

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

DENIS DELA VEDOVA GOMES

**O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO POR PATRIMÔNIO INCOMPATÍVEL DE
AGENTES PÚBLICOS NO DIREITO SANCIONADOR ANTICORRUPÇÃO**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo
2020

Denis Dela Vedova Gomes

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

**O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO POR PATRIMÔNIO INCOMPATÍVEL DE
AGENTES PÚBLICOS NO DIREITO SANCIONADOR ANTICORRUPÇÃO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUC-SP, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, Área de Concentração Efetividade do Direito, sob a orientação do Professor Doutor José Roberto Pimenta Oliveira

São Paulo
2020

Denis Dela Vedova Gomes

**O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO POR PATRIMÔNIO INCOMPATÍVEL DE
AGENTES PÚBLICOS NO DIREITO SANCIONADOR ANTICORRUPÇÃO**

Dissertação apresentada à Banca
Examinadora da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo- PUC-SP, como
exigência parcial para obtenção do título
de Mestre, sob a orientação do Professor
José Roberto Pimenta Oliveira

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Doutor José Roberto Pimenta Oliveira (Orientador)
Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Doutor Maurício Garcia Pallares Zockun
Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Doutor Wallace Paiva Martins Júnior
Instituição: Universidade Católica de Santos

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo que, por meio do Centro de Estudos, promove o constante aperfeiçoamento de seus membros, conferindo incentivo, apoio e oportunidade para este aprendizado.

Ao Professor José Roberto Pimenta Oliveira, pessoa dotada de excepcionais atributos técnicos e humanos, cuja docência é inata. Verdadeiro mentor acadêmico de todas as horas, sempre presente, sem o qual este trabalho não alcançaria os propósitos. Aos Professores Silvio Luis Ferreira da Rocha e Maurício Garcia Pallares Zockun pelas valiosas reflexões e contribuições endereçadas no exame de qualificação, indispensáveis para o aprimoramento da dissertação.

Aos colegas de turma de mestrado pelos intensos e ricos debates que contribuíram com a maturação das ideias sobre o tema aqui proposto.

Aos meus pais, Miguel e Manon, por serem grandes entusiastas da minha contínua formação acadêmica, dando-me apoio indispensável para mais este desafio. À minha esposa Adriana e a minha filha Larissa pela paciência e compreensão de minha ausência. Rogo que este trabalho sirva de exemplo de perseverança à Larissa para que, por meio do estudo, aperfeiçoe-se continuamente e torne-se uma virtuosa cidadã, hábil a protagonizar a evolução da sociedade brasileira.

GOMES, Denis Dela Vedova. **Enriquecimento Ilícito por Patrimônio Incompatível de Agentes Públicos no Direito Sancionador Anticorrupção**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 2020.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o tratamento jurídico conferido ao enriquecimento ilícito de agentes públicos, por meio do aumento de patrimônio incompatível com a sua remuneração, avaliando os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil acerca do tema e as implicações da matéria frente aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, buscando a composição de correntes jurídicas que potencializem a proteção do bem jurídico tutelado com o devido processo legal em sua acepção formal e material. A probidade administrativa exige o adequado exercício da competência conferida por lei ao agente público, em prol do fim justificante. O enriquecimento ilícito por patrimônio incompatível, ao prescindir da identificação do ato que lhe dá azo, exige que o Estado acusador avalie minuciosamente a evolução patrimonial do sujeito, com a prova de que o aumento patrimonial derivou do exercício da função pública, sob pena de se negligenciar a adequada tutela do bem jurídico em desfavor da presunção de inocência.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa – Enriquecimento Ilícito – Patrimônio Incompatível – Devido Processo Legal.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the legal treatment given to the illicit enrichment of public agents, through the incompatible patrimony with their remuneration, evaluating the international commitments assumed by Brazil on the subject and the implications of the matter regarding the fundamental rights of the citizen, trying to compound different views to optimize the protection of the juridical asset with due legal process in its formal and material sense. Public sector probity requires the appropriate exercise of the powers conferred by law to public agent for the purpose of justification. The illicit enrichment by incompatible patrimony, by dispensing the identification of the conduct, although, requires that the prosecution conduct previous investigation about patrimonial evolution to proof that conduct represents misuse of power, risking to neglect the proper protection of the juridical asset in detriment of the presumption of innocence.

Keywords: Public Improbity – Illicit Enrichment – Incompatible Patrimony – Due Process of Law.

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 – CONVENÇÕES INTERNACIONAIS CONTRA CORRUPÇÃO E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.....	13
1.1. Convenção Interamericana contra a Corrupção	18
1.2. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.....	21
1.3. Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.....	24
1.4. Panorama Geral das Convenções Internacionais e mecanismos de incorporação de suas regras no Direito Brasileiro	25
CAPÍTULO 2 – SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO PELA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	26
2.1. Evolução da disciplina da Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro	27
2.2. Breve Análise do projeto de lei que se transformou na Lei Federal n.º 8.429/1992	34
2.3. O Sistema Constitucional de Responsabilização por ato de improbidade administrativa....	38
2.3.1. Sistema de improbidade administrativa e legislação extravagante	58
2.3.2. A improbidade como sistema de responsabilização integrado ao Direito Administrativo Sancionador.....	66
CAPÍTULO 3 - O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO AGENTE PÚBLICO E A EVOLUÇÃO PATRIMONIAL INJUSTIFICADA.....	69
3.1. O Enriquecimento Ilícito previsto no <i>Caput</i> do artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92.	72
3.1.1. Vantagem Patrimonial Indevida.....	73
3.1.1.1. Voluntariedade da conduta e os elementos objetivos normativos do tipo.....	74
3.1.1.2. Em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego.....	81
3.2. Enriquecimento ilícito por aumento patrimonial desproporcional à remuneração.....	87
3.2.1. A honestidade remuneratória como bem jurídico tutelado.....	90
3.2.2. Elementos objetivos do enriquecimento ilícito desproporcional.....	94
3.2.2.2. Do aumento patrimonial direto	99
3.2.2.3. Do aumento patrimonial indireto	101
3.2.3. Elementos circunstanciais do enriquecimento ilícito desproporcional à remuneração e do elemento implícito decorrente do nexo causal entre o enriquecimento ilícito e a função pública	104
3.2.4. Medidas de prevenção ao enriquecimento ilícito. A Declaração de Bens e Valores.	115
3.3. Processo de Improbidade Administrativa.....	125
3.3.1. Processo Administrativo de apuração e a Sindicância Patrimonial.....	125
3.3.1.1. Do direito à privacidade do Agente Público no fornecimento de dados bancários e fiscais e do direito a não autoincriminação.	133
3.3.2. Inquérito Civil	139
3.3.3. Aspectos Gerais e peculiaridades do Procedimento Jurisdicional da Ação de Improbidade Administrativa.....	141

3.3.3.1. Princípio da presunção de inocência	145
3.3.3.2. Visão geral da prescrição da pretensão punitiva	156
CAPÍTULO 4 - SANÇÕES APLICÁVEIS ÀS HIPÓTESES DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO	161
4.1. Responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas e sanções aplicáveis	167
4.2. Perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente e ressarcimento do Erário.....	174
4.2.1. Visão geral do procedimento de indisponibilidade de bens	179
4.3. Perda da função pública e suspensão de direitos políticos.....	181
4.4. Multa Civil	184
CAPÍTULO 5 - ASPECTOS GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE PENAL DECORRENTE DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.....	185
5.1. As “Dez Medidas” contra a corrupção e a proposta de criminalização do Enriquecimento Ilícito	190
5.2. O Confisco Alargado frente ao Enriquecimento Ilícito por patrimônio desproporcional à remuneração de agente público.	196
CAPÍTULO 6 - ASPECTOS GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DE TITULARES DE CARGOS DE PROVIMENTO EFETIVO, COMISSIONADOS E OCUPANTES DE FUNÇÃO DECORRENTE DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.....	199
CONCLUSÃO	203
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	216

INTRODUÇÃO

O Estado de Direito é um dos maiores avanços institucionais concebidos para a organização da vida em sociedade, porém, o atingimento de sua finalidade depende da otimização da relação fiduciária estabelecida entre os membros da sociedade e os sujeitos designados e encarregados para atingi-la.

A descentralização e a pulverização dessas tarefas no seio da Administração Pública têm o potencial de diluir a eficácia da relação fiduciária de tal maneira que, quanto mais distante da fonte mandatária do poder popular, maior o potencial do agente público de se afastar dos desígnios que deve perseguir.

Os deveres constitucionais e funcionais impostos a tais agentes públicos buscam criar uma rede de incentivos para que exerçam suas tarefas de modo a atender ao interesse público que justifica sua atribuição, sob pena da imposição de uma sanção pelo aparato estatal.

No plano jurídico, o artigo 37, parágrafo 4º da Constituição da República previu um dever geral de probidade aplicável a todos que exerçam atribuições públicas, cominando sanções que vão desde a suspensão de direitos políticos até o dever de ressarcimento do Erário, sem prejuízo da incidência de outros sistemas de responsabilidade constitucionalmente estabelecidos.

A Lei Federal n.º 8.429/92, ao regulamentar a disposição constitucional aludida, elencou quatro categorias de atos violadores dos deveres de probidade, dentre os quais se inserem aqueles que causam enriquecimento ilícito, arrolados no artigo 9º da lei.

Dentre os diversos atos tipificados pela lei, situa-se o ato de enriquecimento ilícito decorrente do aumento patrimonial incompatível com a remuneração do mandato, cargo, emprego ou função do agente público. Trata-se de tipificação que repreende os efeitos de conduta(s) transgressora(s) do dever de honestidade remuneratória imposta àquele que percebe remuneração proveniente do Erário.

O tipo repreende o ato de adquirir bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda durante o exercício de mandato, cargo, emprego ou função por agente público. Trata-se de tipificação que recai sobre possíveis consequências da violação dos deveres de

probidade do agente público, dissociada da apuração dos atos que lhe deram causa, como ocorre nas demais condutas tipificadas pelo artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92. Diante das sanções aplicáveis ao ilícito e a partir das características do processo em que elas são cominadas, a compreensão do tipo depende do conhecimento do sistema jurídico erigido para a proteção do bem jurídico em questão.

Verifica-se, então, que a estrutura normativa do tipo suscita diversos questionamentos nucleares ao processo de subsunção da conduta à norma, sobretudo diante das condicionantes inerentes ao campo do direito sancionador. Por isso, formulam-se questionamentos sobre (i) a desnecessidade de identificação da conduta que tenha contribuído definitivamente para a mercantilização da atribuição pública; (ii) o parâmetro para justificar se o patrimônio é compatível com a remuneração do agente público; (iii) o tipo material formado a partir de atos distintos da aquisição patrimonial, como um padrão de vida desproporcional ao parâmetro adequado; (iv) a possibilidade da imputação a partir da receita advinda de atos estranhos ao exercício da função pública; (v) bem como o regime jurídico destinado a punição de pessoas jurídicas que eventualmente tenham participado ou se beneficiado da conduta ímproba.

As reflexões são constantemente confrontadas pelos direitos fundamentais do agente público cuja conduta deve ser apurada. Isso porque se flexiona o exercício de competência punitiva estatal dentro do sistema autônomo de responsabilidade por improbidade administrativa, o que, naturalmente, atrai a aplicação dos mecanismos de proteção individual presentes no âmbito do direito administrativo sancionador.

Nesse compasso, a estrutura do tipo tem o potencial de colidir com princípios elementares do Estado de Direito, como o devido processo legal e a presunção de inocência, à medida que a estrutura normativa do tipo cria uma presunção de que a evolução desproporcional do patrimônio do agente público seja fruto de enriquecimento ilícito, tornando imprescindível que o acusado demonstre o lastro do patrimônio acumulado, o que poderia violar tanto sua privacidade como também vedação à inversão do ônus da prova, ínsita ao sistema acusatório.

Esse complexo contexto jurídico, entretanto, não é inédito e nem obra exclusiva da Lei Federal n.º 8.429/92. O enriquecimento ilícito de agentes públicos é combatido pela legislação infraconstitucional brasileira desde o Decreto-Lei Federal n.º 3.240, de 08 de maio de 1941, que cominava o sequestro e a perda dos bens

que fossem produto ou adquiridos com o produto do crime praticado por aquele que se locupletasse ilicitamente e causasse prejuízo para a Fazenda Pública.

O tema foi objeto de constante evolução legislativa, cujo dilema relacionado à proteção da probidade administrativa, de um lado, e a dificuldade de se fazer prova de atos de corrupção, de outro, sempre esteve presente. Tal controvérsia foi objeto das discussões legislativas ocorridas na tramitação do projeto de lei n.º 1.446/91, que culminou na Lei Federal n.º 8.429/92, não tendo havido uma sinalização clara no texto legal quanto ao viés a ser adotado, seja punitivista ou garantista, o que proclama um maior aprofundamento das discussões na seara acadêmica.

Não obstante, o artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92, que alberga a matriz normativa do enriquecimento ilícito por aumento patrimonial incompatível de agente público, se mostrou aderente à tendência internacional de repressão aos atos de corrupção.

Nesse aspecto, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a Convenção Interamericana contra a Corrupção e a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico recepcionaram a ilicitude do enriquecimento ilícito de agentes públicos no exercício de mandato, cargo, emprego ou função, cuja implementação pelos Estados Partes signatários varia em função da sensibilidade de cada ordenamento jurídico aos valores fundamentais e sistemas acusatórios em retrospectiva.

Sem prejuízo da discussão, que se sobressai na etapa repressiva do sistema, avalia-se, igualmente, a tutela preventiva da probidade administrativa. Para tanto, examina-se a Declaração de Bens prevista no artigo 13 da Lei Federal n.º 8.429/92 e seus desdobramentos para a própria tipificação da conduta, a ser deflagrada em um procedimento administrativo e, posteriormente, judicial, visando a aplicação das sanções previstas no artigo 12 da citada lei Federal.

Por fim, busca-se averiguar a autonomia do sistema de responsabilidade por improbidade administrativa, com intuito de destacá-lo de outros sistemas paralelos atuantes na repressão do enriquecimento ilícito por acréscimo patrimonial incompatível com a remuneração do agente público.

CAPÍTULO 1 – CONVENÇÕES INTERNACIONAIS CONTRA CORRUPÇÃO E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

A corrupção é um dos males mais antigos da Humanidade, responsável pela corrosão da democracia e da legitimidade dos Estados¹. Tal chaga, em última instância, fragiliza a efetividade dos direitos humanos, à medida que recursos públicos que poderiam ser destinados à satisfação das necessidades básicas dos indivíduos são drenados do sistema orçamentário para satisfação de interesses patrimoniais de determinados grupos². Trata-se de um fenômeno sócio cultural de dimensão e de consequências mundiais, deixando suas indigitadas mazelas sobre todos os povos.

Emerson Alves e Rogério Garcia lembram que o Relatório Nolan, fruto de uma avaliação oficial das normas de conduta vigentes na administração pública do Reino Unido em 1994 identificou que o aumento gradual da desconfiança da população nos agentes públicos é um fator de desestabilização do próprio regime democrático de governo, demandando severa repressão de práticas corruptas contra o Estado³.

Os efeitos corrosivos que a corrupção causa nas estruturas democráticas ocasionam efeitos políticos e sociais nefastos ao frustrar o exercício do direito subjetivo de cidadania do povo, que é o verdadeiro titular da soberania, subtraindo a isonomia na participação do cidadão no processo político e nos órgãos governamentais, por desvirtuar suas expectativas e o peso de seu voto no programa de governo idealizado pelo partido político ou pelo candidato corrompido. Esse aspecto está incorporado no artigo 36 da Constituição da Argentina, que considera o enriquecimento ilícito grave delito doloso contra a ordem institucional e o sistema

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 213-218, out. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47241>>. Acesso em: 03 Mar. 2020.

² RAMOS, André de Carvalho. O combate internacional à corrupção e a lei da improbidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite *et al.* (Orgs.). *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 1-34.

³ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 54.

democrático, tornando os atos praticados com desvio de poder nulos e sujeitos às sanções penais e civis imprescritíveis.⁴

A corrupção sobre os agentes públicos, responsáveis pela execução e aplicação da lei, é igualmente perniciosa. O professor argentino Hector A. Mairal leciona que o próprio direito pode contribuir para a corrupção. A proliferação de normas desconhecidas, as contínuas mudanças normativas, normas pouco claras que admitem diversas interpretações, regras concessivas de grande discricionariedade para a administração cumpri-las, custo de cumprimento elevado, controle frágil ou permissivo da aplicação legal por seus destinatários tornam a norma sem consequências jurídicas, gerando espaço para uma avaliação da relação entre o custo e o benefício da transgressão das regras em relação à penalidade imposta, fatores contributivos para a disseminação da corrupção no corpo burocrático estatal⁵.

Além dos efeitos propriamente jurídicos e políticos, a corrupção gera uma clara ineficiência econômica. O núcleo de estudos e pesquisas legislativas do Senado Federal elaborou relatório para analisar o impacto legislativo das propostas do Ministério Público para o combate à corrupção no ano de 2016. O relatório, a partir de artigo publicado por Paolo Mauro, pesquisador do Fundo Monetário Internacional que estudou em 67 países os efeitos da corrupção no crescimento, arrola que as principais consequências negativas da corrupção relacionam-se à redução dos incentivos ao investimento; indisposição social à contribuição com fundos de auxílio (doações); perdas na arrecadação tributária; deficiência nas licitações públicas por atraírem vencedores que fornecem bens de qualidade inferior; e direcionamento da despesa pública para grandes obras em detrimento de gastos sociais, como em saúde e educação⁶.

A existência do Estado de Direito depende, dentre outras condições, de que as normas jurídicas sejam estáveis, públicas e o mais definidas possível e com conteúdo determinável, sob pena de o cidadão se encontrar carente de

⁴ RODRÍGUEZ. Sergio Leonardo. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos en la Argentina. *Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos. Red Ibero Americana de Fiscales contra la Corrupción*. Lucha contra la corrupción: buenas prácticas – Brasília: MPF, 2019.

⁵ MAIRAL. Hector A. *As raíces legais da corrupção: ou como o direito público fomenta a corrupção ao invés de combatê-la*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 40.

⁶ MAURO. Paolo. Corruption and Growth, *The Quarterly Journal of Economics*, Volume 110, Issue 3, August 1995, P. 681–712. *Apud* OLIVEIRA, Juliana Magalhães Ferreira *et al.* *Combate à Corrupção: uma análise de Impacto Legislativo das propostas do Ministério Público*. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal, Agosto/2016 (Texto para Discussão nº 205). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 07 Mar. 2020.

defesa frente ao Estado. Esse desamparo gera consequências para as liberdades cívicas, pois se a cidadania está em falta, abre-se o campo para o autoritarismo. Tal quadro também cria duas atitudes para os servidores públicos: a passividade perante a generalizada desobediência à lei ou a corrupção. Ambas as atitudes não podem ser admitidas pelo Estado Democrático de Direito, exigindo-se reflexão para adoção de medidas destinadas a evitar tal cenário.

Nessa quadra, já podemos afirmar que a corrupção viola os direitos fundamentais do ser humano. Percebe-se que a preocupação voltada à eliminação de tal cancro social foi germinada na Declaração de Direito dos Homens e do Cidadão, que previu, em seu artigo 15, que “a sociedade tem o direito de pedir, aos agentes públicos, as contas de sua administração”, reconhecendo, no artigo 12, a necessidade da força pública para a preservação de seus direitos básicos, afirmando que tal “força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada”. É dizer: os direitos do homem e do cidadão são garantidos por meio de uma força pública, que deve ser instituída para fruição por todos e não para utilidade particular daqueles a cujo exercício é confiado.

A defesa dos direitos elementares do cidadão pelo Estado fora objeto de inúmeros filósofos contratualistas do iluminismo. Roberto Lima Santos enuncia que o filósofo holandês Baruch Spinoza, na obra *Tratado Político*, escrita no século XVII, lecionava que, para a manutenção do Estado, seria “necessário ordenar as coisas de tal modo que os administradores do Estado, quer guiados pela razão, quer movidos por uma paixão, não possam ser levados a agir de maneira desleal ou contrária ao interesse geral”.⁷

Depois da Revolução Industrial Inglesa e a partir da Constituição da República do México de 1917, o Estado teve ao seu encargo a proteção do cidadão no tecido social, a exigir sua intervenção positiva com vistas a assegurar a manutenção de condições condignas de existência. Susan Rose-Ackerman registra que a pobreza, o nível precário de saúde e a desigualdade na distribuição de renda são endêmicos e a corrupção no setor público no contexto de intervenção social para garantia de direitos fundamentais de segunda geração merece uma ênfase especial,

⁷ SANTOS, Roberto Lima. Direito fundamental à probidade administrativa e as convenções internacionais de combate à corrupção. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Roberto_Santos.html Acesso em: 29 dez. 2019.

porque prejudica o desenvolvimento e políticas de distribuição de rendas, conflitando com valores democráticos e republicanos⁸.

