode-se dizer que a sindicância patrimonial já traz de antemão um imputado com interesse concreto de exercitar o contraditório e sob o agasalho do art. 5º, incs. LV e LIV, da CF.

Obs: vide o HC 94703-STF, julgado em 19.05.08 (caso dossiê FHC)

SINDICÂNCIA PATRIMONIAL - AMPLA DEFESA

No julgamento do MS 10.442 DF, o colendo Superior Tribunal de Justiça julgando questão debatida em face de sindicância patrimonial, **reconheceu a legitimidade do procedimento apuratório**, e assentou:

“ ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. ABERTURA DA SINDICÂNCIA. DIREITO-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO. MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA SUPERIOR A PATRIMÔNIO E RENDA DECLARADOS. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE. JUSTA CAUSA. ORDEM DENEGADA.

1. A abertura de sindicância constitui direito-dever da Administração que, em tese, não fere direito líquido e certo do servidor. Inteligência do art. 143, da Lei nº. 8.112/90 e art. 11, inc. II, da Lei 8.429/92

2. Tendo em vista os princípios da boa-fé e da segurança jurídica e, ainda, a repercussão negativa na esfera funcional, familiar e pessoal do servidor público, mostra-se indispensável a necessidade de justa causa para a abertura de sindicância ou processo disciplinar.

3. Havendo indícios de que a movimentação financeira de servidor público mostra-se incompatível com a renda e patrimônio declarados, cabe à autoridade competente apurar a suposta irregularidade, porquanto dela pode originar a prática de ilícito administrativo.

4. Segurança denegada”. (STJ, MS 10.442-DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 26.09.05).

ANEXO III

I – A QUEBRA DO SIGILO DE DADOS - art. 5º, º, inc. XII, CF

I.a. INTERCÂMBIO DE INFORMAÇÕES OU “COMPARTILHAMENTO DE DADOS” - Lei Complementar nº. 104/01

A Lei Complementar nº. 104/01, deu nova redação ao art. 198 e § único, do CTN, substituiu o parágrafo único, por dois parágrafos e incisos, assim redigidos;

“Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.”

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;”

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.”

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.” (grifei)

Com efeito, o intercâmbio de informações ou “compartilhamento de dados” (§§ 1º e 2º, art. 198, CTN, com a redação da LC 104/01), em verdade, viabiliza o conhecimento, entre autoridades, de informações no interesse da Administração Pública, desde que instaurado o procedimento regular e com o objetivo de investigar o sujeito passivo por prática de infração.

Mas está dito, outrossim, na regra que cuida do intercâmbio de informações (§ 2º, art. 198, CTN), a necessidade da preservação do sigilo.

Assim, seria desarrazoado afirmar que o intercâmbio possibilitasse, de imediato, levar para o processo os dados do investigado, sem ferir a inviolabilidade do sigilo, garantia de dignidade Constitucional ex vi do inc. XII, art. 5º.

A doutrina de Luiz Roberto Proença, destaca:

“Ressalte-se ser dever legal do contribuinte não só o pagamento dos tributos que o tenham como sujeito ativo, mas igualmente, a prestação de todas as informações necessárias para a apuração do fato gerador e da incidência tributária. Estas informações são protegidas pelo sigilo, mas não são secretas, permitindo o seu conhecimento por terceiros, que não os servidores das Fazendas Públicas, dentro de determinados critérios e sob certas circunstâncias, como é o caso dos membros do Ministério Público, no exercício de seu poder de requisição, para instrução dos seus expedientes investigativos, sem prejuízo do dever de manter o caráter sigiloso das informações fiscais que houverem

recebido, consoante normas legais anteriormente comentadas (arts. 198 e 199 do CTN) (parêntesis explicativo)” (Inquérito Civil, Ed. RT, SP, 2001, fls. 79 e 80)

Então, o **intercâmbio** de informações funcionaria como um **procedimento preambular** e **sigiloso** intentando buscar e sedimentar a **plausibilidade** da incidência do ilícito, este necessário para justificar a **quebra do sigilo** de dados, medida determinada pelo Poder Judiciário.

Deveras, parece possível sustentar, então, que o **intercâmbio de informações** propiciaria às autoridades – **diante do plausível indício de cometimento de infração** - requerer ao magistrado – **com a devida fundamentação** – a quebra do sigilo de dados.