Nessa esteira, a Organização das Nações Unidas firmou a Declaração do Milênio, em Nova Iorque, no ano de 2000, focalizada em metas para a redução da extrema pobreza. A partir da análise dos avanços e desafios que se mostraram ao desenvolvimento humano mundial, tais objetivos foram redefinidos na Assembleia Geral das Nações Unidas no ano de 2015, a partir de então redimensionados sob o rótulo “Agenda 2030”, responsável por traçar 17 objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS).

Nessa perspectiva, o objetivo de desenvolvimento sustentável número 16 exalta a paz, a justiça e a implementação de instituições eficazes como medidas básicas para o desenvolvimento humano sustentável. Seu subitem 16.5 mira a redução substancial da corrupção e o suborno em todas as suas formas⁹. Atualmente, a Resolução 7/2¹⁰ da Conferência dos Estados Partes na Convenção das Nações Unidas contra Corrupção criou grupo de especialistas para estudar, sugerir e implementar medidas para prevenir e combater a corrupção em todas as suas formas mais efetivamente, inclusive, quando houver indícios de vastas quantidades de ativos por parte de agentes públicos, com base em uma abordagem multidisciplinar.

Embora a base para a formulação de um sistema de prevenção e combate à corrupção tenha como objetivo final a promoção dos direitos humanos, não se pode negar a influência de outras premissas na construção e na caracterização do sistema jurídico internacional de promoção da integridade.

Susan Rose-Ackerman assinala que a partir de meados dos anos 90 o Banco Mundial promoveu e incentivou reformas institucionais para se prestigiar a boa governança das instituições públicas. Diversas circunstâncias contribuíram para que tal prioridade emergisse, destacando-se a transição de uma economia planejada pelo Estado interventor para uma economia de mercado globalizada, o que gerou novas oportunidades para ganhos ilícitos. Sinaliza que a

⁸ ROSE-ACKERMAN, Susan. PLIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform*. New York: Cambridge University Press, 2016. p. 3.

⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Objetivo 16. Paz, Justiça e Instituições Eficazes*. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods16/>. Acesso em: 26 fev. 2020.

¹⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolutions adopted by the Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption*. 2017. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session7/V1800228e.pdf#page=7>. Acesso em: 26 fev. 2020.

globalização acentuada sobre as transações econômicas e os efeitos da incidência do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)¹¹ potencializaram a disseminação de medidas destinadas à repressão de tal deletério fenômeno em âmbito global, com vistas a evitar a concorrência desleal causada por empresas estrangeiras que não estavam submetidas a semelhante repressão.

Ademais, a expansão e a interconexão do sistema financeiro internacional disseminaram os efeitos da corrupção mundialmente, sobretudo por meio da criação de sistemas para a lavagem de capitais e financiamento de grupos terroristas, trazendo à tona a necessidade de medidas para cooperação no combate e prevenção à corrupção. Sabe-se que a corrupção está ligada à prática de crimes transnacionais, como o tráfico de entorpecentes e tráfico de pessoas, o que demanda uma ação de nível mundial, coordenada e integrada, para sua prevenção, detecção e repressão.

Nesse desiderato, inúmeras iniciativas internacionais foram deflagradas no bojo de organizações intergovernamentais e não governamentais, dentre os quais se citam a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado (Convenção de Palermo¹²), os guias de boas práticas elaborados pelo Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF¹³), os indicadores de percepção de corrupção disponibilizados pela Transparência Internacional¹⁴, dentre outros foros multilaterais de âmbito regional.

¹¹ O FCPA é uma lei estado-unidense, elaborada em 1977, que criminaliza a corrupção em transações comerciais internacionais praticadas por empresas norte americanas multinacionais. ROSE-ACKERMAN, Susan. PLIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform*. New York: Cambridge University Press, 2016. p. 5.

¹² Os artigos 8º e 9º da Convenção de Palermo contra o crime organizado prevê que o Estado Signatário deverá promover a criminalização das condutas de prometer, oferecer ou conceder a um agente público, direta ou indiretamente, benefício indevido e, por outro lado, as condutas do agente público pedir ou aceitar, direta ou indiretamente, um benefício indevido, para si ou para outra pessoa ou entidade, a fim de praticar ou se abster de praticar um ato no desempenho das suas funções. Determina que a prática de corrupção por pessoa jurídica também deverá ser responsabilidade nas esferas civil, penal e administrativa, com sanções eficazes, proporcionais e acautelatórias. Previu-se que o conceito de agente público abrange qualquer pessoa que preste um serviço público, na forma definida no direito interno de cada Estado. A Convenção, ainda, traz diversos mecanismos de cooperação internacional para a eficácia da constrição das sanções aplicáveis.

¹³ As atividades do GAFI visam estabelecer padrões e promover a efetiva implementação de leis, regulamentos e medidas operacionais para combater a lavagem de dinheiro, o financiamento ao terrorismo e outras ameaças à integridade do sistema financeiro internacional. Dentre as mais diversas recomendações emitidas pela organização intergovernamental no combate à corrupção estão o acompanhamento e o monitoramento das atividades financeiras de pessoas politicamente expostas por parte de agentes financeiros locais, bem como, a partir de determinada classificação de risco de atividade, a aprovação e monitoramento da operação por parte de um gerente sênior quando envolvam tais agentes públicos, a que classifica como medidas hábeis a detecção de possíveis desvios que sinalizem que pessoas

Para os fins do presente trabalho, cabe o destaque para a Convenção Interamericana contra a Corrupção de 1996, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (“Convenção de Mérida”), assinada em 9 de dezembro de 2003, bem como a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Tais normativos foram incorporados ao Direito Brasileiro por meio dos Decretos n.º 4.410/2002, n.º 5.687/2006 e n.º 3.678/2000, respectivamente.

1.1. Convenção Interamericana contra a Corrupção

A Convenção Interamericana contra a Corrupção, editada pela Organização Estados Americanos, foi o primeiro instrumento jurídico internacional dedicado, especificamente, ao combate à corrupção, reconhecendo sua potencial transcendência internacional. Explicita, em seu preâmbulo, o fortalecimento da democracia representativa pelo combate à corrupção, considerando que tal moléstia causa aumento da descrença em todos os governantes eleitos pelo voto popular¹⁵.

A convenção traz dois objetivos principais: o primeiro consiste em promover e fortalecer o desenvolvimento de mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção, bem como criar mecanismos para viabilizar a cooperação internacional entre os Estado Parte, como forma de assegurar a eficácia das medidas necessárias para a implementação de seu objetivo. O compromisso

que ocupem função pública estejam abusando de suas posições ou estejam influenciando ganhos para terceiro. (FINANCIAL ACTION TASK FORCE – FATF-OCDE. *The use of the FATF Recommendations to combat corruption*. Paris, France, 2013. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/BPP-Use-of-FATF-Recs-Corruption.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.)

¹⁴ A Transparência Internacional é uma Organização Não Governamental que se dedica à pesquisa universal da corrupção subsidiando políticas de prevenção e combate a referido mal. Dentre diversos trabalhos relacionados à transparência das ações governamentais, cabe citar o Índice de Percepção da Corrupção, que é um estudo global produzido pelo Secretariado da Transparência Internacional desde 1995, tendo o Brasil ocupado o 106º lugar na avaliação efetuada em 2019 de um total de 180 países avaliados. (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Índice de Percepção da Corrupção*. 2020. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/67:indice-de-percepcao-da-corrupcao-2019?stream=1>. Acesso em 13. set. 2020.)

¹⁵ BRASIL. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm. Acesso em: 22 fev. 2020.

internacional considera a corrupção no contexto do exercício das funções públicas e dos atos vinculados ao seu exercício.

Em seu artigo III, a Convenção Interamericana enumera medidas que devem ser adotadas pelos Estados Partes para o atingimento dos seus objetivos, como o estabelecimento de normas de conduta para o desempenho correto, honrado e adequado das funções públicas, visando à prevenção do conflito de interesses, dentre outras ações para incrementar a confiança social na integridade dos funcionários públicos e na gestão pública. Previu, ainda, a necessidade de implementação de “sistemas para a declaração das receitas, ativos e passivos por parte das pessoas que desempenhem funções públicas em determinados cargos estabelecidos em lei e, quando for o caso, para a divulgação dessas declarações”¹⁶.

O artigo VI define os “atos de corrupção” para efeitos da Convenção. Digno de nota para os propósitos do presente trabalho, o artigo IX da Convenção Interamericana conclama, sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, os Estados Partes a adotarem medidas necessárias para tipificar como delito em sua legislação o “enriquecimento ilícito”, ou seja, o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa ser razoavelmente justificado. Sobre a hipótese, ainda que o Estado Parte não tenha criminalizado a conduta, estará obrigado a adotar as medidas de cooperação jurídica estabelecidas no instrumento internacional.

Vale frisar que no âmbito do respectivo tratado internacional, foi criado o Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção (MESICIC), responsável por avaliar a implementação das regras estipuladas pelos Estados signatários do instrumento. Francisco Sérgio Oto Souza Bonelli afirma que em 2011 referido grupo recomendou ao Brasil que editasse legislação específica para sancionar as pessoas jurídicas quanto a atos de suborno a servidores públicos, o que foi atendido com a promulgação da Lei de Improbidade das Pessoas Jurídicas (Lei Federal n.º 12.846/2013) e com a

¹⁶ BRASIL. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm. Acesso em: 22 fev. 2020.

criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos¹⁷, matéria que está sendo debatida pelo Poder Legislativo no Projeto de Lei do Senado n° 327, de 2016 e no Projeto de lei n.º 4850/2016, que cuida das “dez medidas” contra a corrupção, em tramitação na Câmara dos Deputados.

Até agora, no âmbito do MESICIC, foram elaborados cinco relatórios, o último aprovado em março de 2018. No âmbito da 4ª rodada de verificação da implantação dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro, ocorrida no ano de 2012, os peritos voltaram suas atenções à implementação dos mecanismos preventivos de corrupção. O corpo de peritos recomendou (i) o fortalecimento dos sistemas para a declaração das receitas, ativos e passivos, regulamentando as condições, procedimentos e outros aspectos relacionados à divulgação pública, quando for o caso, do conteúdo dessas declarações; (ii) a otimização dos sistemas de análise do conteúdo das declarações, para que sirvam como uma ferramenta útil para a detecção e prevenção de conflitos de interesses e crimes; (iii) o reforço dos recursos humanos da Controladoria Geral da União para implementar a capacidade de verificar o conteúdo dessas declarações, bem como (iv) a adoção de providências legislativas para tipificar o delito de enriquecimento ilícito.¹⁸

No quinto ciclo de vistas, a comissão sinalizou em relatório que o Brasil ofereceu avanços relativos à implementação das recomendações, destacando-se a elaboração da (i) Lei Federal n° 12.846/2013; (ii) Lei Federal n° 12.850/2013, relacionada à tutela contra o crime organizado, a qual dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; (iii) Lei Federal n° 13.303/2016, conhecida como a que dispõe sobre o Estatuto Jurídico da Empresa Pública, da Sociedade de Economia Mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e estabelece normas de licitações e contratos específicas para empresas públicas e sociedades de economia mista; (iv) Lei Federal n° 13.316/2016, que regula os percentuais mínimos para o provimento dos cargos em comissão por servidores de

¹⁷ BONELLI, Francisco Sérgio Oto Souza. Convenções internacionais contra a corrupção e a Lei de Improbidade Administrativa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 16, p. 9-40, jan./abr. 2017. p. 22.

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatório Final emitido pela comissão de peritos do mecanismo de acompanhamento da implementação da convenção interamericana contra a corrupção*, 2012. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic4_bra_por.pdf. Acesso em 30 out. 2020.

carreira no Ministério Público da União; (v) a Lei Federal nº 13.346/2016, que dispõe sobre a extinção de cargos em comissão e a criação de funções de confiança no Poder Executivo Federal, assim como (vi) o oferecimento de projetos de lei sobre a reforma do sistema de licitações e contratos e a proteção de denunciante de atos de corrupção¹⁹.

Cabe destacar, ainda, que o Brasil é signatário da Carta Social das Américas de 2012, cujo artigo 5º reconhece o combate à corrupção como medida apta a implantar a cultura de transparência, fundamental para o fortalecimento social, criando condições para o crescimento em longo prazo e a redução da pobreza. Tal documento sustenta proposta da Organização dos Estados Americanos para adoção de mecanismos preventivos relacionados aos atos de corrupção, dentre os quais podem ser citadas medidas legislativas destinadas à declaração de bens, receitas e despesas por agentes públicos.

1.2. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção

Já no âmbito da Organização das Nações Unidas, a Convenção de Mérida estabelece três finalidades para a prevenção e combate à corrupção: a promoção e o fortalecimento das medidas que visam prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; a promoção da cooperação internacional, da assistência técnica para a prevenção e para a luta contra a corrupção, com ênfase na criação de ambiente jurídico favorável para a recuperação de ativos; e a promoção da integridade, da obrigação de prestar contas e da correta gestão dos assuntos e dos bens públicos.

As disposições da Convenção das Nações Unidas tratam da questão de modo mais detalhado que as demais, graças à diversidade de Estados Partes signatários e a sua diversidade no tocante às tradições, costumes, nível de desenvolvimento econômico e social, solidez das instituições, regime político e sistemas jurídicos. Por isso, afirma-se que suas disposições foram especialmente conhecidas para se tornarem mais flexíveis, visando sua efetividade, oferecendo incentivo à comunidade

¹⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatório Final emitido pela comissão de peritos do mecanismo de acompanhamento da implementação da convenção interamericana contra a corrupção*, 2018. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_bra_rep_por.pdf. Acesso em 30 mar. 2020.

internacional para incorporar regras nacionais visando ao combate à corrupção, em respeito às peculiaridades de cada sistema jurídico.²⁰

No Capítulo II da Convenção disciplinam-se as medidas preventivas da corrupção, indicando a necessidade da existência de órgão especializado de prevenção à corrupção, a criação de códigos de conduta e critérios para a contratação de servidores públicos, mecanismos para participação da sociedade e medidas para prevenção da lavagem de dinheiro. Deve-se sublinhar a existência de guias para a persecução penal dos atos de corrupção, que preveem a regulamentação da prescrição, o embargo preventivo, apreensão, confisco e o sigilo bancário. Há, ainda, disposições relativas às consequências não penais dos atos de corrupção, com a indenização por danos e prejuízos, previstas no artigo 35 do instrumento internacional.

Em seu artigo 20, estabelece que cada Estado signatário considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido, intencionalmente, o enriquecimento ilícito. Por enriquecimento ilícito, a convenção entende o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativo aos seus ingressos legítimos que não possam ser razoavelmente justificados.

No tocante às medidas de implementação legislativa na ordem interna da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção pelo Brasil, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC) realizou sua primeira visita ao país em agosto de 2011 para revisão e verificação do cumprimento das obrigações assumidas pelo país. O relatório com o resultado das avaliações destacou que o Brasil reprime o enriquecimento ilícito desde 2002, por meio da previsão contida no artigo 9º, inciso VII da Lei de Improbidade Administrativa, não obstante as sanções relacionadas não sejam de natureza criminal. Diante disso, os especialistas revisores dos órgão incentivaram as autoridades nacionais a concluir o processo legislativo de criminalização do enriquecimento ilícito, atualmente objeto de diversas propostas no Congresso Nacional, com destaque ao projeto de lei n.º 4.850/2016, fruto de iniciativa popular, que consolida as “dez medidas” contra a corrupção propostas pelo Ministério Público Federal. Em um tópico específico, os especialistas revisores ainda destacaram

²⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatório Final emitido pela comissão de peritos do mecanismo de acompanhamento da implementação da convenção interamericana contra a corrupção*, 2018. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_bra_rep_por.pdf. Acesso em 30 mar. 2020.

que os agentes públicos brasileiros devem apresentar declarações anuais de ativos. Em caso de irregularidades verificadas nessas declarações, a Controladoria Geral da União conduzirá procedimentos administrativos de apuração.²¹

Em relação às regras previstas no instrumento multilateral, verifica-se que a Convenção de Mérida tangencia a questão relacionada aos códigos de ética e de conduta dos servidores públicos, como medida preventiva à corrupção. Deve-se registrar a existência de um Código Internacional de Conduta para os titulares de cargos públicos que foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução n.º 34/169, de 17 de dezembro de 1979.

Fabio Medina Osório noticia que nesse código de conduta o cargo público é definido pela confiança que o cidadão deposita em alguém para atuar a favor do interesse público. Seus ocupantes devem ser “leais aos interesses públicos de seu país”.²² Em referido Código Internacional, os agentes estatais devem agir sempre em conformidade com as leis, com as políticas administrativas e com integridade, buscando ser responsáveis com os recursos públicos, administrando-os da maneira mais eficaz e eficiente.

O Código exige que os agentes públicos sejam diligentes, justos e imparciais no desempenho de suas funções, sendo-lhes vedado dar preferência indevida ou discriminar grupo ou indivíduo, abusar ou desviar do poder. Vale dizer: “não basta aos homens públicos a honestidade”²³. Daqueles que receberam a confiança do povo, titulares do interesse público, exige-se sejam diligentes, eficientes e justos.²⁴

Diferentemente da convenção da OCDE, a Convenção de Mérida regulamentou a matéria de modo mais abrangente, com mecanismos para a prevenção e repressão da corrupção nas modalidades ativa e passiva, relativa a

²¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Country Review Report of Brazil*. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC). Viena, 2017. p. 31. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2017_01_19_Brazil_Final_Country_Report.pdf>. Acesso em: 31 out. 2020.

²² OSÓRIO. Fabio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018. p. 67.

²³ OSÓRIO. Fabio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018. p. 67.

²⁴ OSÓRIO. Fabio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018. p. 67.

funcionários públicos nacionais, estrangeiros ou organizações internacionais, empresas e administrações.²⁵

Apesar de estar voltada ao crime organizado, cabe referência à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), incorporada pelo Estado Brasileiro nos termos do Decreto Federal nº 5.015, de 12 de março de 2004, como convenção internacional instrumental à prevenção e ao combate à corrupção. Sua importância é revelada pelo objetivo de repressão financeira à organização criminosa, com a indicação de medidas de confisco e congelamento de bens, instrumentos de recuperação de ativos de relevância ímpar na política de desestímulo à ação da organização criminosa ao lado das medidas penais de encarceramento, previstas no artigo 12 da convenção.

1.3. Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

Ao seu turno, a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) pode ser também considerada um desdobramento indireto da vigência do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) norte-americano. Seu objetivo é o obter o compromisso dos Estados Membros de criminalizar os atos de corrupção de funcionários estrangeiros ligados a transações comerciais internacionais, tendo um escopo, portanto, mais restrito.

Segundo narra Thiago José Zanini Godinho, a propina é definida como vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, podendo os agentes públicos participantes ser pessoas “nomeadas ou eleitas que detenham poder de decisões ou de influência na vida pública, quer em nível local ou nacional”, abrangendo ainda pessoas físicas ou jurídicas.²⁶

No entanto, a convenção foi além: consoante revela seu próprio artigo 1º, buscou atribuir a responsabilidade das pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, fixando sanções, regras de prescrição,

²⁵ GODINHO. Thiago José Zanin. Contribuições do Direito Internacional ao Combate à Corrupção. *Revista Faculdade de Direito UFMG*. Belo Horizonte, n. 58, p. 347-386, jan./jun. 2011. p. 372.

²⁶ GODINHO. Thiago José Zanini. Contribuições do Direito Internacional ao Combate à Corrupção. *Revista Faculdade de Direito UFMG*. Belo Horizonte, n. 58, p. 347-386, jan./jun. 2011. p. 369.

medidas para repressão à lavagem de dinheiro e à contabilidade paralela, criando, ainda, mecanismos para a cooperação internacional visando à prevenção, detecção e repressão à corrupção.

Sua tutela jurídica representou significativo avanço no tratamento meramente punitivo da matéria. Isso porque, a convenção buscou criar instrumentos para que os Estados Partes da Organização Multilateral adotassem regras visando à responsabilização da pessoa jurídica pelo ato de corrupção, não apenas no tocante à esfera penal, conforme enuncia seu artigo 2º. Ainda com protagonismo, o artigo 3º da convenção enunciou a necessidade de “estabelecimento de sanções civis e administrativas adicionais à pessoa sobre a qual recaiam sanções penais por corrupção de funcionário público estrangeiro”²⁷.

1.4. Panorama Geral das Convenções Internacionais e mecanismos de incorporação de suas regras no Direito Brasileiro

Apesar das diferentes convenções internacionais não apresentarem um conceito uniforme de corrupção, de forma geral, percebe-se que o vocábulo tratado nas regras alienígenas identifica a corrupção como ato material que gera vantagem ou benefício a terceiros. Corrobora tal impressão a visão da Transparência Internacional, que define corrupção como o “abuso do poder confiado a alguém em benefício privado”²⁸.

Como vimos, a Convenção da OEA também tem aplicação mais ampla do que as demais, considerando ato de corrupção aquele que, além de beneficiar indevidamente terceiros, cause prejuízo ao Erário, independentemente dos motivos de sua prática, abrangendo os coautores, cúmplices e acobertados. O ato normativo internacional prevê o crime de enriquecimento ilícito, igualando-o ao ato de corrupção.

Por fim, não menos importante, deve-se frisar que há polêmica quanto às teorias aplicáveis para solucionar conflitos entre as regras dispostas em âmbito internacional e as normas vigentes no âmbito de cada Estado Soberano.

²⁷ BONELLI, Francisco Sérgio Oto Souza. Convenções internacionais contra a corrupção e a Lei de Improbidade Administrativa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 16, p. 9-40, jan./abr. 2017. p. 17.

²⁸ GODINHO, Thiago José Zanini. Contribuições do Direito Internacional ao Combate à Corrupção. *Revista Faculdade de Direito UFMG*. Belo Horizonte, n. 58, p. 347-386, jan./jun. 2011. p. 369.

Segundo anota Paulo Henrique Gonçalves Portela, a Constituição do Brasil teria adotado a teoria do dualismo moderado em que, apesar do Direito Internacional e do Direito Interno serem dois sistemas jurídicos distintos e independentes, cabe ao Estado Nacional adotar os procedimentos legislativos para a internalização da norma internacional no direito interno, sob pena de responsabilidade. O compromisso internacional assumido, ainda que não incorporado, obriga os seus diferentes entes e órgãos, nacionais e subnacionais.²⁹

Entre nós, o procedimento de internacionalização passa, após a assinatura do tratado ou convenção internacional, pelo processo de ratificação no âmbito do Congresso Nacional, por meio de Decreto Legislativo (artigo 49, inciso I da Constituição da República) seguindo de ratificação do tratado, com sua consequente publicação por meio de Decreto Executivo, ocasião em que o conteúdo normativo passa a ter vigência em âmbito interno, com natureza jurídica equivalente à lei ordinária³⁰.

Apesar da assunção do compromisso perante a ordem internacional instar a adoção de medidas legislativas internas, convém registrar que a própria Convenção de Mérida, no tocante ao mérito das medidas destinadas à prevenção e repressão aos atos de corrupção, prevê no artigo 30, item 9, uma cláusula de soberania. Com isso, prestigia-se a disciplina interna da matéria por cada Estado signatário, seja no tocante à tipificação das condutas passíveis de sanção, seja em razão do modo de tutela jurídica reservada para a atuação, isto é, por meio da tutela penal, administrativa, cível ou mesmo qualquer competência autônoma erigida para tais propósitos, tal como preconizado pelo artigo 26, item 2 da mesma Convenção.

CAPÍTULO 2 – SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO PELA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

²⁹ PORTELA. Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 51.

³⁰ Salvo quando se trata de convenções ou tratados de direitos humanos (que terão *status* supralegal quando não forem incorporados no regime trazido pelo artigo 5, parágrafo 3º da Constituição da República, de acordo com a tese fixada no RE 466.343-SP no Supremo Tribunal Federal, acolhendo-se voto vista do Ministro Gilmar Ferreira Mendes), as demais convenções ou tratados internacionais situam-se no mesmo plano de validade, eficácia e autoridade em que se posicionam as lei ordinárias, havendo entre eles paridade normativa. É o que restou decidido na ADI-MC 1480/DF pelo Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, precedente reiterado posteriormente em diversos precedente dos Tribunais Superiores, como reportado por Paulo Henrique Gonçalves Portela. (PORTELA. Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 130.)

2.1. Evolução da disciplina da Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro

Com exceção da Constituição Imperial de 1824, que consagrou a irresponsabilidade do Imperador no artigo 99, todas as Constituições Republicanas previram a responsabilização do Presidente por atos que violassem a probidade da administração,³¹ expressão ora tomada de modo amplo e sob a óptica da responsabilidade política do dirigente maior da Nação.

Quanto à fonte constitucional do bem jurídico, Waldo Fazzio Júnior deduz que a probidade administrativa foi, ao longo da história constitucional brasileira, bem jurídico protegido decorrente da imposição de sanção constitucional aos crimes de responsabilidade do Presidente da República³².

O combate mais específico ao enriquecimento ilícito no ordenamento legal brasileiro foi germinado no Decreto-Lei Federal n.º 3.240 de 08 de maio de 1941, em vigor até os dias atuais, que comina o sequestro e a perda dos bens que fossem produto ou adquiridos com o produto do crime praticado por aquele que se locupletasse ilicitamente e causasse prejuízo para a Fazenda Pública. O artigo 7º do diploma legal assegura à Fazenda Pública o direito de pleitear a reparação do dano, o que deverá ser feito de acordo com as regras de Direito Civil. Trata-se, então, de medida de cunho processual penal, incidental ao bojo da responsabilidade penal do agente.

Referida disposição foi parcialmente constitucionalizada pela Carta de 1946, por meio do artigo 141, parágrafo 31, que outorgou à lei o ônus de dispor sobre o sequestro e o perdimento de bens no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica. Apesar da timidez dos instrumentos destinados a inibir o mau exercício das funções públicas, Pontes de Miranda, ao comentar a citada disposição constitucional, chamava a atenção ao fato de que uma lei que obrigasse a todos os funcionários públicos e empregados de entidades autárquicas a inventariar anualmente o patrimônio

³¹ ALVES. Emerson. GARCIA. Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 269.

³² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 8.

próprio e de seus parentes sucessíveis, seria incapaz de fazer o país voltar à tradição de honestidade dos homens públicos³³.

Patrícia Carrara Rosseto assinala que Themistocles Brandão Cavalcanti criticava a delegação legislativa efetuada pelo texto constitucional para a disciplina da matéria, uma vez que o enriquecimento ilícito de agentes públicos exigiria “repressão muito radical, porque é através desses processos de corrupção que se esfacela o organismo público e o prestígio da autoridade”.³⁴ De fato, nesta quadra da história da República brasileira, os instrumentos jurídicos hábeis à dissuasão e à repressão de atos ilegais relacionados ao enriquecimento ilícito de agentes públicos no exercício da função estavam afetos, exclusivamente, à esfera penal, tendo o Decreto-Lei n.º 3.240, de 08 de maio de 1941 apenas regulamentado os mecanismos processuais de repercussão penal. Portanto, os atos que causassem danos ao erário, vinculados a condutas criminosas, não ensejavam sanção jurídica editada em plano distinto dos sistemas penal e civil.³⁵

Na vigência da Constituição Federal de 1946, foi promulgada a Lei Federal n.º 3.164, de 01.06.1957, conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha. Apesar de suas vicissitudes, passou-se a estabelecer um regime sancionatório independente da instância criminal³⁶ para a repressão ao enriquecimento ilícito experimentado por determinados agentes públicos. Seu grande trunfo foi estabelecer uma tutela extrapenal repressiva da improbidade administrativa, concomitante e paralela às instâncias cíveis e criminais³⁷, apesar de criar apenas uma sanção autônoma, consistente no perdimento de bens.

Incipiente e com redação vaga, a lei manteve o sequestro e a perda em favor da Fazenda Pública dos bens adquiridos pelo servidor público, por influência, abuso de cargo, função pública ou de emprego, ressaltando a

³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1946. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947. v. III *Apud* ALVES. Emerson. GARCIA. Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 270.

³⁴ ROSSETO. Patrícia Carrara. O combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira. In: PRADO, Regis Prado; DOTTI, René Ariel. *Doutrinas essenciais: direito penal econômico e de empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 04, p. 915-980.

³⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 157.

³⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 157.

³⁷ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 183.

responsabilidade criminal do infrator³⁸. Avançou ao prever, no artigo 3º, exigência quanto à declaração dos valores e bens pertencentes ao patrimônio privado dos ocupantes de cargos ou funções públicas da União e entidades autárquicas, eletivas ou não.

Waldo Fazzio Júnior, Marino Pazzaglini Filho e Márcio Elias Rosa apontam que a Lei Pitombo-Godói Ilha era “demasiadamente vazia, para não dizer quase vazia”³⁹, uma vez que se reportava apenas a uma modalidade de enriquecimento ilícito, cujo efeito jurídico era constituído apenas pelo perdimento dos bens adquiridos.

A mesma impressão foi partilhada por Emerson Alves e Rogério Garcia, para quem a dificuldade de se provar a imputação pela demonstração do nexo de causalidade entre o abuso do cargo e a aquisição do bem, sem prejuízo da inexistência de uma obrigação de registro de bens particulares pelos exercentes de funções públicas, fez com que a Lei Federal n.º 3.164/1957 tivesse pouca aplicação prática.⁴⁰

No ano seguinte, a Lei Pitombo-Godói Ilha foi aperfeiçoada pela Lei Federal n.º 3.502, de 21.12.1958, conhecida como Lei Bilac Pinto. Ela passou a prever expressamente as modalidades de enriquecimento ilícito em rol exemplificativo disposto nos artigos 2º ao 4º, merecendo destaque as alíneas “d” e “e” do citado artigo, as quais descreviam a operação de alienação de bem com sobrepreço ou a aquisição de bem com deságio em relação ao seu valor de mercado como hipóteses de enriquecimento ilícito, o que constituiu a raiz legislativa nacional remota do enriquecimento ilícito por aumento patrimonial a descoberto do agente público.

Wallace Paiva Martins Júnior leciona que a tipificação da infração sob a égide da Lei Federal n.º 3.502 dependia do concurso de um sujeito ativo, de um sujeito passivo e de uma ação ou omissão deste em relação àquele⁴¹. A lei definiu o alcance normativo dos sujeitos ativos das condutas, ampliou o rol de legitimados a

³⁸ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 182.

³⁹ FAZZIO JUNIOR, Waldo; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 28.

⁴⁰ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 273.

⁴¹ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 184.

postularem as medidas de sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito e delimitou, no artigo 7º, o que poderia ser considerado no conceito normativo de vantagem econômica.

Digno de nota, ainda, a ampliação do rol de legitimados processuais ativos para promoção da responsabilização dos agentes, fazendo surgir o direito de ação ao cidadão nos casos de inércia do órgão competente para promoção da responsabilização do servidor, a partir do esgotamento do prazo de noventa dias reservado ao exercício da competência privativa⁴². Tratava-se, segundo Francisco Bilac Moreira Pinto, de medida de controle democrático da moralidade da Administração Pública, “favorecendo que a opinião pública exerça eficaz fiscalização e vigilância sobre a corrupção política e administrativa”⁴³. A ação de sequestro e perdimento de bens objetivava, portanto, a perda dos bens acrescidos ilicitamente pela conduta ilegal do agente público e, cumulativamente, o ressarcimento integral dos danos causados à Administração Pública.

Cabe registrar que a ação popular especial prevista no artigo 5º da lei, diferentemente da ação popular disposta na Lei Federal n.º 4.717/1965, não visava a anulação ou a declaração de nulidade do ato administrativo. Seu objetivo era apenas a decretação da perda de bens e valores que correspondiam ao enriquecimento ilícito do agente e, eventualmente, a indenização pelas perdas e danos ocasionados pelo ato ilícito⁴⁴.

Emerson Alves e Rogério Garcia destacam que a Lei Bilac Pinto trouxe inúmeras semelhanças com as condutas prescritas no artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/1992, equiparando o enriquecimento ilícito aos crimes contra a administração.⁴⁵ Não obstante a tentativa de aperfeiçoamento do texto legal, sua ineficácia aos fins colimados persistiu. Pontes de Miranda, que ao comentar a Constituição de 1946 salientara a necessidade de lei para reprimir os atos de enriquecimento ilícito para restituição da honestidade dos homens públicos, mais tarde,

⁴² BERNARDI, Ovidio. Ação de enriquecimento ilícito e ação popular. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 68, p. 412-418, mai. 1962. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/23096>>. Acesso em: 01 Mai. 2020.

⁴³ PINTO. Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 191.

⁴⁴ PINTO. Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 238.

⁴⁵ ALVES. Emerson. GARCIA. Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 273.

em seus comentários à Constituição de 1967, já se conformava com a ineficácia das ferramentas jurídicas disponíveis em sua época para tal mister. Constatou que, apesar da existência da lei, ela não havia conseguido ser cumprida. Para o autor, “altas figuras governamentais se julgam acima de tais impertinências. Em verdade, o povo espera que algum dia se inicie a prática da punição dos governantes”⁴⁶.

Para Waldo Fazzio Júnior, Marino Pazzaglini Filho e Márcio Elias Rosa, a Lei Bilac Pinto, ao deixar de prever o enriquecimento sem causa e diante das dificuldades de produção de prova do fato para a configuração do enriquecimento ilícito, tornou-se um diploma legal de rara aplicação pelos Tribunais⁴⁷. Emerson Alves e Rogério Garcia acrescentam que a não tipificação do enriquecimento ilícito decorrente da aquisição de bens em montante superior à renda do agente e a inexistência de uma sanção direta e específica para o agente, à exceção da perda dos bens acrescidos ilicitamente, permitindo a manutenção do cargo⁴⁸, foram fatores que desprestigiaram os efeitos dissuasórios esperados para que a legislação alcançasse seus objetivos.

Anos mais tarde, o Ato Institucional n.º 1, de 9 de abril de 1964, rompeu com o regime constitucional então vigente, dando início à ditadura militar. Por meio dele, foram suspensas as garantias da vitaliciedade e da estabilidade dos ocupantes de cargos ou empregos públicos, autorizando seu desligamento ou transferência após apuração sumária, quando houvesse indícios, dentre outros, da prática de atos contrários à probidade da administração pública, sem prejuízo da incidência de sanções de natureza penal.

Com a vigência da Constituição de 1967, foram recepcionadas as Leis Federais n.º 3.164/1957 e 3.502/1958, mantendo-se as regras do sistema constitucional anterior, autorizando o perdimento de bens nas hipóteses de enriquecimento ilícito no exercício da função pública.

⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967: com emenda n. 01 de 1969. (arts. 153, § 2.º-159)*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1974. *Apud* ROSSETO. Patrícia Carraro. O combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira. In: PRADO, Regis Prado; DOTTE, René Ariel. *Doutrinas essenciais: direito penal econômico e de empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 04, p. 915-980. p. 14.

⁴⁷ FAZZIO JUNIOR, Waldo; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 29.

⁴⁸ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 274.

No ano seguinte, foi editado o Ato Institucional n.º 5 que, dentre outras medidas de exceção, em seu artigo 8º, assegurava a possibilidade de o Presidente da República, após investigação, deflagrada de forma unilateral e sem a garantia do devido processo legal⁴⁹, decretar o confisco de bens de agentes públicos que tivessem enriquecido ilicitamente, em razão do exercício de cargo ou função pública, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. O parágrafo único do artigo 8º do aludido Ato Institucional previa que o ônus da prova da legitimidade da aquisição dos bens incumbia exclusivamente ao agente público. Tratava-se de procedimento administrativo de aplicação de sanção, excluída a apreciação dos atos e decisões pelo Poder Judiciário.⁵⁰

Quanto ao enriquecimento ilícito, a disposição legal do ato institucional foi regulamentada pelo Decreto-lei n.º 359, de 17 de dezembro de 1968, o qual dispunha sobre a criação da Comissão Geral de Investigações, competente para promover investigações sumárias para o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido ilicitamente no exercício de cargo ou função pública. As atribuições do órgão se estendiam a quaisquer dos entes federativos, seja da administração direta ou indireta. Chama a atenção o artigo 6º do citado Decreto-lei, que definiu o enriquecimento ilícito como ato de aquisição de bens, dinheiro ou valores sem que o agente público dispusesse de idoneidade financeira para fazê-lo, à vista da declaração de rendimentos apresentada para fins de pagamento do imposto de renda.

Wallace Paiva Martins Júnior chama atenção da perplexidade jurídica causada pelo procedimento de confisco estabelecido pelo Decreto-lei n.º 359. Em sua visão, o ato legal não definia propriamente um confisco de bens dos infratores, à medida que se tratava de uma decisão de cunho cautelar, passível de ser cassada nas hipóteses de comprovação da idoneidade financeira do sujeito. Por outro lado, a constrição tinha como efeito a expromissão do bem, com sua transferência ao domínio público⁵¹.

Outro ponto digno de nota diz respeito à inovação quanto ao preenchimento dos pressupostos da responsabilidade pelo ato de enriquecimento ilícito. Wallace Paiva Martins Júnior lembra que, na vigência das Leis Federais n.º 3.164/1957 e n.º 3.502/1958, exigia-se a comprovação de uma ação ou omissão do agente público para a configuração do ato ilícito. O Decreto-lei n.º 359/1968, por seu

⁴⁹ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 187.

⁵⁰ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 179.

⁵¹ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 188.

turno, passou a incluir a evolução patrimonial desproporcional do agente público com elemento normativo capaz de deflagrar a aplicação das sanções de confisco e ressarcimento de danos à Administração. Portanto, bastaria que um cotejo das informações patrimoniais prestadas pelo agente público. Caso ficasse caracterizada a impossibilidade econômica para a aquisição dos bens, valores ou dinheiros, considerar-se-ia o enriquecimento ilícito⁵², circunstância confirmada com a disposição trazida pelo artigo 7º da referida lei, que invertia o ônus da desclassificação da imputação ao agente público.

O ato complementar n.º 42, de 27 de janeiro de 1969, regulamentou o confisco e definiu o enriquecimento ilícito. Por meio dele, passou-se a ampliar o rol dos sujeitos passivos do confisco de bens, abrangendo a pessoa natural ou jurídica que mantivesse relações de qualquer natureza com a Administração Pública Direta e Indireta, de quaisquer dos entes federativos, incluídas as empresas estatais, as fundações instituídas pelos poderes públicos, as associações ou entidades beneficiadas com auxílios ou contribuições estabelecidos em lei, permissionárias ou concessionárias de serviços públicos, que tenham se enriquecido ilicitamente.

Tal previsão representava o recrudescimento ideológico do Governo Militar⁵³, passando a incluir, no âmbito de incidência dos efeitos da repressão ao enriquecimento ilícito processado no bojo da própria esfera administrativa, pessoas alheias à Administração Pública, mas que manipulavam dinheiro público. Tais pessoas passaram a ser passíveis de terem seus bens submetidos ao confisco ou obrigadas a ressarcir danos causados à Administração Pública⁵⁴.

Noticiaram-se divergências quanto à constitucionalidade da decretação do confisco, sobretudo em âmbito administrativo, por falta de amparo legal na Constituição de 1967. Para superar tal discussão, foi editado o Ato Institucional

⁵² MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 188.

⁵³ O Governo Militar Ditatorial foi instalado para, dentre outros objetivos, eliminar a corrupção, equiparada à subversão comunista, tidos como os principais males que poderiam afligir o País. A história mostra, por outro lado, que as medidas adotadas para se alcançar a meta acabaram desrespeitando uma série de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, servindo como instrumento de perseguição a agentes públicos que se colocavam contra o programa de governo, inclusive por razões legítimas, mediante utilizações sumárias dos recursos de demissão, cassação, censura, prisões arbitrárias e cerceamentos dos mais diversos seriam a tônica do novo regime, sem prejuízo da aplicação indistinta confisco total de bens, independentemente da origem dos bens. Nesse sentido, confira-se: KNACK, Diego. *Um tribunal de exceção na ditadura: as investigações do sistema CGI e o combate à corrupção (1968-1978)*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro. Programa de Pós-Graduação em História Social, Instituto de História. Rio de Janeiro. Orientador: Carlos Fico, 2019.

⁵⁴ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 189.

n.º 14, de 05 de setembro 1969, que alterou o artigo 150, parágrafo 11, da Magna Carta. Naquela ocasião, o texto constitucional passou a admitir a possibilidade de regulamentação legal do confisco e do perdimento de bens por danos causados ao Erário ou diante de casos de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta⁵⁵. No entanto, o confisco foi revogado pela Emenda Constitucional n.º 11, de 13 de outubro de 1978, mediante alteração da redação do artigo 153, parágrafo 11, da Constituição de 1967.⁵⁶

2.2. Breve Análise do projeto de lei que se transformou na Lei Federal n.º 8.429/1992

O movimento de democratização deflagrado nos anos oitenta no Brasil culminaria na promulgação da Constituição da República de 1988, instituindo um Estado Democrático de Direito no Brasil. A Carta Cidadã, fruto de ampla participação de vários segmentos sociais na formulação das políticas e garantias ora estabelecidas, reservou um espaço inédito para o tratamento dos males causados pela corrupção no artigo 37 parágrafo 4º, enunciando, expressamente, as sanções a serem aplicadas diante da prática de atos qualificados como improbidade administrativa, nos termos da lei.

Coube, portanto, à legislação infraconstitucional Federal dar eficácia e definir o alcance desejado para a implementação da política pública enunciada pela Constituição da República.