E assim, a obtenção da prova para a instrução do processo se daria por **métodos lícitos**, ou seja, **ordem judicial**, em obediência aos termos do inciso LVI, do art. 5º, da Lei Maior.

I.b. **INTERCÂMBIO DE INFORMAÇÕES OU “COMPARTILHAMENTO DE DADOS”**

(Portaria nº. 335-MCT-30.05.06 - art. 18 e §§ - DOU 31.05.06)

“ Art. 18. Para a instrução do procedimento, a comissão efetuará as diligências necessárias à elucidação do fato, ouvirá o sindicato e as eventuais testemunhas, carreará para os autos a prova documental existente e solicitará, se necessário, o afastamento de sigilos e a realização de perícias.

§ 1º. As consultas, requisições de informações e documentos necessários à instrução da sindicância, quando dirigidas à Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, deverão ser feitas por intermédio dos Corregedores-Gerais Adjuntos, observado o dever da comissão de, após a transferência, assegurar a preservação do sigilo fiscal

§ 2º. A solicitação de afastamento de sigilo bancário deve ser encaminhada à Advocacia-Geral da União, com as informações e documentos necessários para o exame de seu cabimento.

§ 3º. A comissão deverá solicitar do sindicato, sempre que possível, a renúncia expressa aos sigilos fiscal e bancário, com a apresentação de informações e documentos necessários para a instrução do procedimento”.
(grifei)

I.c. **A REQUISIÇÃO DE DADOS – ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Dispõe a Constituição Federal, no art. 129, inc. VIII:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

...

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

...
 VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; ... ”

E é cediço que a Lei Complementar nº. 75/93, que trata da organização, das atribuições e do Estatuto do Ministério Público da União, consigna no art. 8º, inc. II, que pode o r. do Ministério Público:

“requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas”

E mais adiante:

“§ 2º. Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido”.

I.d. QUEBRA DO SIGILO DE DADOS - ORDEM JUDICIAL

Todavia, não se pode ouvir a jurisprudência que, em torno do tema, pontifica:

“CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. C.F., ART. 129, VIII.

I. A norma inscrita no inc. VIII, do art. 129, da C.F., não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a C.F. consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa.

II. R.E. não conhecido”.

(STF, RE 215301/CE, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28.05.99)

Vale avisar, por pertinente, que a interpretação da norma não se faz de forma isolada, mas sistemática, ou seja:

“a que considera o sistema em que se insere a norma, relacionando-a com outras concernentes ao mesmo objeto. Isto é assim porque o sistema jurídico não se compõe de um só sistema de normas, mas de vários, que constituem um conjunto harmônico e interdependente, embora cada qual esteja fixado em seu lugar próprio”. (Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, Ed. Saraiva, SP, 1º, vol., 1987, pág. 49)

No mesmo rumo, a doutrina de Arnaldo Wald, Curso de Direito Civil Brasileiro, Ed. RT, SP, vol. I, 1987, págs. 70/1.

A propósito do assunto em debate, disse o Pretório Excelso:

“Pode o Ministério Público, portanto, presentes as normas do inc. VIII, do art. 129, da C.F., requisitar diligências investigatórias e requisitar a instauração de inquérito policial, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. As diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial deverão ser requisitadas, obviamente, à autoridade policial”.

E mais:

*“Todavia, deixei expresso no voto que proferi no MS 21.729-DF, por se tratar de um direito que tem **status** constitucional, a quebra não pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade. Somente a autoridade judiciária, que tem o dever de ser imparcial, por isso mesmo procederá com cautela, com prudência e com moderação, é que, provocada pelo Ministério Público, poderá autorizar a quebra do sigilo”. (grifei) (STF, RE nº. 215.301-0, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28.05.99)*

Em caso concreto, onde o r. do Ministério Público requisitou diretamente dados fiscais e bancários, decidiu o e. TRF 1ª R.:

“ PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO.

1. Resguarda a Constituição Federal, art. 5º, inc. XII, o direito à privacidade, cabendo ao Poder Judiciário, exclusivamente, como, quando e de que forma esse direito pode ser quebrado. Não faz a Constituição diferenciação entre o direito ao sigilo bancário e o direito ao sigilo fiscal.

2. Não tem o Ministério Público atribuição para proceder a quebra de sigilos bancário e fiscal’. (grifei)

(TRF, 1ª R., AGI 2006.01.00.015360-5/DF, rel. Des. Federal Tourinho Neto, DJ 25.08.06)

Colhe-se do voto condutor, com citação inclusive do r. do Ministério Público Federal:

“ O Procurador Regional da República Antônio Carlos Alpino Bigonha foi preciso quando assim se manifestou (fls. 142/144):

Não pode o Ministério Público Federal levar a efeito a quebra de sigilo fiscal, sem a devida autorização judicial.

É certo que o direito à intimidade e à vida privada não são direitos absolutos. Admite-se seja desvendada em prol do interesse público para a punição dos agentes que praticam ilícitos.

Tratando-se, porém, de restrição a direito individual, deve o Ministério Público submeter sua pretensão ao Poder Judiciário, nos termos do art. 5º, XII da CR. Nesse sentido:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM PETIÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. LEGALIDADE

DA QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL. A pretensão do Agravante de dar efeito suspensivo a recurso extraordinário devido a suposta ilegalidade na quebra dos sigilos bancário e fiscal não pode ser acolhida. A jurisprudência do Tribunal só admite efeito suspensivo em Recurso Extraordinário em hipótese de reconhecida excepcionalidade. No caso, essa circunstância não ocorreu. Este Tribunal tem admitido como legítima a quebra de sigilo bancário e fiscal em caso de interesse público relevante e suspeita razoável de infração penal. **A iniciativa do Ministério Público de quebrar os sigilos bancário e fiscal do Agravante foi provocada pelo Delegado da Receita Federal com base em prova documental. Ela foi deferida pela autoridade competente, o Juiz Federal. Portanto não houve ilegalidade.** Recurso improvido. (grifo nosso)

(STF, Pet-AgR 2790/RS; Rel. Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, DJ 11-04-2003).

PENAL E PROCESSUAL PROCEDIMENTO CRIMINAL PREPARATÓRIO. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA FÍSICA. MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. CONTA BANCÁRIA. SIGILO. QUEBRA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA.

O procedimento investigatório preliminar, a cargo do Ministério Público Federal, decorre de autorização legal e tem por objetivo reunir informações e elementos capazes de ensejar juízo prévio sob a ocorrência ou não de injusto penal.

De natureza inquisitiva, não está submetido ao contraditório, que será exercido oportunamente, no curso de ação penal eventualmente instaurada.

Os sigilos bancário e fiscal não constituem direito absoluto e devem ceder quando razões de interesse público, devidamente fundamentadas, demonstrarem a conveniência de sua quebra, mediante ordem judicial. (grifo nosso).

Decisão judicial suficientemente motivada, proferida na vigência da Lei n° 10.174/01, de aplicação imediata, a partir de sua publicação.

Recurso desprovido.

(STJ, RMS 15.250/SC, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 25.11.2003, DJ 15.12.2003, p. 400).

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA. SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL. MEDIDAS INVESTIGATIVAS URGENTES. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERESSE PÚBLICO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.

1. Os sigilos bancário e fiscal não constituem direito absoluto, quando demonstradas fundadas razões de interesse público que, na hipótese, refere-se à

investigação sobre malversação de verbas federais repassadas à Companhia Energética do Estado de Roraima - CER.

2. Legitimidade do "Parquet" para requisitar a quebra de sigilos bancário e fiscal ante sua função institucional prevista no art. 129, III, da Carta Magna.

3. Competência da Justiça Federal para emanar o ato autorizativo de tal medida restritiva extrema. (grifos nossos).

4. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder.

5. Recurso ordinário improvido.

(STJ, RMS 12.131/RR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.06.2001, DJ 10.09.2001 p. 274).

TRANCAMENTO DE IPL - INVESTIGAÇÃO DE CONDUTA ATÍPICA -CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO - ORDEM CONCEDIDA.

1. Conquanto sedimentado nos tribunais que a mera investigação policial (IPL) não configura constrangimento ilegal a quem quer que seja, tem-se, todavia, que a atipicidade da conduta, reconhecida de plano, autoriza o trancamento das investigações.

2. Não há crime de desobediência no fato de se emitir parecer técnico-jurídico contrário a requisição não específica emanada de Membro do Ministério Público a outra autoridade pública, notadamente se fundado, o parecer, na proteção do sigilo fiscal a que obrigada a administração tributária, cuja eventual quebra só se admite por autorização judicial. (grifo nosso).