Apesar do vanguardismo e da atenção dispensada ao tema pela Constituição da República, o anteprojeto de lei destinado a regulamentar a disposição constitucional de iniciativa do Poder Executivo e proposto pelo então Ministro da Justiça do Governo de Fernando Collor de Mello, Jarbas Passarinho, encaminhado em 1991 ao Congresso Nacional, pouco inovava em relação às medidas destinadas à repressão e à prevenção aos atos de improbidade administrativa. Como observa Wallace Paiva Martins Júnior, o projeto de lei n.º 1.446/91 encaminhado à

⁵⁵ MORAES, Alexandre de. Combate à corrupção: breves comentários à lei de improbidade administrativa. In: ZILVETTI, Fernando Aurélio; LOPES, Silvia. *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 152.

⁵⁶ Deve-se ter em mente que a perda de bens e valores é sanção aplicada ao sujeito da conduta que encontra limite no valor do dano causado por seu ato, na esteira do previsto nos artigos 43, inciso II e 45 parágrafo 3º do Código Penal. Por outro lado, o confisco é efeito da condenação penal, previsto no artigo 91, inciso II do Código Penal, que atinge os instrumentos e o produto do crime.

Câmara dos Deputados constituía uma “versão remodelada da Lei Bilac Pinto, limitando a improbidade administrativa ao enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego público, adaptada às sanções oriundas do artigo 37, parágrafo 4º da Constituição Federal”.⁵⁷

Anote-se que na Câmara dos Deputados houve divergências entre os pareceres da Comissão de Constituição e Justiça e da Comissão Temática de Trabalho, de Administração e Serviços acerca dos aspectos de mérito que recaíam sobre emendas aditivas que criavam o parágrafo 2º ao artigo 2º. Tal dispositivo previa, nas ações penais e civis fundadas no inciso IX do mesmo artigo 2º (que capitulava como ato de improbidade a aquisição de bens ou valores cujo valor fosse desproporcional à evolução patrimonial ou renda do agente público durante o exercício da função), a inversão do ônus da prova da imputação ao agente público ou seus sucessores, a quem competia demonstrar a origem lícita dos recursos financeiros utilizados para a aquisição dos bens e valores subjacentes.⁵⁸

O Relator Deputado Carlos Alberto Campista consignou no Parecer da Comissão Temática de Trabalho, de Administração e Serviços que a previsão do parágrafo 2º do artigo 2º do projeto de lei era inoportuna e autoritária, contrariando o disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República, porque “não se admite, como norma de país civilizado, dispositivo de lei que implique presunção de culpa.”⁵⁹

Aprovado na Câmara dos Deputados, o projeto de lei seguiu para revisão no Senado Federal em outubro de 1991, recebendo a relatoria do Senador Pedro Simon. Com opinião próxima àquela emitida pelo Deputado Federal Carlos Alberto Campista, Pedro Simon entendeu que o projeto de lei encaminhado pelo Poder Executivo era uma compilação da legislação então existente, limitando a

⁵⁷ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 192.

⁵⁸ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n.º 1.446, de 16 de agosto de 1991. Estabelece o procedimento para suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, emprego ou função da administração pública direta, indireta ou fundacional e da outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=192235>. Acesso em: 20 mar. 2020.

⁵⁹ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n.º 1.446, de 16 de agosto de 1991. Estabelece o procedimento para suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, emprego ou função da administração pública direta, indireta ou fundacional e da outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=192235>. Acesso em: 20 mar. 2020.

improbidade administrativa a atos relativos ao enriquecimento ilícito. Ofereceu substitutivo ao projeto apresentado pela Câmara dos Deputados, qualificando como improbidade administrativa, ao lado das hipóteses de enriquecimento ilícito, atos que causassem prejuízo ao Erário e que atentassem contra princípios da Administração Pública. Ampliou o alcance subjetivo da lei aos beneficiários ou partícipes do ato e as penalidades para além daquelas expressamente previstas no artigo 37, parágrafo 4º da Constituição Federal, prevendo como sanção por improbidade administrativa a proibição de contratar com o poder público e o recebimento de benefícios fiscais e creditícios.⁶⁰

O substitutivo do Senado Federal ao projeto de lei da Câmara dos Deputados tratou das hipóteses de enriquecimento no artigo 12, prevendo, no inciso VII, que a aquisição, no exercício do cargo, emprego, mandato ou função, ou em até dez anos após o seu término, de bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional a evolução do patrimônio ou da renda do agente público seria considerado ato de improbidade administrativa. Dispôs, também, no parágrafo único do mesmo dispositivo, que o recebimento de presentes ou donativos aos servidores públicos seria incorporado automaticamente ao patrimônio da pessoa jurídica cujo cargo ou emprego pertencesse, cabendo ao servidor comunicar o recebimento da dádiva em até quarenta horas, sob pena de ficar caracterizada a improbidade administrativa por enriquecimento ilícito.⁶¹

Diferentemente da redação do projeto de lei encaminhado pela Câmara dos Deputados, o substitutivo do Senado Federal excluiu a previsão de inversão do ônus da prova ao servidor acusado para que demonstrasse a compatibilidade da evolução patrimonial de seus bens particulares nos casos de acusação de enriquecimento ilícito⁶².

⁶⁰ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 194.

⁶¹ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n.º 1.446, de 16 de agosto de 1991. Estabelece o procedimento para suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, emprego ou função da administração pública direta, indireta ou fundacional e da outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=192235>. Acesso em: 20 mar. 2020.

⁶² BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n.º 1.446, de 16 de agosto de 1991. Estabelece o procedimento para suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, emprego ou função da administração pública direta, indireta ou fundacional e da outras providências. Disponível em:

O substitutivo proposto pela Câmara Alta foi submetido às Comissões de Trabalho, de Administração e Serviço Público da Câmara dos Deputados, que opinou pela aprovação, com destaques. Da mesma forma, a Comissão de Constituição e Justiça opinou pela constitucionalidade da proposta enviada pelo Senado Federal e, no mérito, pela aprovação, com destaques. Dentre diversos destaques apreciados em votação única realizada no dia 05/05/1992 no Plenário da Câmara dos Deputados, foi rejeitada a expressão “ou até dez anos após o respectivo término” contida no artigo 12, inciso VII do substitutivo do Senado Federal, bem como o respectivo parágrafo único.⁶³ Mais tarde, em 14/05/1992, a proposta seguiu para sanção presidencial, convertendo-se na Lei Federal n.º 8.429/1992.

Note-se que a rejeição dos dispositivos do substitutivo da proposta enviada ao Senado Federal ensejou discussão acerca da constitucionalidade formal da Lei Federal n.º 8.429/1992, por meio da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 2.182-6/DF, ajuizada no Supremo Tribunal Federal pelo Partido Trabalhista Nacional.

Segundo os autores, o projeto de lei foi encaminhado à Câmara dos Deputados pelo Poder Executivo, onde foi aprovado com emendas. Argumentou-se que, no Senado Federal, o projeto de lei teria sido totalmente modificado por meio de substitutivo. Ao voltar para a Câmara dos Deputados, a propositura teria sido mais uma vez modificada. Porém, em vez de ser arquivada ou voltar para apreciação do Senado Federal, a quem caberia exercer novamente competência revisora, o projeto foi encaminhado à sanção presidencial.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, julgou improcedente a ação por considerar que o caminho percorrido pela lei no Congresso Nacional ocorreu sem vícios legislativos e que uma segunda remessa do texto para revisão do Senado Federal poderia desaguar num processo legislativo infinito, argumento a que se filia, inclusive porque foi preenchida a regra da bicameralidade com

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=192235>. Acesso em: 20 mar. 2020.

⁶³ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n.º 1.446, de 16 de agosto de 1991. Estabelece o procedimento para suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, emprego ou função da administração pública direta, indireta ou fundacional e da outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=192235>. Acesso em: 20 mar. 2020.

a votação do substitutivo pela outra Casa Legislativa e que, dentro de sua autonomia constitucional, poderia rejeitá-lo e arquivá-lo se assim se pronunciasse a maioria.

A Corte Suprema considerou, ainda, que o substitutivo aprovado no Senado, atuando como Casa revisora, não caracterizou novo projeto de lei, sem profundas alterações no conteúdo da proposta, a exigir uma segunda revisão, restando atendida a regra da bicameralidade⁶⁴.

2.3. O Sistema Constitucional de Responsabilização por ato de improbidade administrativa

Nesse panorama, percebemos que a Lei Federal n.º 8.429/92 foi fruto da tentativa de evolução do combate à corrupção presente no Brasil desde períodos imemoriais. Suas disposições transbordaram os mecanismos usuais e até então ineficazes existentes para o recrudescimento do enriquecimento ilícito, pelo uso da coisa pública em benefício pessoal ou em favor de terceiros, desdobrando-se em aspectos que buscam o sancionamento do administrador público por atos de má gestão e ineficiência na administração pública.

Em uma primeira impressão, parece que a tarefa ambiciosa levada a cabo pela Lei Federal n.º 8.429/92 não foi submetida a grandes estudos ou debates em nível Legislativo ou Executivo. Grande parte do texto vigente foi germinada no substitutivo oferecido pelo Senado Federal, depois de um genérico tratamento da matéria no projeto de lei originário encaminhado pelo Poder Executivo, como na sua avaliação pela Câmara dos Deputados.

As lacunas decorrentes de uma proposição legislativa audaciosa somada à técnica legislativa empregada, que associa conteúdo indeterminado em seus enunciados linguísticos, demanda uma sistematização jurídica com o propósito de conferir maior segurança no juízo interpretativo de sua aplicação.

Inicialmente, entende-se indispensável contextualizar a Lei Federal n.º 8.429/92 no bojo de um sistema de responsabilidade autônomo, cuja fonte normativa é decomposta do artigo 37, parágrafo 4º da Constituição da República.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. Adi nº 2182. *Supremo Tribunal Federal*, Brasília, 12 mai. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpweb/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614087>. Acesso em: 06. Mai. 2020.

José Roberto Pimenta Oliveira leciona que a responsabilidade é o valor intrínseco ao Estado Constitucional, verdadeira característica da República, que se impõe na Constituição como forma de governo⁶⁵. A República é forma de governo em que os exercentes das funções executivas e legislativas, ao representarem o povo, decidem em seu nome, à luz do princípio da responsabilidade, da eletividade e da temporariedade⁶⁶.

A Constituição da República é um organismo vivo, responsável pela enunciação de uma tábua de valores éticos, sociais e políticos que presidem o Estado, a partir de determinado tempo, prescrevendo direitos e garantias fundamentais aos cidadãos para que estes busquem a implementação de seu projeto de vida. Para tanto, os cidadãos devem ser assistidos pelo Estado por meio de prestações positivas e negativas, que passam a ser estabelecidas como causas remotas das funções públicas. Vale dizer: o exercício de uma competência estatal apenas se legitima quando busque o atingimento da finalidade que o precede⁶⁷. Afastando-se de tal objetivo, a conduta do agente responsável pela materialização da competência deve ser corrigida.

Sendo o Estado uma instituição jurídica e política que concentra o poder de uma sociedade organizada, Celso Antônio Bandeira de Mello considera que seu exercício deve ser limitado, instrumental, “na medida estrita em que é requerido como via necessária e indispensável para tornar possível o cumprimento do dever de atingir a finalidade legal”.⁶⁸

Diogo de Figueiredo Moreira Neto ensina que há duas acepções de poder, enquanto fenômeno sociopsicológico fundamental aplicado ao Estado. A primeira é a acepção orgânica, pela qual o Estado é uma estrutura central de imputação de poder. A segunda diz respeito a um sentido funcional, que compreende o modo de seu exercício. Dentro da ideia de estrutura estão incluídas as noções de órgãos e de uma função a ele atribuída.⁶⁹

⁶⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 72.

⁶⁶ BULOS, Uadi Lammego. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 51.

⁶⁷ Nesse sentido, a afirmação de Celso Antônio Bandeira de Mello para quem “a função pública, no Estado de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 27.

⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 40.

⁶⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 20.

O professor fluminense rememora que Otto Gierke foi responsável pela clássica distinção entre órgãos e representação, indicando que o órgão que compõe o Estado é apresentado por um agente público, atuando ambos em nome próprio e não através do instituto da representação, onde o agente público deixaria de ser parte do mesmo corpo estatal. Lembra, por fim, que a noção de órgão é indissociável à noção de função, pela qual se forma, realiza e contesta o direito, sendo modo de ação material do Estado.⁷⁰

Sob a perspectiva funcional percebe-se que a intervenção dos agentes públicos é fundamental para que o Estado alcance sua finalidade. Agentes públicos são aqueles que exprimem manifestação de vontade estatal, desempenhando atividade desta natureza e devidamente investidos para tanto. Nesta sintética definição da lavra de Celso Antônio Bandeira de Mello⁷¹ verifica-se a existência de um elemento objetivo, sempre obrigatório nas relações jurídicas travadas pelo Estado, e de um elemento subjetivo relativo ao modo de vinculação deste agente à estrutura do Estado.

O elemento objetivo diz respeito à capacidade do agente exprimir manifestação estatal, na medida que as pessoas jurídicas não possuem vontade própria. Como já antecipamos, prevalece na doutrina a teoria do órgão ou da imputação, de autoria de Otto Gierke, para quem a vontade do agente é considerada como se fosse da pessoa jurídica a que aquele pertence, sendo então imputada ao Estado⁷².

Com efeito, o agente público, ao atuar a partir das competências materiais atribuídas por lei a determinado órgão público, age encarnando o próprio Estado o que lhe atrai deveres e obrigações inerentes ao regime jurídico típico de direito público, adstrito à finalidade que anima a estrutura estatal. Conforme leciona Caio Tácito, “o administrador não gere interesses próprios ou particulares”,

⁷⁰ MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 21.

⁷¹ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo* São Paulo: Atlas, 2004. p. 233.

⁷² Registra-se, ao menos, outras duas teorias que buscaram examinar a relação jurídica subjacente à manifestação de vontade da pessoa jurídica de direito público. A teoria do mandato parte do pressuposto que a Administração Pública celebra com o agente um contrato de mandato autorizando-o a representá-la perante terceiros. Foi veementemente criticada pela doutrina pelo fato de que, se o Estado não pode, sozinho, manifestar vontade, teria como manifestar vontade para a celebração do negócio jurídico consubstanciado no mandato. Partindo da premissa de que as pessoas jurídicas não podem manifestar vontade, surge a teoria da representação, a qual entende que o agente representa o Estado em suas relações jurídicas. Todavia, sob a acepção estrita, a representação é instituto utilizado para que terceiros supram vontade de incapazes, qualidade esta que certamente não pode ser imputada ao Estado. Confira-se: DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 505.

titularizando apenas “atribuições que lhe permitem cuidar de interesses coletivos e a sua conduta é determinada por antecedentes objetivos que a inspiram e condicionam”⁷³.

Waldo Fazzio Junior, Marino Pazzaglini Filho e Márcio Fernando Elias Rosa lembram que o Estado de Direito é erigido a partir da legalidade, como medida para o exercício do poder, limitando-o para proteção dos direitos subjetivos dos cidadãos.⁷⁴

A complexidade das relações sociais atuais faz, porém, com que o princípio da legalidade, amparado no dogma da legalidade estrita, onde administrar o interesse público é apenas aplicar a lei de ofício, deixe de oferecer as soluções completas e totais para os conflitos dali advindos. É necessário conferir mecanismos que ofereçam maior mobilidade ao ordenamento jurídico, permitindo a célere adequação do padrão normativo aos valores subjacentes ao objeto jurídico no momento de sua interpretação.⁷⁵

A partir do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo⁷⁶, a Constituição, não apenas passou a ocupar o vértice do sistema jurídico, como incorporou uma tábua de valores suficientes para que se tutele o interesse da sociedade dinâmica e diversificada, com sobreposição e protagonismo do indivíduo enquanto sujeito de direitos e garantias individuais e coletivas.

A concretização de tais direitos, coloridos, por vezes, por princípios constitucionais antagônicos, faz com que os atos administrativos extraídos simplesmente na competência haurida diretamente da lei, sejam insuficientes para a tutela jurídica almejada.

Some-se a isso que a gestão pública abarca conhecimentos especializados, multidisciplinares, intrincados, que demandam certa fluidez em seu

⁷³ TÁCITO, Caio. Teoria e prática do desvio de poder. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 117, p. 1-18, nov. 1974. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/40110>>. Acesso em: 07 Jun. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v117.1974.40110>.

⁷⁴ FAZZIO JUNIOR, Waldo; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 47.

⁷⁵ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 375.

⁷⁶ O pós-positivismo é um movimento jurisfilosófico empregado a partir da década de 90 erigido a partir dos escritos de Robert Alexy e Ronald Dworking por meio do qual a normatividade dos princípios, a centralidade da argumentação jurídica em detrimento ao silogismo e a conexão entre o direito e a moral são sobrevalorizados, posicionando-se de modo intermediário entre as correntes positivistas e jusnaturalistas. (NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. JusPodivm: Salvador, 2015. p. 61).

tratamento jurídico abstrato e precedente. Com efeito, considerando a disseminação e acolhimento pelos instrumentos jurídicos dos conceitos indeterminados e vagos, optando-se pela solução concreta posterior, a discricionariedade passou a ser necessária para que a administração possa alcançar a sua finalidade, diante da impossibilidade absoluta da lei prever objetivamente o modo de satisfação do interesse público.⁷⁷

No Brasil, o próprio poder constituinte originário erigiu a responsabilidade pela probidade administrativa como bem jurídico relevante a ser tutelado pelo sistema jurídico⁷⁸, em uma iniciativa mais incisiva do que nas Constituições e legislações anteriores⁷⁹. Some-se a isso as convenções internacionais destinadas ao combate e à prevenção da corrupção, como também constitucionalização do valor da moralidade, cuja força normativa impele diretriz ao propósito de criação de um sistema específico para a repressão aos atos praticados com desvios de poder e abuso de poder.

Segundo aponta Marcio Cammarosano, o princípio da moralidade administrativa foi desenvolvido por Maurice Hauriou para justificar a construção, pelo Conselho de Estado de Estado Francês⁸⁰ da noção do desvio de finalidade, permitindo controlar os atos administrativos expedidos no exercício de competência discricionária⁸¹.

⁷⁷ COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Justitia*, São Paulo, v. 51, n. 145, p. 34-54, jan./mar. 1989. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25672>>. Acesso em: 3 nov. 2009.

⁷⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 147.

⁷⁹ FAZZIO JUNIOR, Waldo; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 34.

⁸⁰ Conforme leciona Caio Tácito, a primeira decisão do Conselho de Estado Francês onde o princípio da moralidade ganhou destaque foi no caso *Lesbats*, proferida em 25 de fevereiro de 1864. No referido precedente se anulou o ato do Prefeito de Fontainebleau que negara autorização ao recorrente para o ingresso de suas viaturas no pátio da estação de estrada de ferro a fim de servir aos passageiros que desembarcavam com fundamento no poder de polícia. O Tribunal reconheceu que o objetivo do ato administrativo não era o atendimento satisfatório dos usuários, pressuposto que deveria ser o fim daquela competência discricionária, mas garantir a outro transportador, já autorizado, o monopólio do serviço. Nesse sentido confira-se: TÁCITO, Caio. Teoria e prática do desvio de poder. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 117, p. 1-18, nov. 1974. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/40110>>. Acesso em: 07 Jun. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v117.1974.40110>.

⁸¹ CAMMAROSANO, Márcio. Princípio constitucional da moralidade administrativa, O. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/65/edicao-1/principio-constitucional-da-moralidade-administrativa,-o>. Acesso em 07. Jun. 2020.

Não parece tecnicamente correto assimilar, porém, a improbidade administrativa ao mero controle da moralidade, como se fossem categorias sobrepostas. Nessa esteira, Edilson Pereira Nobre Júnior leciona que não haveria sentido equiparar ambas as categorias jurídicas, tendo a Constituição reservado a improbidade administrativa um conteúdo especial, uma vez que a ofensa exclusiva à moralidade administrativa já acarretaria as consequências previstas na Lei Federal n.º 4.717/65, enquanto que naquela, teria reservado à lei um programa normativo específico dotado de sanções peculiaridades e condizentes com a gravidade decorrente do ato indesejado⁸².

Conforme leciona José Roberto Pimenta Oliveira, a efetividade das normas fundamentais impõe a previsão e a regulamentação de sistemas institucionais, a fim de preservar os bens jurídicos neles compreendidos.⁸³ No caso da improbidade administrativa, afirma consistir “um sistema jurídico de responsabilidade com precisa identidade e inserção no ordenamento constitucional em vigor”⁸⁴.

De acordo com David Dantas, o Direito é um sistema autopoietico, autorreferencial, onde os respectivos elementos, por meio de um processo de comunicação, através da linguagem, são produzidos e reproduzidos pelo próprio sistema graças a uma sequência contínua, ininterrupta, de interação circular e fechada, desenvolvendo-se a partir de sua própria evolução, sem prejuízo de ser cognitivamente aberto, isto é, poroso a outros subsistemas externos, dentre os quais se inserem aqueles de ordem moral e cultural de determinado tempo e espaço⁸⁵.

Para promover a responsabilidade dos agentes públicos, a ordem legal estabelece estruturas sistemáticas pelas quais se autoriza o Estado exercer parcelas de sua potestade punitiva legítima. Tal sistema é regido por um conjunto de princípios e normas, coerentes e axiologicamente concatenados, em vista da proteção de

⁸² NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Improbidade administrativa: alguns aspectos controvertidos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 61-92, jan. 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45126/45037>>. Acesso em: 03 Ago. 2020.

⁸³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 72.

⁸⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 147.

⁸⁵ DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no Pós – Positivismo – Teoria e Casos Práticos*. São Paulo: Madras, 2004. p.143.

determinados bens jurídicos fundamentais.⁸⁶ José Roberto Pimenta Oliveira define o sistema de responsabilidade como:

“o conjunto de normas jurídicas que delineiam, com coerência lógica, a existência de um sistema impositivo de determinadas consequências jurídicas contra o sujeito infrator ou terceiros, levando-se em conta a prévia tipificação do ato infracional e das sanções imputáveis, o processo estatal de produção, e os bens jurídicos ou valores constitucionalmente protegidos com sua institucionalização normativa.”⁸⁷

Como sistema, as normas devem ser dotadas de unidade e coerência, em vista da finalidade normativa, sujeitando-se à prévia conformação de suas estruturas as diretrizes correlacionadas na Constituição da República e em eventuais regras transnacionais aplicáveis. Na definição do autor, percebe-se que a responsabilização é erigida a partir de quatro elementos centrais: “configuração do ilícito, delimitação das consequências jurídicas, bens jurídicos protegidos e processo estatal impositivo”.⁸⁸

É necessário dar outro enfoque ao tema da classificação das tradicionais esferas de responsabilidades, concentradas pela doutrina tradicional no bojo das esferas cíveis, penais ou administrativas⁸⁹.

José Roberto Pimenta Oliveira, clamando pela urgente redefinição do tema, em sua Tese de Doutorado leciona que tais esferas devem ser classificadas a partir da competência punitiva haurida diretamente da Constituição da República, enquanto norma jurídica responsável pela definição e distribuição dos poderes e atribuições do Estado. Afirma que em cada faceta de atribuição punitiva conferida pelo Constituinte ao Estado criam-se microssistemas relativamente autônomos, haja vista as diferentes interações criadas entre o bem jurídico tutelado, do ilícito e sua respectiva sanção, bem como o procedimento, o que cria um regime jurídico próprio⁹⁰. Deve haver grande preocupação em compreendê-los para a correta apreensão

⁸⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 74.

⁸⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 82.

⁸⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 82.

⁸⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 472.

⁹⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 78.

da categoria jurídico-dogmática definidora da instância de responsabilização a que estão inseridos, sob pena do intérprete, imerso na plêiade de diferentes normas de cunho sancionador decorrentes de um mesmo fato, transpor as barreiras do devido processo legal em juízos que violem a proporcionalidade e a própria legalidade, impondo penas sobrepostas ao acusado.

Levando em conta os quatro critérios necessários para a definição de um sistema diagnosticados por José Roberto Pimenta Oliveira, não se torna mais possível acolher a classificação tricotômica tradicional consubstanciada na responsabilidade penal, civil e administrativa, nesta abrangida a político administrativa. Nessa perspectiva, o autor enumera nove esferas de responsabilidade distintas, a partir da competência traçada nos respectivos artigos da Constituição da República. São elas: (i) a responsabilidade por ilícito civil (art. 37, §6º); (ii) a responsabilidade por ilícito penal comum (art. 22,I); (iii) a responsabilidade por ilícito eleitoral; (art. 14 e 22, I); (iv) a responsabilidade por irregularidade de contas (art. 71, VIII); (v) a responsabilidade por ato de improbidade administrativa (art. 37, §4º); (vi) a responsabilidade político constitucional (artigos 29-A, §§2º e 3º; 50; 52, I, II; 85; 96, III; 102, I, “c”; 105, I, “a” e 108, I, “a”; (vii) a responsabilidade político legislativa na decretação da perda de mandato parlamentar (art. 55); (viii) a responsabilidade administrativa incidente sobre os contratados para atender a necessidade excepcional de interesse público (art. 37, IX) e sobre ocupantes de empregos governamentais em pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta (art. 173, §1º, II); (ix) a responsabilidade dos agentes públicos, não autônoma, derivada da responsabilidade pela prática de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), tipificada sob o rótulo de abuso de autoridade (art. 103-B)⁹¹

No âmbito do direito sancionador, a configuração do ilícito tem como causa imediata o reconhecimento pela ordem jurídica da necessidade de proteger determinados bens jurídicos, observando-se uma escala de importância, a partir da preferência dada pela lei para salvaguarda de determinados objetivos.

Nesse contexto, o artigo 37 parágrafo 4º da Constituição Federal passa a ser a fonte normativa da legislação infraconstitucional responsável pela definição dos contornos da improbidade administrativa. A Lei Federal n.º 8.429/92, em

⁹¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 86.

função regulamentadora, cria um sistema concebido para a responsabilização pessoal da violação do dever de probidade, em um recorte do princípio da moralidade, tendo caráter sancionador e reparatório.

A probidade administrativa, além de ser considerada bem jurídico, fundamentando e limitando o exercício da responsabilidade e a aplicação de sanções pelo Estado, também é elevada à categoria de princípio.

Enquanto princípio, a probidade administrativa representa a exasperação da preocupação com a ética na Administração Pública, com o combate à corrupção e à impunidade naquele âmbito, permeando-se de valores como a boa-fé, a moralidade, a razoabilidade e a economicidade.⁹² Para Waldo Fazzio Júnior a probidade administrativa é compreendida “como um “dever-ser” administrativo resultante da conjunção coordenada dos princípios constitucionais da Administração Pública”⁹³. Segundo o autor, a interação desses princípios produzirá a estrutura deontológica, jurídica e axiológica que preencherá e sustentará a probidade administrativa.

Por outro lado, José Roberto Pimenta Oliveira limita o alcance normativo do princípio da probidade administrativa enquanto demonstração de integridade de caráter, honradez e retidão pelo agente público no exercício da função pública, vendando que a utilize sua para obtenção de qualquer tipo de vantagem, para si ou para outrem.⁹⁴

Nesse sentido, acolhe-se o recorte específico da probidade administrativa, equivalente à demonstração da integridade, da retidão, do caráter, que permite avaliar se o agente público desempenha a sua função com a honestidade desinteressada, lealdade e imparcialidade para a prática de atos públicos⁹⁵, como vetor axiológico do sistema jurídico destinado a preservar a finalidade do exercício da função pública ao fundamento que a legitima⁹⁶. Nessa condição, impõem-se uma série de limitações (prisma negativo) e injunções (prisma positivo) às condutas dos agentes

⁹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 817.

⁹³ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 134.

⁹⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 172.

⁹⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 172.

⁹⁶ Como afirmado anteriormente, a partir das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, “a função pública, no Estado de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público(...)” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 27.

públicos, como metanorma de regência dos atos desses sujeitos, permeando toda a atuação estatal.⁹⁷

A busca da proteção de tais valores pela ordem jurídica nacional faz com que o bem jurídico seja um núcleo de atração de uma variada categoria de regras existentes sobre o tema, desde aquelas de caráter transnacional àquelas infralegais, que deverão ser aplicadas de forma harmônica e coerente com a premissa sistêmica do Direito.

Com efeito, obedecido o rito de incorporação do compromisso internacional pelo Estado Brasileiro, a legislação destinada ao combate e à prevenção da corrupção passa a ser fonte de direitos e obrigações, inclusive em âmbito interno. Em razão de sua natureza jurídica, ainda que se valha de disposições programáticas ou de princípios institutivos, as diretrizes consubstanciadas nas convenções internacionais que o Brasil tenha incorporado devem ser consideradas pelo intérprete no contexto da aplicação das regras da Lei Federal n.º 8.429/92.

Enquanto bem jurídico, a probidade administrativa também funciona como balizador ou calibrador axiológico da atividade punitiva, normativa e individualizadora⁹⁸, fazendo-se presente no processo de apuração de condutas e definição da sanção.

Referida disposição constitucional, ao instar a legislação infraconstitucional a regulamentar a matéria, passa a ter a natureza de regra jurídica sancionatória, seja imputando a base de responsabilidade dos agentes públicos e de terceiros, introduzindo limitações materiais, positivas e negativas, seja interferindo e guiando o exercício de funções públicas, ou mesmo delimitando o campo material do ilícito⁹⁹.

Nota-se, todavia, que o emprego linguístico do texto constitucional aludido demonstra que a intenção do Poder Constituinte Originário foi se valer de um conceito jurídico indeterminado para tutelar o bem jurídico em voga. Segundo José Roberto Pimenta Oliveira, a indeterminação constitucional, nesse caso, cumpre uma dupla função. De um lado, exorta o legislador ordinário a regulamentá-la,

⁹⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 245.

⁹⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 247.

⁹⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 149.

valendo-se como instrumento de realização do desiderato constitucional e, por outro lado, representa um “reforço de garantia dos próprios acusados, já que impõe ao processo de concretização da norma um vigoroso dever de fundamentação na tipificação do ilícito como conduta ímproba”.¹⁰⁰

Fábio Medina Osório constata que a tipificação da improbidade administrativa perpassa pela interpretação de signos dotados de vagueza semântica¹⁰¹, o que não elide o trabalho do intérprete em empregar a metodologia jurídica interpretativa para preencher os conceitos fluídos impregnados na norma, em processo de justificação formal e material da imputação ao acusado, sobretudo com a utilização dos postulados da proporcionalidade, racionalidade e segurança jurídica¹⁰².

No processo hermenêutico de subsunção de determinados fatos, questiona-se se a adoção de fórmulas genéricas ou conceitos jurídicos indeterminados, sobretudo no campo de atuação do direito administrativo sancionador, colocam em dúvida a segurança jurídica e o patamar mínimo de previsibilidade que assiste ao acusado, como garantia em face da repressão estatal.

Os modelos não positivistas de Alexy e Dworkin entendem que a argumentação faz parte da própria concepção do Direito, superando a indeterminação ou a vagueza normativa por meio da interpretação, utilizando-se argumentos de princípios. Os princípios passam a ser o veículo da razão prática no direito, já que, dentro do procedimento, é que se desenvolverá a força motriz central da teoria do Direito formulada, que é a argumentação jurídica. Ronald Dworkin destaca que os princípios devem ser encarados da mesma maneira que as regras, atribuindo-lhes a mesma força jurídica. Há uma relação conceitual necessária entre direito e moral, esta responsável por solucionar os problemas advindos das lacunas e contradições do sistema jurídico.¹⁰³

Nesse compasso vale-se da impressão de Waldo Fazzio Júnior, de que a interpretação da Constituição Federal deve observar os critérios da hierarquia e da especialidade para solucionar eventual colisão entre direitos

¹⁰⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 205.

¹⁰¹ OSÓRIO. Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018. p. 223.

¹⁰² OSÓRIO. Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018. p. 221.

¹⁰³ DANTAS. David Diniz. *Interpretação constitucional no Pós – Positivismo – Teoria e Casos Práticos*. São Paulo: Madras, 2004. p. 68.

fundamentais na aplicação das sanções à improbidade. Impõe-se, afora isso, um exercício de ponderação pelo intérprete, capaz de prestigiar direitos fundamentais dos cidadãos, como o direito à administração honesta e eficiente, em seus diferentes graus, além daqueles expressamente previstos no artigo 5º da Constituição para garantia dos acusados em geral. Vale dizer: a interpretação de conflitos gerados entre a proteção dos acusados e a aplicação da Lei Federal n.º 8.429/92 não pode menosprezar a produção normativa que vise ao aprimoramento da proteção jurídica à probidade da atividade administrativa.¹⁰⁴ E conclui de um modo claro e eloquente, ora transcrito a seguir:

A imbricação convergente de princípios constitucionais objetivando a preservação do interesse social e sua impregnação irrestrita por fundamentos éticos é a melhor perspectiva para consideração da Lei de Improbidade Administrativa, como expediente normativo apto a corresponder às expectativas da cidadania e elevar o nível de eficácia dos serviços públicos.¹⁰⁵

Em uma avaliação mais específica dos comandos da Lei Federal n.º 8.429/92, verifica-se que o legislador densificou uma política punitiva proporcional e lógica entre os preceitos revelados entre os artigos 9º ao 11º. Estabeleceu-se um sistema tripartite de condutas afins tipificadas e vinculadas a subcategorias de bens jurídicos derivados da probidade, distintos entre si, correlacionadas a um rol próprio de sanções¹⁰⁶.

Nesse compasso, pode-se afirmar que a Lei Federal n.º 8.429/92 é formada por uma estrutura progressiva de tipificação, cujo bloco normativo se relaciona de forma sistemática e estruturada. O bem jurídico, nesta quadra, desfruta de uma função sistematizadora, pois, a partir da ofensa a certa vertente axiológica subjacente ao bem jurídico fundamental da probidade, será possível dar vazão ao procedimento hermenêutico deflagrador da responsabilidade. José Roberto Pimenta Oliveira indica a existência de uma subcategoria de valores derivados da probidade administrativa, denominando-a como plano prescritor normativo do bem jurídico, pelo

¹⁰⁴ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 10.

¹⁰⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 13.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 240.

qual se permite afirmar que a legislação atribui gravidades diferentes aos atos tipificados entre os artigos 9º a 11º da Lei Federal n.º 8.429/93.¹⁰⁷

Nessa esteira, os atos que causam enriquecimento ilícito, prescritos no artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92, têm como valor jurídico subjacente o respeito à honestidade¹⁰⁸, à honra subjetiva e objetiva da Administração Pública, vedando-se o uso da coisa pública para a obtenção de uma vantagem individual. A honestidade, por sua vez, pode ser subdividida em honestidade funcional, remuneratória¹⁰⁹ e institucional.

A honestidade funcional está vinculada ao compromisso desinteressado do agente público com o exercício de suas funções, vedando que sua atuação se afaste da finalidade e do espírito público que devem animar seus atos. Com efeito, os agentes administrativos, no exercício do seu poder discricionário, têm legitimidade na escolha dos meios para atingir fins permitidos pelo Direito, desde que trilhado o caminho procedimental e material a ser executado para o atingimento da finalidade pública, causa que lhe é justificadora.

A honestidade remuneratória está intimamente vinculada ao objeto deste estudo, emergindo da desproporcionalidade, sem justa causa, entre o patrimônio do agente público e a sua remuneração. Consoante assinalam Emerson Alves e Rogério Garcia, a vedação ao enriquecimento ilícito funda-se no princípio do não locupletamento indevido, o qual reside em uma regra de equidade, estando vedada a uma “pessoa enriquecer à custa do dano, do trabalho ou da simples atividade de outrem, sem o concurso da vontade deste ou o amparo do direito”.¹¹⁰

A honestidade institucional diz respeito à lealdade e a fidelidade do agente público aos propósitos do órgão a que apresenta, evitando colocar-se em situações de moralidade limítrofes, enquadradas como hipóteses de conflito de interesses que possam vir a comprometer o zelo ou a eficiência em prol de uma

¹⁰⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 240.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 241.

¹⁰⁹ A expressão honorabilidade remuneratória foi sugerida por José Roberto Pimenta Oliveira durante a orientação da presente dissertação para alcançar o dever de compatibilidade da acumulação patrimonial do agente público com a contraprestação decorrente do seu trabalho.

¹¹⁰ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 384.

vantagem patrimonial ou que se possa mercantilizar informações privilegiadas. Trata-se de hipótese contextualizadas pela Lei Federal nº 12.813, de 16 de maio de 2013.

Ao seu turno, o artigo 10 da Lei Federal nº 8.429/92 capitula como atos de improbidade administrativa aqueles que causem prejuízo ao Erário. A subcategoria de bem juridicamente tutelado pelo dispositivo diz respeito à integridade material e ao zelo ao Erário. Importa, nesta quadra, avaliar a conduta voluntária e intencional do agente público na administração dos bens públicos sob a perspectiva da economicidade, da eficiência do gasto público, da ponderação entre os custos e os benefícios da despesas em prol do atingimento do interesse público, valores constitucionalizados no artigo 37 e 71 da Constituição da República e que devem servir de suporte hermenêutico para a subsunção das condutas ao tipologia legal.

A propósito, note-se que a própria Lei Federal Complementar nº 157/2016 aderiu ao plano prescriptor normativo entabulado na Lei Federal nº 8.429/92, uma vez que introduziu como ato congênere àquele que causa prejuízo ao Erário – em razão da própria topografia da disposição, enquadrando-a no artigo 10-A – nova modalidade de ato de improbidade administrativa relacionado à Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário.

Quanto ao artigo 11º, verifica-se que a grande inovação da Lei Federal nº 8.429/92 em relação à legislação anterior foi buscar a tutela jurídica da boa administração por meio da proteção da legalidade, da lealdade às instituições, da imparcialidade¹¹¹, dentre outros consectários axiológicos que compõem a probidade administrativa enquanto projeção do artigo 37 parágrafo 4º da Constituição da República.

Apesar dessa composição ontológica e sistemática dos valores jurídicos subjacentes aos tipos legais, Fábio Osório Medina assinala ser natural que uma conduta tipificada em um artigo acabe ofendendo subcategorias de bens jurídicos tutelados por outros dispositivos.¹¹²

Indaga-se: um ato dolosamente praticado por agente público que aumente artificialmente um gasto público visando à obtenção de uma

¹¹¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 241.

¹¹² OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018. p. 223.

vantagem patrimonial poderia ser qualificado dentre as hipóteses que causam enriquecimento ilícito ou prejuízo ao Erário?

José Roberto Pimenta Oliveira afirma que o critério norteador para a tipificação deverá ser o grau de lesividade à subcategoria do bem jurídico tutelado pela conduta. Em suas palavras, “é fundamental perceber que o grau de ofensa ao bem jurídico é o elemento central que informa a correta subsunção de condutas viciadas no sistema da Lei Federal nº 8.429/92.”¹¹³

Nesse compasso, o intérprete deve voltar atenção especial ao processo de subsunção do fato à norma, na medida em que a Lei Federal nº 8.429/92 estabeleceu, no seu artigo 12, uma correlação entre a categoria de atos praticados e a dosimetria da sanção correspondente. Assim, o enquadramento típico equivocado de um ato de improbidade em uma categoria jurídica diversa resultará na aplicação incorreta das consequências estipuladas pela lei, em favor ou não do transgressor.¹¹⁴

Nessa perspectiva, Emerson Alves e Rogério Garcia registram que as condutas constantes do artigo 9º preveem o enriquecimento ilícito do próprio agente público. O dano ao patrimônio público, se houver, será consequência do ato¹¹⁵. Por seu turno, no rol dos atos previstos no artigo 10, a regra é que o terceiro (*extraneus*) se enriqueça ilicitamente, sendo o dano ao patrimônio público “o principal parâmetro de adequação típica dessa espécie de ato de improbidade”¹¹⁶, mesmo quando o agente público aufera vantagem com o ato.

Essa peculiaridade ocorre porque a Lei Federal nº 8.429/92 dirige-se essencialmente à prevenção e à punição dos atos praticados no âmbito da administração pública e das entidades abarcadas pelo parágrafo único do artigo 1º da lei, visando punir os atos de improbidade que tenham sido praticados por agentes públicos ou por terceiro. É dizer: embora o artigo 3º da Lei Geral de Improbidade Administrativa amplie o rol de sujeitos ativos, trata-se de norma de extensão, o que faz com que os terceiros, pessoas físicas ou jurídicas do ato, sejam partícipes ou sujeitos do próprio ato.

¹¹³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 241.

¹¹⁴ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007, p.57

¹¹⁵ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 391.

¹¹⁶ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 391.

Outra característica que deve ser lembrada no modelo de tipificação da Lei Federal n.º 8.429/92 prescrita no artigo 9º ao 11º corresponde à peculiaridade das disposições da cabeça dos dispositivos, menos densificadas em relação às situações trazidas nos diversos incisos que lhe são integrantes, embora isso não retire a funcionalidade normativa de suas prescrições.¹¹⁷

Por tal razão, Fábio Medina Osório considera que o *caput* da disposição legal em apreço seja assimilado às normas penais em branco, dotadas de alto grau de generalidade e que servem como referência residual aos incisos, ao passo que os incisos teriam aplicação mais restrita e concentrada. Adverte que a violação aos preceitos da Lei Federal n.º 8.429/92 implica, necessariamente, na violação de normas setoriais referenciadas, sendo defeso, todavia, fundamentar uma imputação a partir de princípios ou valores imanescentes do sistema, sem prévia intermediação legislativa, sob pena de violação do princípio da legalidade¹¹⁸.

Por seu turno, Edilson Pereira Nobre Júnior¹¹⁹ e Francisco Octavio de Almeida Prado sustentam que os atos de improbidade arrolados nos diversos incisos dos artigos referenciados têm natureza taxativa, uma vez que, tratando-se de direito administrativo sancionador, caberia obediência irrestrita ao princípio da tipicidade, corolário do princípio da legalidade. Entendimento diverso violaria a segurança jurídica e o devido processo legal, o que implicaria na necessidade de aplicação do *caput* sempre acompanhado de uma das hipóteses específicas enunciadas nos respectivos incisos.¹²⁰

José Roberto Pimenta Oliveira, dentro de uma visão sistêmica cuja centralidade é a proteção do bem jurídico, destaca a autonomia de cada figura típica, devendo se negar o caráter exemplificativo do rol em atendimento ao princípio da tipicidade. Isso porque, embora o direito administrativo sancionador admita uma linguagem aberta, com uso de conceitos indeterminados, exige a prévia identificação precisa da conduta a ser violada, dispensada a capitulação simultânea entre

¹¹⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018. p. 223.