3. O parecer jurídico, como uma das atribuições dos cargos públicos privativos de bacharéis em direito, não constitui ato penalmente típico, até porque não é vinculativo, apenas opinativo, não possuindo, per si, potencial ofensivo nenhum.

4. Ordem concedida para trancar o IPL.

5. Peças liberadas pelo Relator em 16/09/2003 para publicação do acórdão.

(TRF da 1ª Região, HC 2003.01.00.021898-6/DF, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Terceira Turma, DJ de 10/10/2003, p. 40)".

Nessa toada, sem embargo ao princípio da reserva judicial, as requisições *diretas* do r. do *Parquet*, subsistem, desde que não comportem alcance em torno de bens e interesses do indivíduo relacionados à intimidade e a vida privada, protegidos pela Carta Política *ex vi* do art. 5º, incs. X e XII, inclusive.

I.e. A LEI nº. 7.347/85 - Lei da Ação Civil Pública

Dispõe o art. 8º e § 2º:

“Art. 8º. Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 dias.

...

§ 2º. Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los”. (grifei)

Pelo visto, o documento sigiloso deverá ser requisitado pelo Poder Judiciário.

Comentando o dispositivo citado, preleciona a doutrina quando trata do dever de informação, criticando inclusive a restrição com relação ao Ministério Público:

“Ademais, não se compreende que uma instituição que é fiscal da lei por excelência e tradicional defensora dos interesses indisponíveis da sociedade, tenha seu poder de requisição limitado, notadamente quando se sabe que ele foi concebido para ser usado a bem e resguardo de relevantes interesses coletivos”. (Rodolfo de Camargo Mancuso, Ação Civil Pública, RT, SP, 2ª ed., pág. 205)

ANEXO IV

EVOLUÇÃO PATRIMONIAL ANÔMALA E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO AGENTE PÚBLICO

IV.a. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E O ENQUADRAMENTO LEGAL NO PAD

Concluindo a comissão de sindicância pela evolução patrimonial anômala ou injustificada do agente público, ou seja, restando fortes evidências de enriquecimento ilícito no exercício da função pública, deve ser instaurado o respectivo processo administrativo disciplinar, tudo como prevê o parágrafo terceiro do art. 9º, do Decreto nº. 5.483/05.

E após a regular apuração da falta, no leito do processo administrativo disciplinar, a comissão, na hipótese de conclusão pela responsabilidade do agente, na linha do art. 165 e §§, da Lei nº. 8.112/90, deverá indicar o dispositivo legal ou regulamentar transgredido, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes.

De fato, como prevê o art. 161, caput, da Lei nº. 8.112/90, “Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indiciação do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas”.

 (grifei)

Pertinente gizar que a transgressão disciplinar compõe-se de duas bases, ou seja, base hipotética e base factual.

A base hipotética consiste na descrição do modelo de conduta proibida, como, por exemplo, a figura modelada no art. 117, inciso XII, da Lei 8.112/90.

Já a base factual, é o comportamento (previsto em lei) levado a efeito pelo transgressor.

Acresce lembrar, por pertinente, que na esfera disciplinar, em decorrência da margem discricionária deixada pelo legislador ao detentor do poder disciplinar, a base hipotética se desdobra em duas: base hipotética expressa (sanções mais graves) e base hipotética em branco (sanções leves) (José Armando da Costa, Direito Administrativo Disciplinar, Ed. Brasília Jurídica, 2004, pág. 204/5; Sebastião José Lessa, Temas Práticos de Direito Administrativo Disciplinar, Ed. Brasília Jurídica, 2005, pág. 41)

IV.b. O ENQUADRAMENTO DO SERVIDOR na Lei nº. 8.112/90

Dispõe a Lei nº. 8.112/90, no art. 161, que “Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas”. (grifei)

Pelo visto, há que se ajustar com tessitura a conduta ao tipo, especificando-se os fatos censuráveis e as respectivas provas.

Deveras, o enriquecimento ilícito, a luz das Leis 8.112/90 e 8.429/92, deve estar consubstanciado no auferimento de qualquer tipo de vantagem indevida em razão do exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividade no serviço público ou nas entidades mencionadas no art. 1º da Lei nº. 8.429/92.