¹¹⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018. p. 241.

¹¹⁹ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Improbidade administrativa: alguns aspectos controvertidos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 61-92, jan. 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45126/45037>>. Acesso em: 03 Ago. 2020.

¹²⁰ PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 33.

a hipótese do *caput* e o inciso, sob pena da tipificação do ilícito ficar ao sabor da vontade do intérprete da lei.¹²¹

Frise-se que a característica fundamental haurida da tipologia das condutas descritas nos artigos 9º ao 11º da Lei Federal n.º 8.429/92, diz respeito à autonomia¹²² entre a tipificação das condutas prescritas no *caput* dos dispositivos em relação aos respectivos incisos nela previstos, o que traz importantes consequências para o processo hermenêutico e de subsunção do fato à norma para efeitos do procedimento administrativo sancionador.

A autonomia da apresentação entre o *caput* e os incisos, entretanto, é delimitada pela função integrativa do bem jurídico específico tutelado pelas disposições. Nesse sentido, registramos que tal opinião é defendida por José Roberto Pimenta Oliveira, para quem, ainda que se considere um leque sortido de condutas amparadas no artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92, “a unidade teleológica do dispositivo é afirmada em razão do bem jurídico tutelado, o que valida a situação normativa de conformação típica das regras no bojo de um único artigo legal abrangente”¹²³.

Emerson Alves e Rogério Garcia, afirmam que a Lei Federal n.º 8.429/92 se valeu de conceitos jurídicos indeterminados para a definição do núcleo da conduta, o que viabilizaria uma proteção mais eficiente ao bem jurídico tutelado pela lei. Através desta técnica legislativa, seria possível o enquadramento de um infindável número de ilícitos passíveis de serem praticados, variáveis de acordo com

¹²¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 251.

¹²² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 251. De igual modo: ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 390. Em sentido contrário, sobretudo no tocante ao artigo 9, “caput” e respectivo inciso VII: DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 56; FAZZIO JUNIOR, Waldo; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 62; FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 68; PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 181; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 242, classificando, este autor, o inciso VII do artigo 9 como figura residual e subsidiária de enriquecimento ilícito.

¹²³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 251.

criatividade humana.¹²⁴ Com efeito, as condutas arroladas nos artigos 9º ao 11º da lei seriam correspondentes a situações comumente qualificadas como atos de improbidade. Além de facilitarem a “compreensão dos conceitos indeterminados veiculados no *caput*, teriam natureza meramente exemplificativa, o que deflui do próprio emprego do advérbio ‘notadamente’”¹²⁵. O mesmo argumento é partilhado por Alexandre de Moraes¹²⁶, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹²⁷, Wallace Paiva Júnior¹²⁸, Pedro Roberto Decomain¹²⁹, Waldo Fazzio Junior, Marino Pazzaglini Filho e Márcio Fernando Elias Rosa¹³⁰, que amparam sua conclusão a partir da interpretação gramatical do *caput* dos artigos 9º a 11º da Lei Federal n.º 8.429/92, cuja expressão “notadamente” indica a natureza exemplificativa do rol ali disposto.

Seguindo o procedimento sistêmico autônomo de responsabilização, a estrutura progressiva de tipificação passa pela identificação do sujeito ativo, sujeito passivo, subsunção do fato às hipóteses típicas e depois à delimitação da sanção a ser aplicada ao infrator. Portanto, verificada a violação à integridade do bem jurídico tutelado pela conduta ímproba, assim positivada, é dever do Estado aplicar a reprimenda como medida para a dissipação da intranquilidade gerada com o ato infrator ou fazer uso de instrumentos consensuais para restauração do direito, como sinal de manutenção da segurança que deve vigor nas relações sociais.¹³¹

Quanto a esta forma de reposta estatal, recentemente, o Direito Administrativo Sancionador tem evoluído no sentido de buscar outros meios de recomposição do bem jurídico lesionado pela conduta além da mera aplicação da sanção. A possibilidade de celebração de acordos, inclusive de não persecução nos

¹²⁴ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 379.

¹²⁵ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 379.

¹²⁶ MORAES, Alexandre. *Ministério Público e o combate à corrupção – breves Comentários à lei de improbidade administrativa*. Disponível em: https://www.mpro.mp.br/documents/29174/119287/Artigo_O_MP_e_o_combate_a_corrupcao_Breves_comentarios_a_Lei_de_Improb_Adm.pdf/883b416e-3664-4d1f-8379-04071a00d988;jsessionid=5951D85D1C193B272EB669F4203CE750.node01. Acesso em 12. set. 2020.

¹²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 834.

¹²⁸ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 183.

¹²⁹ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.p.56.

¹³⁰ FAZZIO JUNIOR, Waldo; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 55. FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 156.

¹³¹ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 613.

domínios do sistema de responsabilidade por improbidade administrativa foi expressamente reconhecida pela Lei Federal nº 13.964/ 2019 que alterou o parágrafo 1º do artigo 17 da Lei Federal n.º 8.429/92 que até então era regido por uma óptica meramente punitivista.

Nesse compasso, Renata Lane, em sua dissertação de mestrado, fundamenta que a adoção de instrumentos não punitivos emerge do fenômeno da consensualidade incorporada ao Direito, servindo como instrumento de pacificação de conflitos e como técnica de participação democrática, o que teria o condão de superar dogmas como a impossibilidade de transação envolvendo o Poder Público, tornando a “Administração Pública dialógica, baseada em relações bilaterais e horizontais”¹³². Com efeito, a subsunção da conduta ao tipo prescrito na Lei Federal n.º 8.429/92 poderia levar a um acordo para recomposição dos efeitos da conduta e não necessariamente à sanção.

A fonte normativa primária do sistema sancionatório previsto na Lei Federal n.º 8.429/92 também é constitucional. O artigo 37, parágrafo 4º da Constituição da República definiu algumas sanções a serem impostas ao agente que tenha praticado ato de improbidade administrativa. No entanto, percebe-se que o artigo 12 da Lei Federal n.º 8.429/92 ampliou as espécies de sanções em relação àquelas enunciadas no citado dispositivo constitucional, para além da suspensão dos direitos políticos, da perda da função pública, da indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, prevendo também o perdimento de bens, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, fato que gerou alguns debates acerca da constitucionalidade da ampliação promovida em nível infraconstitucional.

Percebe-se, preliminarmente, que a previsão constitucional, enquanto norma de eficácia limitada, depende de integração normativa infraconstitucional para obtenção de sua máxima eficácia. Por essa razão o texto constitucional não representa uma limitação à extensão do conteúdo sancionatório politicamente erigido como apto a coibir os atos de improbidade administrativa.

¹³²LANE, Renata. *Acordos no Domínio da Improbidade Administrativa*. Orientador: José Roberto Pimenta Oliveira. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2020. p. 135.

Nesse sentido, anote-se a observação de Emerson Alves, Rogério Pacheco Garcia¹³³, Waldo Fazzio Junior, Marino Pazzaglini Filho e Márcio Fernando Elias Rosa¹³⁴ de que a previsão constitucional de indisponibilidade de bens é instrumental e não tem caráter, propriamente, de sanção, por ser medida de cautela para impedir a dissipação dos bens do agente ou terceiros, evitando que eles se furem à repressão estatal. Ademais, consoante leciona José Roberto Pimenta Oliveira, a disposição constitucional em referência trouxe ínsita uma “abertura da margem de conformação legislativa do prescriptor normativo, vinculado à proibição jurídica”¹³⁵, autorizando o legislador a estabelecer as reprimendas necessárias para a proteção adequada do bem jurídico.

Advogar que a extensão da pauta punitiva trazida pela Lei Federal n.º 8.429/92 não tem amparo constitucional, seria subverter ou reduzir o propósito da disposição, o que, além de violar os mais caros princípios de hermenêutica constitucional contemporânea, afastaria o ideal de repressão à improbidade e de preservação do interesse público subjacentes¹³⁶.

O artigo 12 da Lei Federal n.º 8.429/92 estabelece um rol de sanções taxativas, dispostos de modo gradual a potencialidade lesiva dos atos de improbidade administrativa reprimidos pelos artigos 9º ao 11º da Lei Federal n. 8.429/1992. Com efeito, são cominadas as sanções mais brandas aos atos que violem princípios da administração pública enquanto, opostamente, os atos que importem em enriquecimento ilícito são mais severamente punidos, assumindo posição intermediária, na escala das sanções, os atos que causem dano ao erário. A aplicação e a dosimetria da sanção prescindem da ocorrência de dano ao patrimônio público, exceto no tocante ao ressarcimento¹³⁷.

¹³³ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 616.

¹³⁴ FAZZIO JUNIOR, Waldo; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996, p.124.

¹³⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 207.

¹³⁶ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 616.

¹³⁷ Consoante verificaremos com mais vagar em capítulo próprio, perfilha-se a opinião da doutrina majoritária segundo a qual o ressarcimento de dano ao Erário não é considerado sanção.

2.3.1. Sistema de improbidade administrativa e legislação extravagante

Em cada faceta de competência punitiva prevista pela Constituição criam-se sistemas relativamente autônomos, cuja aplicação se desenvolverá a partir das diferentes interações entre o bem jurídico tutelado, o ilícito e sua respectiva sanção, bem como o procedimento em que devam ser articulados, originando um sistema jurídico próprio¹³⁸.

A improbidade administrativa, neste contexto e enquanto esfera de competência punitiva estatal autônoma na acepção de José Roberto Pimenta Oliveira, é um sistema geral, que condensa a atividade sancionatória vocacionada a tutelar o exercício das funções e atribuições derivadas da organização do Estado, exercidas por agentes públicos ou não, tornando-se um “marco referencial de punição, relativamente à catalogação de atos ímprobos em outras legislações federais”¹³⁹.

Com efeito, estão sob a regência da Lei Federal n.º 8.429/92 as condutas ímprobas previstas (i) no artigo 73, parágrafo 7º, da Lei Federal n.º 9.504/97 (Lei das Eleições); (ii) no artigo 52 da Lei Federal n.º 10.257/11 (Estatuto da cidade); (iii) no artigo 32, parágrafo 2º da Lei Federal n.º 12.527/11 (Lei de Acesso a Informações); (iv) no artigo 12 da Lei n.º 12.813/13 (Lei de Conflitos de Interesses); (v) artigo 73 da Lei Complementar n.º 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal); (vi) artigo 29, parágrafo 2º da Lei Federal n.º 13.303/16 (Estatuto da Empresa Estatal); (vii) artigo 30, parágrafo único da Lei Federal n.º 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações) e (viii) Artigos 97, parágrafo 10º, inciso III e 101, parágrafo 3º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República.

Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 10.887/2018, de autoria do Deputado Roberto Lucena, que prevê amplas alterações nas regras dispostas na Lei Federal n.º 8.429/92, cabendo destacar aquelas relacionadas à exigência de um dolo específico para a configuração do ato de improbidade, bem como as incidentes sobre o regime de enriquecimento ilícito por patrimônio desproporcional do agente público, como também modificações nas regras

¹³⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 78.

¹³⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O conflito de interesses como ato de improbidade administrativa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 79-141, set./dez. 2014.

de declaração de bens, tratadas nos artigos 9º, inciso VII e 13 da citada lei, respectivamente.¹⁴⁰

A tipificação da improbidade administrativa apenas relativamente às condutas dolosas decorre do substitutivo proposto pelo Deputado Carlos Zarattini, por meio do PLRP n. 1/0, em 21 de outubro de 2020, por meio do qual se introduzem os parágrafos 4º e 5º ao artigo 1º da Lei, os quais dispõem o seguinte:

§ 4º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º e 10, não bastando a voluntariedade do agente

§ 5º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.¹⁴¹

Com amparo no próprio parecer que justifica o substitutivo, a alteração é justificada por não bastar a voluntariedade do agente público no cometimento dos atos de improbidade arrolados pela lei, o que implica, para o autor do substitutivo, na necessidade de que haja comprovação de um elemento especial, consistente na vontade dirigida ao fim específico de praticar o ato cuja ilegalidade é qualificada, previsão legal que, caso aprovada, sobrecarregará demasiadamente o ônus probatório necessário para a tipificação.

Em relação à adequação típica do enriquecimento ilícito por patrimônio desproporcional, atualmente tutelado pelo artigo 9, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92, a proposta legislativa¹⁴² introduz a expressão “ou em razão deles”, para se referir ao exercício de mandato, cargo, emprego ou função, de forma a tornar explícito o elemento circunstancial do tipo, isto é, a necessidade de que o

¹⁴⁰ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n.º 10.887, de 17 de outubro de 2018. Altera a Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>. Acesso em: 06 out. 2020.

¹⁴¹ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n.º 10.887, de 17 de outubro de 2018. Altera a Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1938171&filename=PRLP+1+%3D%3E+PL+10887/2018. Acesso em: 25 nov. 2020.

¹⁴² “Art. 9º, VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, ou em razão deles, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, assegurada, previamente, a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução”. BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n.º 10.887, de 17 de outubro de 2018. Altera a Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>. Acesso em: 06 out. 2020.

enriquecimento ilícito derive do exercício das atribuições do sujeito ativo da conduta. A proposta também torna expressa a prerrogativa do agente público comprovar a origem lícita dos recursos utilizados para a aquisição do patrimônio.

No que pertine à declaração de bens, a proposta trazida no artigo 13 do projeto de lei substitui e uniformiza a declaração de bens e direitos através da entrega, ao tomar posse e anualmente, da Declaração de Imposto de Renda e Proventos de qualquer natureza, em substituição declaração de bens imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações e qualquer outra espécie de bens ou valores patrimoniais, cujo conteúdo ficava a critério de cada ente federativo.¹⁴³

Feito o registro da proposta de alteração legislativa, cabe investigar a existência de legislação extravagante à Lei Federal n.º 8.429/92 relacionada ao sistema sancionador anticorrupção. Nesse intento, impõe-se tecer breves comentários sobre a Lei Federal n.º 12.846/13, denominada Lei Anticorrupção e sobre a Lei Federal n.º 12.213/13, que dispõe sobre o conflito de interesse na Administração Pública Federal.

A Lei Federal n.º 12.846/13 foi forjada para se constituir como um sistema autônomo de repressão aos atos de corrupção¹⁴⁴. Apesar da

¹⁴³ “Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de Declaração de Imposto de Renda e Proventos de qualquer natureza, que tenha sido apresentada à Secretaria da Receita Federal, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.

§ 1º A declaração de bens será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função.

§ 2º Será punido com a pena de demissão, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa.” BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n.º 10.887, de 17 de outubro de 2018. Altera a Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>. Acesso em: 06 out. 2020.

¹⁴⁴ A corrupção é um fenômeno complexo e sujeito a múltiplas perspectivas, tanto culturais, como econômicas e jurídicas. Nesta acepção, a corrupção pode ser tida como fato moralmente reprovável. Apesar de inexistir um conceito jurídico uniforme sobre corrupção, Yuri Corrêa da Luz assinala existir um consenso de que o fenômeno é percebido como altamente nocivo à vida social e ao desenvolvimento econômico de um país (LUZ. Yuri Corrêa da. O combate à corrupção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 89, p. 429 – 470). Por outro lado, Luís Greco e Adriano Teixeira Guimarães, conquanto não divirjam da opinião anterior, lecionam que a corrupção, sob a perspectiva jurídica, é um injusto que não reside no resultado, mas na busca pela vantagem, enquanto meio de atingi-la. A vantagem, portanto, não seria um instrumento acidental para cometer corrupção, senão seu principal elemento constitutivo. Adicionam, ainda, como elemento agregador do injusto da corrupção o abuso de poder, pela perversão da coisa pública, para atingir um benefício privado, em desprestígio à legalidade (GRECO. Luís e GUIMARÃES. Adriano Teixeira Aproximação a uma Teoria da Corrupção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 134, p. 159 – 188) Por esse parâmetro se empregará o termo nesta dissertação.

assertividade do artigo 30, inciso I, agasalhado pela doutrina majoritária¹⁴⁵ para defesa da autonomia sancionatória da lei anticorrupção, distinta dos domínios da improbidade administrativa, noticia-se que José Roberto Pimenta Oliveira apresenta uma interpretação que visa a harmonizar a aplicação da lei, a partir da reflexão sobre a distribuição de competências constitucionais sancionatórias, de tal forma que a Lei Federal n.º 12.846/13 seria um componente do sistema de improbidade, de especial aplicação para pessoas jurídicas, estando situada no mesmo domínio punitivo do artigo 37, parágrafo 4º da Constituição da República¹⁴⁶.

Em seu magistério, aduz que o diploma legal trouxe regras complementares àquelas previstas na Lei Federal n.º 8.429/92 e que, diante da identidade de bem jurídico tutelado, estão justificadas no mesmo plano de competência sancionatória¹⁴⁷. Por isso, denomina a Lei Federal n.º 12.846/13 como Lei de Improbidade das Pessoas Jurídicas.

Nesse compasso, a Lei Federal n.º 12.846/13 não criou apenas um sistema de responsabilização baseado na responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas que pratiquem atos qualificados como lesivos. Mais do que isso, a lei complementou as hipóteses de incidência da tutela fundamentada no artigo 37, parágrafo 4º da Constituição da República, acoplando-se no âmbito sancionatório da Lei Federal n.º 8.429/92.

A Lei Federal n.º 8.429/92 já admitia a punição das pessoas jurídicas beneficiárias ou partícipes do ato de improbidade, consoante disposto em seu artigo 3º, de tal modo que as sanções aplicáveis deveriam ser adequadas à personalidade jurídica de tais entes, em um juízo de compatibilidade que se tornou menos tormentoso a partir do advento da Lei Federal n.º 12.846/13¹⁴⁸, cujas sanções estão adaptadas à ficção jurídica dessas pessoas.

A proposta literal da Lei Federal n.º 12.846/13 é criar um sistema de responsabilização, visando a suprir a lacuna de responsabilidade de atos de corrupção da pessoa jurídica em cumprimento aos compromissos internacionais

¹⁴⁵ PAIVA JÚNIOR, Wallace Paiva. Comentário ao Art. 30. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 331.

¹⁴⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentário ao Art. 2. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 50.

¹⁴⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentário ao Art. 2. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 37.

¹⁴⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentário ao Art. 2. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 50.

assumidos pelo Brasil, ampliando a tutela da probidade para alcançar a administração pública estrangeira.

A Lei de Improbidade das Pessoas Jurídicas tipificou as condutas no rol dos incisos do artigo 5º, denominando-os como atos lesivos. Estabelece um duplo processo de responsabilização, baseado na repressão judicial e administrativa, cujas sanções são distintas e complementares entre si. No âmbito administrativo, inova quanto ao patamar de aplicação de multa em relação àquele previsto na Lei Federal n.º 8.429/92 e introduz a publicação extraordinária da decisão condenatória em desfavor da pessoa jurídica. No âmbito judicial, estabelece o perdimento de bens, através da uma base de cálculo que leva em conta os benefícios diretos e indiretos resultantes da prática da infração. Inova na dissolução compulsória da pessoa jurídica e em ampliar as restrições de recebimento de fomento de entidades governamentais.

Apesar de ter havido uma redução significativa do alcance da tipificação, mais aderente à política da Convenção Internacional de Mérida e, sobretudo, da OCDE contra a corrupção, a Lei Federal n.º 12.846/13 previu sanções que pertencem ao mesmo domínio punitivo fundamentado no artigo 37, parágrafo 4º da Constituição Federal, em paridade à Lei de Improbidade Administrativa.¹⁴⁹

José Roberto Pimenta Oliveira leciona que a diferença entre a Lei de Improbidade das Pessoas Jurídicas e a Lei de Improbidade Administrativa reside no regime sancionatório aplicável às pessoas jurídicas, baseado na responsabilidade objetiva e na aplicação de seus preceitos à administração pública estrangeira¹⁵⁰. Note-se que o artigo 3º da Lei Federal n.º 8.429/92 já admitia a extensão da punição pela prática de atos de improbidade administrativa às pessoas jurídicas, quando figurassem como partícipes ou beneficiárias deles. Em conclusão, afirma o autor, com a precisão que lhe é peculiar, o seguinte:

Digna do nome lei anticorrupção, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) é a lei regente desse domínio sancionatório. Aplicável a todos os agentes públicos e terceiros envolvidos em improbidade administrativa, a LIA fundamenta a responsabilidade processada e julgada no juízo cível competente. Analisando-se bem jurídico protegido, ilícitos tipificados, sanções fixadas e processos regrados, observa-se que a Lei nº 12.846 procura se afastar do

¹⁴⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentário ao Art. 2. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 37.

¹⁵⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentário ao Art. 2. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 37.

domínio da improbidade (art. 30, inciso I), mas a Constituição não autoriza esse afastamento, exigindo que o novo regramento seja interpretado conforme inaugurado no tipo constitucional preconizado no artigo 37, §4º.¹⁵¹

Portanto, identificado o mesmo âmbito sistêmico de aplicação das regras dispostas na Lei Federal n.º 8.429/92 e na Lei Federal n.º 12.846/13, diante da identidade entre os bens jurídicos protegidos, ilícitos tipificados, sanções e procedimentos, cabe-nos agregar ao rol das sanções previstas no artigo 12 da Lei Geral de Improbidade Administrativa as cominações previstas nos artigos 6º e 19 da Lei de Improbidade das Pessoas Jurídicas, quando compatíveis com a tipologia e a sujeição ativa do ato.

A interconexão legal, decorrente da presença simultânea de agentes públicos e pessoas jurídicas diante da prática de um ato de improbidade administrativa, ocasionará efeitos jurídicos relevantes e peculiares no tocante à tipificação, como anota José Roberto Pimenta Oliveira. Sob a sua óptica, no procedimento de subsunção, o interprete deverá levar em consideração a incidência da responsabilidade objetiva para as pessoas jurídicas envolvidas, determinada pelo artigo 2º da Lei Federal n.º 12.846/13, enquanto para as pessoas físicas, a tipificação deverá perscrutar o elemento subjetivo, pois mantida a responsabilidade subjetiva pelo artigo 3º da citada lei.¹⁵² O autor anota, ainda, uma série de implicações sancionatórias decorrentes da harmonização entre a Lei Federal n.º 8.429/92 e a Lei Federal n.º 12.846/13, o que será retomado no capítulo destinado ao estudo das sanções.

Por seu turno, a Lei Federal n.º 12.213/13 dispõe sobre o conflito de interesse na Administração Pública Federal, identificando-o como “a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública”¹⁵³ A lei buscou ainda tutelar o sigilo funcional, repriminando o abuso

¹⁵¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentário ao Art. 2. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 37.

¹⁵² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção, na atuação cível do Ministério Público Federal, nos 30 anos da Constituição Federal. In: HIROSE. Regina Yamani. *Carreiras típicas de Estado: desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 181-198.

¹⁵³ BRASIL. Lei Federal n.º 12.813 de 16 de maio de 2013. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

de poder ou o desvio de finalidade para o agente público que se sirva de informação privilegiada.

José Roberto Pimenta Oliveira destaca que o tratamento do conflito de interesses é medida indispensável para o combate da corrupção em escala global, sendo abordado no artigo III da Convenção da Organização dos Estados Americanos contra a corrupção e no artigo 7º da Convenção de Mérida, o que faz com que o autor, sem prejuízo de outros argumentos, considere tratar-se de lei de aplicação nacional¹⁵⁴.

Sem dúvida, o conflito de interesse e o tráfego de informações privilegiadas são atos que podem servir a inúmeras condutas ímprobas, sobretudo com propósito de mercantilização da função pública pelo agente em posição privilegiada ou estratégica nos domínios funcionais da estrutura da administração pública, de tal forma que o tratamento legal da matéria pode representar significativos avanços preventivos à prática de atos de improbidade administrativa.

José Roberto Pimenta Oliveira, apoiando-se em comentário de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, enaltece os deveres dos servidores quanto ao devotamento, a fidelidade, “o zelo a que o funcionário público deve emprestar às instituições e respectivo serviço, ao sigilo nos assuntos funcionais, e à boa conduta profissional e moral”¹⁵⁵, o dever de impessoalidade e seu corolário de exclusividade. Quanto à incidência da exclusividade, o autor ancora sua interpretação a partir de dois prismas. O primeiro, onde há exclusividade no atingimento da finalidade pública no exercício das atribuições e, o segundo, como elemento essencial no exercício da função pública, vedando-se acumulações de cargos e o desempenho de atividades privadas em concomitância, tudo a consagrar a moralidade, a impessoalidade, a eficiência administrativa, a lealdade, a exclusividade na implementação de interesses públicos, em prol da profissionalização do exercício da função pública¹⁵⁶, visando a boa gestão da coisa pública.¹⁵⁷

¹⁵⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O conflito de interesses como ato de improbidade administrativa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 79-141, set./dez. 2014.

¹⁵⁵ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 468. *Apud* OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O conflito de interesses como ato de improbidade administrativa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 79-141, set./dez. 2014.

¹⁵⁶ Romeu Felipe Bacellar Filho fundamenta a profissionalização da função pública como instrumento de legitimação da Administração Pública perante o povo. Nesse sentido: BACELLAR FILHO.

Para os fins do presente trabalho, cabe pontuar que o artigo 5º, inciso I da Lei Federal n.º 12.813/13 previu como hipótese de conflito de interesse a divulgação ou uso, em proveito próprio ou de terceiro, de informação privilegiada obtida em razão das atividades exercidas. José Roberto Pimenta Oliveira leciona que a expressão “proveito” deve ser entendida como vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro, em harmonia com o parágrafo único do artigo 2º da respectiva lei.¹⁵⁸

De igual modo, o artigo 5º, inciso IV da Lei Federal n.º 12.813/13 veda ao agente público atuar como intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. José Roberto Pimenta Oliveira defende que, se o desempenho desta atividade for acompanhado do recebimento de vantagens econômicas, a conduta ilícita será subsumida ao artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92.¹⁵⁹

Como se pode perceber, há diversas regras dispostas no ordenamento jurídico inter-relacionadas à cultura e à política de prevenção à corrupção, que deságuam nas diversas instâncias sancionadoras disciplinadas na Constituição da República, no que se inclui a improbidade administrativa, enquanto subsistema punitivo autônomo de índole constitucional.

Feito esse registro, antes de abordar as espécies mais lesivas e evidentes desses atos desprezíveis, relacionados ao enriquecimento ilícito de agentes públicos e as implicações sancionatórias das hipóteses de aumento patrimonial injustificado frente às disposições legais vigentes no Brasil, convém tecer breves comentários acerca do direito administrativo sancionador.

Profissionalização da função pública no Brasil: a experiência brasileira. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil, n. 1. p. 17-26, mar./ago. 2002, p. 10 *Apud* SILVEIRA, Raquel Dias da. *Profissionalização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 70.

¹⁵⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O conflito de interesses como ato de improbidade administrativa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 79-141, set./dez. 2014.

¹⁵⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O conflito de interesses como ato de improbidade administrativa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 79-141, set./dez. 2014.

¹⁵⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O conflito de interesses como ato de improbidade administrativa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 79-141, set./dez. 2014.

2.3.2. A improbidade como sistema de responsabilização integrado ao Direito Administrativo Sancionador

A partir dos estudos do sistema constitucional de improbidade administrativa é possível constatar que a matéria se insere no regime jurídico administrativo, seja sob os seus aspectos finalísticos ou funcionais.

Nos domínios do Direito Administrativo Sancionador, Alice Voronoff nos dimensiona que a doutrina nacional tradicional parte da origem comum do poder punitivo único do Estado e da similitude ontológica entre as sanções do Direito Penal e do Direito Administrativo para justificar a incorporação de diversos princípios daquele ramo do Direito no bojo dos procedimentos administrativos de caráter corretivo, sem prejuízo da incidência expansiva do princípio da legalidade¹⁶⁰.

Apesar da premissa jurídico formal tradicional suportar a aplicação analógica de institutos próprios do Direito Penal no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, Alice Voronoff propõe uma leitura autônoma dos vetores balizadores deste ramo do Direito, a partir de aspectos finalísticos, funcionais, operacionais e instrumentais que lhe conferem características próprias.

Nesse compasso, Alice Voronoff leciona que a finalidade do Direito Administrativo Sancionador é a conformação da conduta dos sujeitos passivos aos objetivos de interesse público definidos pelo ordenamento jurídico, a partir de um olhar “eminentemente prospectivo e conformativo, dissociado de um juízo de condenação moral”¹⁶¹, tão caro ao Direito Penal, sobretudo às teorias retributivas da pena incidentes neste ramo do Direito.

Some-se a isso a instrumentalidade do Direito Administrativo Sancionador que, antes de ser um fim em si, deflagrado para reestabelecer a ordem jurídica violada pelo agente, sua atuação deve ser “responsiva”, dissociada de um juízo de reprovação moral. Sua missão é promover o padrão de comportamento ou a conduta esperada pelo ordenamento jurídico¹⁶² e, se for o caso, a restauração do bem jurídico violado, em uma nítida atuação pragmática. Apesar da

¹⁶⁰ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 57.

¹⁶¹ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 102.

¹⁶² VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 109.

preponderância do aspecto dissuasório, Alice Voronoff não nega o caráter retributivo do Direito Administrativo Sancionador.

Com efeito, a interconexão entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador deve passar por uma dupla filtragem, seja quanto às peculiaridades de cada regime jurídico à disciplina constitucional, seja em relação às características próprias e inerentes de cada ramo jurídico, como bem apontado pela autora em referência.

O estudo das sanções previstas na Lei Federal n.º 8.429/92 reforça a integração da improbidade administrativa no bojo do Direito Administrativo Sancionador.

As sanções são frutos do exercício do poder punitivo estatal necessário para que a ordem jurídica seja reestabelecida em face da corrosão do bem jurídico tutelado pela conduta transgressora. Fábio Osório Medina ministra que a proposta teórica da sanção administrativa advinda do Direito Europeu erige quatro elementos fundamentais em sua estruturação. Pelo primeiro, o aspecto subjetivo, em que sua aplicação é feita pela autoridade administrativa; pelo segundo, elemento objetivo, o caráter aflitivo; pelo terceiro, elemento teleológico, a finalidade repressora da conduta para reestabelecimento da ordem jurídica; e pela quarta, o elemento formal, radicado na natureza administrativa do procedimento.¹⁶³

No âmbito do Direito Administrativo, a sanção administrativa estava historicamente vinculada ao exercício do Poder de Polícia, função por meio da qual a Administração Pública condiciona a propriedade e a liberdade privada, impondo um dever de abstenção de modo coercitivo para atendimento do interesse público.¹⁶⁴

Registra-se a existência de intenso debate doutrinário acerca dos pressupostos e da classificação da sanção administrativa. Daniel Ferreira, Celso Antônio Bandeira de Mello, Heraldo Garcia Vitta, Regis Fernandes de Oliveira e Rafael Munhoz de Mello valem-se de conceitos formais de sanção administrativa, sendo fator preponderante, para os autores, o procedimento pelo qual a sanção deve ser

¹⁶³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018. p. 87.

¹⁶⁴ GARCIA, Flávio Amaral. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Principiologia No Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, p. 9-28, out./dez. 2013.

desenvolvida, como também a natureza da autoridade responsável pela sua definição e aplicação.¹⁶⁵

Do outro lado, situam-se autores como Fábio Medina Osório, para quem o conceito de sanção administrativa deve considerar as dimensões materiais e formais do Direito Administrativo, pois, além da presença inevitável da Administração Pública como acusadora em processo administrativo (circunstância que equipararia este ramo à dogmática do Direito Processual), a constitucionalização do Direito expandiu sua incidência para um vasto campo de atos e negócios jurídicos alcançados pelo próprio Direito Administrativo, sendo inexorável a extensão da sanção administrativa para a tutela de variados bens jurídicos que visam guarnecer os interesses da atividade administrativa ou a existência da própria Administração Pública.¹⁶⁶

Ao tratar da identidade, abrangência e funcionalidades do Direito Administrativo Sancionador Brasileiro, José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti comungam uma acepção material e formal de qualificação da sanção administrativa. Argumentam que a Constituição da República, atenta à associação entre a execução das atividades estatais e a realização dos interesses públicos, autorizou o controle da atuação administrativa, como limite para o adequado delineamento, densificação, implementação e efetividade dos interesses públicos em cada intervenção administrativa na vida social.¹⁶⁷

Nessa esteira, o domínio punitivo da improbidade, situado no Direito Administrativo Sancionador, concentra as sanções impositivas aos ilícitos praticados por agentes públicos, decretadas pela jurisdição cível comum não revestidas de caráter penal. As sanções, que se movimentam dentro de um gradiente de gravidade delimitado pela lei, têm como fonte normativa o artigo 37, parágrafo 4º da Constituição

¹⁶⁵ FERREIRA, Daniel. Vinte Anos de reflexões acerca das sanções e das infrações administrativas: revolvendo alguns temas polêmicos, complexos e atuais. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Direito Administrativo Sancionador: estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antonio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 87-100. MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez. 2005.

¹⁶⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018. p. 92.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Interesse Público – IP*: Belo Horizonte. ano 22. n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020.

da República, hauridas a partir da figura de “cláusula de judicialização obrigatória da competência sancionadora”¹⁶⁸.

Com efeito, para os autores, a Constituição da República estabeleceu a “disciplina legal de uma política sancionatória civil judicial de atos de improbidade administrativa, incumbindo ao Poder Judiciário o exercício da competência sancionatória (...) dando aplicação e efetividade ao sistema de responsabilização”¹⁶⁹. Inserida no capítulo destinado à tutela da Administração Pública, o artigo 37, parágrafo 4º da Constituição da República disciplina a responsabilidade de agentes públicos. Portanto, tais preceitos se submetem aos influxos dos postulados do direito público e, mais especificamente, do Direito Administrativo, ainda que as sanções sejam pronunciadas pelo Poder Judiciário, inclusive como medida para se resguardar direitos e garantias fundamentais limitadores do exercício de competências estatais sancionadoras. Estaria, portanto, demonstrada a singularidade da improbidade administrativa no universo do Direito Administrativo Sancionador.¹⁷⁰

De fato, atribuir ao Poder Judiciário, por meio de sua atividade típica jurisdicional, o encargo de zelar pela garantias e direitos fundamentais torna mais hígida a aplicação do devido processo legal, afastando eventual parcialidade da Administração Pública na aplicação de sanções em situações em que seja vítima e interessada na recomposição e na punição decorrente do ato ilícito. O tema será retomado no capítulo 4 desta Dissertação, onde se dedicará ao estudo da dosimetria das sanções da Lei Federal n.º 8.429/92.

CAPÍTULO 3 - O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO AGENTE PÚBLICO E A EVOLUÇÃO PATRIMONIAL INJUSTIFICADA

A repressão aos atos de corrupção, tanto no âmbito das convenções internacionais aplicáveis, como na evolução legislativa brasileira, parte do

¹⁶⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Interesse Público – IP*: Belo Horizonte. ano 22. n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020.

¹⁶⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Interesse Público – IP*: Belo Horizonte. ano 22. n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020.

¹⁷⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Interesse Público – IP*: Belo Horizonte. ano 22. n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020.

combate à mercantilização da função pública que gera o desvio de finalidade na execução da competência imputada pela lei ao agente público, como também seu enriquecimento à custa do exercício da competência, de modo legal ou ilegal, ocasionando diversos efeitos deletérios ao Estado Democrático de Direito, como crise de legitimidade e governabilidade.¹⁷¹

Consoante afirma Wallace Paiva Martins Júnior, para que se caracterize o ato de improbidade administrativa não basta que a conduta do sujeito ativo do ato seja ilícita, como também imoral, o que tem o condão de submeter atos lícitos praticados por agente público à pecha da improbidade administrativa.¹⁷² Todavia, a fim de não se ofender o devido processo legal e da legalidade, comungamos com a advertência de Fábio Osório Medina, para quem a improbidade administrativa é resultado de uma ilegalidade “valorada no marco da imoralidade administrativa qualificada, mas, acima de tudo, uma ilegalidade resultante da desobediência a regras legais específicas, não apenas a princípios jurídicos”.¹⁷³

Héctor A. Mairal discorre, em sua obra intitulada “As Raízes Legais da Corrupção”, sobre diversas causas decorrentes da estruturação do sistema jurídico que podem justificar a prática da corrupção ativa ou passiva, mesmo em situações amparadas pelo Direito. Exemplifica com as mudanças contínuas na legislação, regras pouco claras e difundidas que permitem que a sociedade sequer as conheça, excesso de prerrogativas discricionárias em favor de agentes públicos responsáveis pela definição de direitos ou prerrogativas e falhas nos mecanismos de aplicação efetiva de sanções às transgressões.¹⁷⁴

Com efeito, mesmo diante do estrito cumprimento de sua competência e produzindo um ato legal e de ofício, o agente público que busca auferir vantagem patrimonial a partir do ato pratica conduta típica perante a Lei Federal n.º 8.429/92, uma vez que acaba mercantilizando sua atuação, deixando de agir com a honestidade necessária no cumprimento de um dever legal.

Ainda que o estatuto jurídico e disciplinar de cada agente público já preveja um dever de impessoalidade, moralidade e responsabilidade na

¹⁷¹ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 225.

¹⁷² MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 225.

¹⁷³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 330.

¹⁷⁴ MAIRAL, Hector A. *As raízes legais da corrupção: ou como o direito público fomenta a corrupção ao invés de combatê-la*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 40.

condução dos atos públicos derivados da competência a ser exercida pelo agente público, o artigo 4º da Lei Federal n.º 8.429/92 espancou qualquer dúvida de que aqueles são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no exercício de sua função. Portanto, como registra Waldo Fazzio Júnior, ao impor ao agente público um modelo comportamental, eventual conduta contraposta ao padrão jurídico impõe a aplicação de uma sanção corretiva. Ademais, o exercício do procedimento jurídico de tipificação das condutas para efeitos da Lei Geral de Improbidade Administrativa perpassa, antes mesmo da identificação do bem jurídico violado, pela avaliação da violação da conduta ao padrão jurídico desejado pela norma.¹⁷⁵

Dito isso, a obtenção de vantagem patrimonial indevida no exercício do cargo, mesmo que desviada de um propósito de beneficiar o sujeito ativo da conduta, como a concessão de um mero presente ou dádiva ao servidor público, é conduta tipificada no artigo 9º, inciso I da Lei Federal n.º 8.429/92, cujo ato de improbidade administrativa estará configurado pelo recebimento de vantagem econômica direta ou indireta de terceiro que se beneficie das competências relacionadas ao cargo do apresentado¹⁷⁶.

Uma vez enunciado que o bem jurídico tutelado pelo artigo 9º consiste na vedação à obtenção de vantagem patrimonial pelo agente público para o exercício de sua função, cabe-nos estabelecer uma diferenciação entre o enriquecimento ilícito albergado pela norma do enriquecimento sem causa, de natureza civil.

Francisco Bilac Moreira Pinto registra que no enriquecimento sem causa, há atribuição patrimonial válida àquele que se enriquece, gerando o empobrecimento de outra. Acrescenta que tais efeitos são correlacionados,

¹⁷⁵ FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 137.

¹⁷⁶ Consoante ensinam Waldo Fazzio Júnior, Marino Pazzaglini Filho e Márcio Elias Rosa, para a configuração da improbidade basta a percepção da vantagem pelo agente público, não se exigindo que o interesse de terceiro seja satisfeito por ele. (FAZZIO JUNIOR, Waldo; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 57). Do mesmo modo, Emerson Alves e Rogério Garcia que para a tipificação do artigo 9, inciso I da Lei Federal n.º 8.429/92, basta a mera potencialidade de que o agente aja em benefício de terceiros, sendo desnecessário que a ação se concretize, sem prejuízo da evidência da presença do dolo de recebimento. (ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 385).

sem amparo em uma causa jurídica¹⁷⁷. Por seu turno, o enriquecimento ilícito derivado da improbidade administrativa é ocasionado por influência ou abuso de cargo ou função¹⁷⁸ o que nos leva a afirmar, portanto, que a causa decorre de um ato lícito ou ilícito relacionado ao exercício de competência do cargo atribuída ao agente público.

Emerson Alves e Rogério Garcia não destoam da referida afirmação. Ao lembrarem que o enriquecimento sem causa surgiu no Direito Romano, sintetizam que ele se funda no princípio de equidade, vedando que alguém aufera vantagem patrimonial à custa do dano, do trabalho ou da simples atividade de outrem, que fica empobrecido, sem a aquiescência da vítima ou direito do lesante¹⁷⁹. Por seu turno, prosseguem os autores afirmando que, no enriquecimento ilícito derivado da improbidade administrativa, além da necessária presença do dolo de angariar a vantagem patrimonial pelo agente público, devem estar presentes quatro outros elementos: (i) o efetivo enriquecimento do agente, (ii) que o ato seja praticado por agente público ou por terceiro, em concurso ou que dele se beneficie, (iii) ausência de justa causa para o resultado material da conduta, (iv) relação de causalidade entre a vantagem indevida e o exercício do cargo¹⁸⁰.

Como não poderia deixar de ser, tais elementos são indispensáveis para a configuração do enriquecimento ilícito, estando enraizados na própria redação do *caput* do artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92. Dito isso, passamos a examinar com mais vagar os elementos indispensáveis para a imputação da improbidade administrativa ali prevista.

3.1. O Enriquecimento Ilícito previsto no *Caput* do artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92.

¹⁷⁷ PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 140.

¹⁷⁸ PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 140.