O entendimento nas instâncias administrativas, na linha dos incisos IX e XII, do art. 117, da Lei nº. 8.112/90, é no sentido de que a vantagem pode ser de qualquer espécie, conforme asseverado na **Formulação nº. 150**, ao fixar o entendimento do art. 195, inc. X, do anterior Estatuto (Lei nº. 1.711/52), conduta censurável formatada no art. 117, inc. XII, do atual Estatuto (Lei nº. 8.112/90).

De igual modo merece destaque o entendimento esposado pelo então DASP - Departamento Administrativo do Serviço Público (atualmente na estrutura do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão), através da mencionada Formulação nº. 150, de força normativa ex vi dos arts. 115 e 116, III, do Decreto-lei nº. 200/67, e que destaca que o tipo “valer-se do cargo para lograr proveito pessoal em detrimento da dignidade da função pública”, em verdade, **é genérico**.

Dessarte, a conduta censurável do servidor (base factual), deverá encontrar afinado encaixe num dos tipos legais (base hipotética), como determina o art. 161, da Lei nº. 8.112/90.

IV.c. O art. 9º, inc. VII, da Lei nº. 8.429/92

Dispõe a lei mencionada:

“Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

...

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício do mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

...”

Diz a doutrina que o citado inciso VII, “*abrange o enriquecimento sem causa do agente público, durante o período em que ele exerce função, sem que haja uma causa lícita conhecida*”. (Mauro Roberto Gomes de Mattos, O Limite da Improbidade Administrativa, Ed. América Jurídica, RJ, 2005, pág. 208)

E acrescenta o autor:

“O princípio de que é defeso o enriquecimento sem causa nasceu do direito privado, não decorrendo de dispositivos contidos em texto legal. Esta teoria foi revelada inicialmente pelas jurisprudências francesa e italiana, que condenaram, de forma permanente, o locupletamento, ao afirmar freqüentemente o direito, que cabe ao empobrecido, à restituição do aumento da riqueza verificado à sua causa, a favor do outro patrimônio.

...

“A verificação do enriquecimento sem causa se assenta na presença de quatro requisitos: a) o locupletamento do sujeito; b) o empobrecimento de outrem; c) o nexo de causalidade entre este empobrecimento e aquele locupletamento e d) a falta de uma causa jurídica para tais eventos”. (Obra citada, pág. 208/9)

Em arremate, registre-se que o art. 885, do Código Civil, contemplou o enriquecimento sem causa.

IV.d. O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO PRESUMIDO

Comentando o já transcrito inciso VII, do art. 9º, da Lei nº. 8.429/92, diz o autor colacionado que a lei de improbidade elencou o enriquecimento sem causa **presumido** como acréscimo patrimonial ou renda a descoberto, sem uma origem ou justificativa lícita de tal elevação.

De fato, existe dissenso doutrinário, dado que para alguns “*a Administração Pública deverá provar que a elevação desproporcional do patrimônio do agente público derivou do exercício irregular ou abusiva da função exercida*”. (Mauro Roberto, obra citada, pág. 210)

IV.e. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Como é cediço, a inversão do ônus da prova só ocorre no ordenamento legal em situações especialíssimas de relevante interesse público ou de proteção a hipossuficientes (Lei nº. 8.078/90 - Código do Consumidor), e, na Lei de Proteção ao Meio Ambiente (Lei nº. 6.938/81).

Merece destaque que o art. 9º, caput, da Lei nº. 8.429/92, vincula o comportamento censurável ao exercício de cargo, mandato, função, emprego ...

IV.f. O ENQUADRAMENTO NOS TIPOS da Lei nº. 8.429/92 e a decisão do STF (STF, RMS 24.699 DF, DJ 01.07.05)

A questão do enquadramento legal do servidor - *acusado de enriquecimento ilícito no exercício da função pública* – deverá ser formatado, em princípio, nos dispositivos correspondentes da Lei nº. 8.112/90.

É que o colendo Supremo Tribunal Federal na decisão do RMS 24.699/DF, relator Min. Eros Grau, DJ 01.07.05, assentou, em face do art. 12, da Lei 8.429/92:

“Quanto à penalidade imposta com base na Lei nº. 8.429/92, entendeu-se que, verificada a prática de atos de improbidade administrativa, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação e não a demissão, haja vista que a aplicação das penalidades previstas nesta Lei não incumbe à Administração por ser privativa do Poder Judiciário”.