¹⁷⁹ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 384.

¹⁸⁰ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 388. Estabelecendo os mesmos requisitos para a configuração do ato de improbidade administrativa que gera enriquecimento ilícito: MORAES, Alexandre. A necessidade de ajuizamento ou de prosseguimento de ação civil de improbidade administrativa para fins de ressarcimento ao Erário, mesmo nos casos de prescrição das demais sanções previstas na Lei 8.429/1992. In: MARQUES, Mauro Campbell *et. al.* *Improbidade Administrativa. Temas atuais e polêmicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 19-38.

Iniciamos o estudo da estrutura típica do enriquecimento ilícito, a partir dos limites do pontificado por Waldo Fazzio Júnior, representada com a seguinte síntese:

receber vantagem patrimonial indevida é auferir qualquer modalidade de prestação, positiva ou negativa, comissiva ou omissiva, direta ou indireta, não respaldada em lei ou por ela reprovada. É ganhar patrimônio sem causa justa ou com causa ilícita.¹⁸¹

Portanto, cabe-nos partir para o elemento central da figura típica: a vantagem patrimonial indevida.

3.1.1. Vantagem Patrimonial Indevida

O núcleo normativo da disposição em referência diz respeito ao enriquecimento ilícito, tomada pela lei como “qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida”.

Conforme destaca Francisco Octávio de Almeida Prado, no enriquecimento ilícito não há necessidade de nexos de causalidade entre o enriquecimento de uma parte e o empobrecimento de outra¹⁸², o que reafirma, neste campo, a dicção do artigo 21, inciso I da Lei Federal n.º 8.429/92, que dispensa a existência de dano ao Erário para a configuração da improbidade administrativa¹⁸³. Trata-se de um dos principais elementos diferenciadores entre o enriquecimento ilícito e o enriquecimento sem causa, instituto de natureza civil.

Emerson Alves e Rogério Garcia lecionam que a ideia de empobrecimento decorrente do enriquecimento sem causa é substituída pela noção de vantagem patrimonial indevida, de tal modo que todo proveito econômico que não seja extraído da contraprestação paga ao agente público pelo Estado, como decorrência do

¹⁸¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 153.

¹⁸² PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 73. De igual modo: FAZZIO JÚNIOR, Waldo; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 55. DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. p.84.

¹⁸³ Entendendo ser indispensável a prova do dano ao Erário para a imputação do artigo 9, *caput* da Lei Federal n.º 8.429/92: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Ilegalidade de presumirem-se depósitos bancários como enriquecimento ilícito do agente público para fins de improbidade administrativa. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 97-140, abr./jun. 2006.

emprego de sua mão de obra para a consecução do interesse público “demonstra de forma insofismável a infringência dos princípios da legalidade e da moralidade, verdadeiros alicerces da atividade estatal”¹⁸⁴. Logo, o recebimento da vantagem indevida a caracterizar ato de improbidade administrativa pode ser ocasionado pela prática de um ato legal e de ofício pelo agente público, estando a ilicitude concentrada na percepção da vantagem.

Portanto, prosseguem os autores, a aferição da licitude da vantagem econômica deve levar em conta a contraprestação devida ao agente pelo exercício de sua atividade laborativa e eventuais formas legais de remuneração indireta, a que denominam “posições jurídicas favoráveis correlatas”. Tal remuneração indireta advém do vínculo funcional exercido, como é o caso do uso de veículos oficiais para locomoção ou estadia em residências funcionais¹⁸⁵.

Os autores ainda classificam as vantagens patrimoniais lícitas, ora como prestações positivas, que implicam no pagamento ou acréscimo patrimonial que pode ser incorporado à esfera pessoal do agente, ora como prestações negativas, que evitam uma diminuição dos bens ou valores do patrimônio do agente¹⁸⁶, por meio da imputação do pagamento de determinada obrigação a terceiro. Indispensável avaliá-las sob o prisma da voluntariedade da conduta.

3.1.1.1. Voluntariedade da conduta e os elementos objetivos normativos do tipo

Wallace Paiva Martins Júnior afirma que o enriquecimento ilícito do agente público, antes de causar dano ao Erário, lesa a moralidade administrativa e, por isso, deve ser reprimido. Assim para efeito do artigo 9, *caput* da Lei Federal n.º 8.429/92, não importa que o agente tenha a exigido ou aceitado, praticado uma conduta comissiva ou omissiva, bastando ter ingressado em sua esfera jurídica uma vantagem patrimonial decorrente do exercício de suas funções.¹⁸⁷

¹⁸⁴ ALVES. Emerson. GARCIA. Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 389.

¹⁸⁵ ALVES. Emerson. GARCIA. Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 392.

¹⁸⁶ ALVES. Emerson. GARCIA. Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 393.

¹⁸⁷ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 231.

José Roberto Pimenta Oliveira entende que a conduta de aceitar promessa de vantagem indevida, não é contemplada no *caput* do artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92. Para o autor, os tipos de enriquecimento ilícito são materiais, de tal forma que todas as condutas envolvem ação de receber vantagem patrimonial indevida¹⁸⁸. A aceitação de promessa de vantagem indevida é, contudo, hipótese capaz de atrair a incidência do inciso V do artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92, diante da expressa previsão legal nesse sentido.

José dos Santos Carvalho Filho afirma que as hipóteses de enriquecimento ilícito afastam a conduta omissiva, uma vez que ninguém pode ser omissor para receber vantagem indevida¹⁸⁹, em posição minoritária¹⁹⁰. No sentido oposto, Emerson Alves e Rogério Garcia exemplificam com a hipótese em que o agente público, cuja atribuição seja de fiscalização da realização de depósitos bancários realizados em favor da Administração Pública, omite-se dolosamente, fazendo com que os recursos ocultos sejam direcionados para sua conta bancária¹⁹¹.

Portanto, mesmo para aqueles que admitem a tipificação da conduta omissiva, esta deve ser dolosa, o que afasta a imputação a eventual agente público que tenha recebido recurso de pequena monta depositado em sua conta bancária sem tê-lo percebido.

Consoante leciona Marino Pazzaglini Filho, o dolo do enriquecimento ilícito será a causa eficiente ou determinante da atuação funcional abusiva do agente público¹⁹². Nesse desiderato, pontua José Roberto Pimenta Oliveira que a agressão ao bem jurídico delimita subjetivamente o tipo, de tal forma que, nas condutas relacionadas ao enriquecimento ilícito, somente a conduta dolosa é compatível com a agressão ao bem jurídico tutelado, no caso, a honestidade, diversamente do que ocorre com a lesão ao Erário objeto da tutela do artigo 10 da Lei Federal n.º 8.429/92,

¹⁸⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 251.

¹⁸⁹ CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 1084.

¹⁹⁰ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 229.

¹⁹¹ ALVES. Emerson. GARCIA. Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 389.

¹⁹² PAZZAGLINI FILHO. Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 52.

cujo bem jurídico protegido é a integridade da coisa pública¹⁹³, em que o agente público poderá lesar a integridade patrimonial da Administração, inclusive por conduta culposa.

A doutrina penal costuma avaliar com profunda ênfase o conceito de dolo, por meio do cotejo de diversas teorias que buscam delimitá-lo, sendo as mais conhecidas a teoria da vontade, da representação ou do consentimento.

Considerando as pretensões e os fins do presente trabalho, basta identificar o dolo como a conduta praticada com a vontade e a consciência de alcançar um determinado fim não admitido pelo Direito (dolo direto) ou, apesar de não pretender diretamente alcançá-lo, anuir com o sabido risco produzi-lo (dolo indireto, eventual). Desse modo, age com dolo o agente que tem conhecimento da ação que pratica (aspecto cognitivo) e deseja praticá-la para alcançar o fim que o anima (aspecto volitivo)¹⁹⁴.

Como apontam Emerson Alves e Rogério Garcia é impossível se penetrar na consciência e no psiquismo do sujeito, de tal forma que o dolo será aferido de acordo com as “circunstâncias periféricas ao caso concreto, como o conhecimento dos fatos e das consequências, o grau de discernimento exigido para a função exercida e a presença de possíveis escusas”¹⁹⁵. Portanto, a prova do dolo da conduta ímproba acaba sendo fruto de um processo indutivo tomado a partir da premissa de que “nenhum agente desconhece a proibição de se enriquecer às expensas do exercício de atividade pública ou de permitir que, por ilegalidade de sua conduta, outro o faça”¹⁹⁶. Logo, se recebeu no exercício de uma função e para prática de ato de ofício aquilo que sabe não lhe ser devido como contraprestação pelo seu estatuto funcional, a vantagem é indevida.

Parafraseando Waldo Fazzio Júnior, nessas condições, “a consciência de antijuridicidade é manifesta”¹⁹⁷, sendo logicamente impróprio admitir a figura culposa para o enriquecimento ilícito, já que não se supõe que alguém possa

¹⁹³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 275.

¹⁹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 368.

¹⁹⁵ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 437.

¹⁹⁶ FAZZIO JUNIOR, Waldo; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 56.

¹⁹⁷ FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 154.

agregar ao seu patrimônio vantagem econômica por imprudência, negligência ou imperícia.

Neste quadrante, costuma-se verificar que muitos se dirigem à conduta ímproba como ato de má-fé, conceito que, todavia, deita suas raízes no âmbito do direito civil, sobretudo no exame da responsabilidade civil. Como adverte José Roberto Pimenta Oliveira, no âmbito do Direito Sancionador, entretanto, o emprego técnico da qualificação da voluntariedade da conduta deve recair sobre o exame do dolo, devendo ser a este equiparada a pecha da má-fé à conduta ímproba, enquanto ato voluntário contrário à lei com consciência de sua ilicitude¹⁹⁸.

Prosseguindo, para Pedro Roberto Decomain a conduta passa a ser considerada ilegal quando o agente público tenha atuado de modo consciente e deliberado para incorporar a vantagem ilícita em seu patrimônio particular, bastando a intenção de recebê-la.¹⁹⁹

Entretanto, a intenção, sem a efetiva incorporação da vantagem ilícita ao patrimônio do agente público, direta ou indiretamente, não é suficiente para a configuração do ilícito tipificado pelo artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92, em razão da natureza do verbo “auferir”, impõe a obtenção do resultado material para a consumação da conduta.

Nesse sentido, Waldo Fazzio Junior, Marino Pazzaglini Filho e Márcio Fernando Elias Rosa afirmam que o “núcleo das condutas tipificadoras do enriquecimento ilícito é a obtenção de vantagem econômica”²⁰⁰ ou, conforme leciona Fabio Osório Medina, “os tipos do enriquecimento ilícito são de ordem material, isto é, exigem consumação do recebimento da vantagem”.²⁰¹

Eventual conduta do agente público iniciada com o objetivo de obter vantagem econômica indevida em razão do cargo, sem atingir sua pretensão, em aproximação a uma tentativa de se enriquecer ilicitamente, deverá ser

¹⁹⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 277.

¹⁹⁹ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. p.85.

²⁰⁰ FAZZIO JUNIOR, Waldo; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 55.

²⁰¹ OSÓRIO, Fabio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 372.

tipificada pelo artigo 11 da Lei Federal n.º 8.429/92²⁰². De modo semelhante, a promessa de vantagem econômica ao agente público para a prática de ato de ofício não seria suficiente para preencher a tipicidade material do artigo 9º *caput* da Lei Federal n.º 8.429/92, uma vez que nenhuma vantagem econômica teria ingressado em sua esfera jurídica, sendo, até então, mera expectativa de obtê-la.

Novamente, adverte-se que eventual ato ou omissão praticado pelo agente público em virtude de tal expectativa de vantagem não é um indiferente jurídico, devendo a conduta ser tipificada de acordo com o artigo 9º, inciso V da Lei Federal n.º 8.429/92, para as hipóteses de tolerância de exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita quando o agente público tenha como atribuição funcional coibi-las, ou nos artigos 10 ou 11 da Lei Federal n.º 8.429/92 para as demais hipóteses, a depender da avaliação dos fatos concretos, isto é, se o ato de improbidade causou dano ao Erário ou infringiu princípio da Administração Pública.

O mesmo ocorrerá em relação aos atos de improbidade praticados pelo agente público que vise a fins não patrimoniais, não obstante usando as atribuições do cargo para perseguição de objetivos pessoais, como é o caso daqueles que objetivem ascensão profissional ou favorecimentos políticos em busca de reciprocidade futura. No limite, as condutas poderão se sujeitar às hipóteses previstas no artigo 10 ou 11 da Lei Federal n.º 8.429/92.²⁰³

Marcelo Figueiredo debate acerca da natureza da vantagem percebida pelo agente. Apesar de não negar que a vantagem deva ter natureza econômica, derivada do adjetivo “patrimonial” cunhado no dispositivo legal ora examinado²⁰⁴, em seu entendimento considera como conduta típica o “recebimento de qualquer interesse, direto ou indireto, que afronte o padrão jurídico da probidade administrativa”, uma vez que a tônica do legislador, ao tratar os demais incisos, cuidou de situações que configuram atrito concreto ao padrão de moralidade administrativa, não se prendendo ao conteúdo exclusivamente econômico²⁰⁵.

²⁰² OSÓRIO. Fabio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 340.

²⁰³ OSÓRIO. Fabio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 343.

²⁰⁴ FIGUEIREDO. Marcelo. *Probidade Administrativa*. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 68.

²⁰⁵ FIGUEIREDO. Marcelo. *Probidade Administrativa*. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 69.

Em aderência a Marcelo Figueiredo, Wallace Paiva Martins Júnior, escorando-se em Antônio José de Mattos Neto, também advoga que a vantagem patrimonial não é apenas aquela de natureza econômica, diante da necessidade de preservação da moralidade administrativa²⁰⁶. Trata-se de posição minoritária na Doutrina, onde prevalece a opinião de que a vantagem deve ter objetivos patrimoniais²⁰⁷, sem prejuízo de eventual tipificação da conduta imoralmente qualificada como ilícito prescrito nos artigos 10 ou 11, a depender da existência ou não de dano ao Erário²⁰⁸.

Fábio Osório Medina reconhece que a maioria dos casos de enriquecimento ilícito por meio da incorporação de vantagem indevida pelo agente público ocorre por meio de atos de corrupção, qualificados pela bilateralidade, com a participação de um *extraneus*. Todavia, o autor destaca que a presença do terceiro não é indispensável para a obtenção da vantagem patrimonial indevida pelo agente público, não sendo exigível pelo artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92.²⁰⁹

Além dos atos de corrupção, o autor registra a existência de outra patologia institucional que é objeto de repressão pela Lei de Improbidade Administrativa, inclusive pelo artigo 9º *caput*, consistente na fraude pública, em que o agente público está envolvido em práticas ilícitas sem a participação de atores externos. Nessa ocasião, o agente público faz uso das atribuições de seu cargo de forma abusiva para obter vantagens pessoais.²¹⁰

O aspecto quantitativo da vantagem patrimonial também poderá influir na tipificação da conduta avaliada. Consoante lição de Fábio Osório Medina, o recebimento de uma vantagem econômica ínfima pelo agente público,

²⁰⁶ MATTOS NETO. Antônio José. Responsabilidade Civil por Improbidade Administrativa. RT. V. 752. Jun. 1998, *Apud* MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 229.

²⁰⁷ Nesse sentido, confira-se PAZZAGLINI FILHO. Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 52. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade administrativa: alguns aspectos controvertidos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 61-92, jan. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45126/45037>>. Acesso em: 03 Ago. 2020.

²⁰⁸ Nesse sentido: OSÓRIO. Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 330. ALVES. Emerson. GARCIA. Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 390.

²⁰⁹ OSÓRIO. Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 368.

²¹⁰ OSÓRIO. Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 369.

incapaz de alterar seu *status* patrimonial, poderia ser desclassificada do artigo 9º para o artigo 11. Para o autor, a questão se subsume ao modo como a vantagem indevida é captada, pois, caso a recebesse, estar-se-ia diante do artigo 9º, enquanto, se solicitasse a vantagem, a conduta estaria afinada à incidência do artigo 11 da lei²¹¹. Assevera, ainda, ser possível a aplicação das penas descritas no artigo 12, inciso III da Lei Federal n.º 8.429/92 se, apesar de receber a vantagem, esta for de menor monta, à semelhança da aplicação do princípio da insignificância atraído do Direito Penal.²¹²

Discorda-se da afirmação de Fábio Osório Medina em razão do potencial violador do princípio da legalidade, que é extremamente sensível no bojo do processo administrativo sancionador, uma vez que flexibilizaria a vinculação legal das sanções cominadas pelo artigo 12 de acordo com a gravidade de cada modelo de conduta sob a perspectiva dos bens jurídicos lesados pelo ato de improbidade.

Sem prejuízo da submissão da avaliação da extensão da vantagem patrimonial ao momento da dosimetria da pena, entende-se que a tipificação das condutas, quando extrapolarem o conteúdo expresso pelos artigos 9º ao 11º, deveria se conduzir pelo exame do grau da ofensa ao bem jurídico tutelado.²¹³

Portanto, para fins de tipificação da conduta, antes de averiguar se o agente público “recebeu” ou “solicitou” determinada vantagem patrimonial, caberia avaliar a intensidade em que a conduta ofenderia o bem jurídico subjacente ao tipo a que se pretende imputar. Acrescenta-se que, para efeitos do artigo 9º, além da violação à honestidade funcional, institucional ou remuneratória, deve haver a efetiva consumação do elemento normativo, isto é, que a vantagem econômica ingresse na esfera jurídica do agente público, sendo suficiente para enriquecê-lo de modo ilegítimo.

Tais hipóteses ganham especial matiz no exame das vantagens não pecuniárias, uma vez que o exame da tipificação material da conduta deve considerar não apenas a desestabilização da confiança e da imparcialidade que se espera da atuação do agente público, como também que essa vantagem represente uma

²¹¹ OSÓRIO, Fabio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 374.

²¹² OSÓRIO, Fabio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 375.

²¹³ Nesse aspecto, retoma-se a afirmação efetuada no capítulo anterior, com escólio em José Roberto Pimenta Oliveira, para quem que o critério norteador para a tipificação deverá ser o grau de lesividade à subcategoria do bem jurídico tutelado pela conduta (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 241.)

conservação significativa do patrimônio do agente público, em situação na qual seu custeio, por recursos próprios, representaria a diminuição de seu patrimônio.²¹⁴ Vale dizer: tanto a ofensa ao bem jurídico tutelado quanto à pequena expressão patrimonial decorrente da vantagem devem ter reduzida expressão antijurídica para se cogitar a não configuração da tipicidade material da conduta.²¹⁵

Sem o atingimento do elemento material do tipo, a conduta deve ser desclassificada para aquelas previstas pelo artigo 10 da Lei Federal n.º 8.429/92, quando simultaneamente ao percebimento da vantagem patrimonial indevida não repercute no enriquecimento do agente público não obstante cause prejuízo ao Erário ou ao artigo 11 da sobredita lei, quando o ato incapaz de representar aumento patrimonial ofenda a boa administração, a lealdade às instituições ou a imparcialidade.

3.1.2. Em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego

O segundo requisito estabelecido pelo artigo 9º, *caput* da Lei Federal n.º 8.429/92, diz respeito à vinculação entre a obtenção da vantagem patrimonial causadora de enriquecimento ilícito pelo agente público e o exercício funcional e abusivo de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no artigo 1º da citada lei. Trata-se de circunstância causal que vincula o resultado da conduta ilícita à prática do ato pelo sujeito ativo, sem a qual o processo de tipificação se torna incompleto.

Agentes públicos são aqueles que “exprimem manifestação de vontade estatal”, desempenhando atividade desta natureza e

²¹⁴ Entende-se que, em função da aplicação do princípio da proporcionalidade, não basta o mero exercício de subsunção formal da conduta ao tipo incriminador, devendo o intérprete avaliar se o ato praticado viola materialmente os elementos objetivos do tipo, justificando a aplicação da sanção estatal, podendo-se admitir, a aplicação extensiva do princípio da insignificância do Direito Penal ao âmbito do processo administrativo sancionador. Nesse sentido, advogando a ausência de tipificação material aos atos de enriquecimento ilícito de ínfimo ou de nenhum valor: ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 170. NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Improbidade administrativa: alguns aspectos controvertidos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 61-92, jan. 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45126/45037>>. Acesso em: 03 Ago. 2020. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 281.

²¹⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 283.

devidamente investidos para tanto.²¹⁶ Nesta sintética definição da lavra de Celso Antônio Bandeira de Mello verifica-se a existência de um elemento objetivo, sempre obrigatório nas relações jurídicas travadas pelo Estado e um elemento subjetivo consistente na prévia investidura.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello incluem-se na categoria jurídico administrativa de agentes públicos os agentes políticos, os servidores estatais e os particulares em colaboração com o Poder Público²¹⁷. Convém antecipar que o Autor entende que agentes políticos são titulares de cargos estruturais à organização política, na forma prevista na Constituição da República, embora não considere para tais fins os ocupantes dos cargos no Poder Judiciário ou ocupantes de funções essenciais à Justiça²¹⁸. Por seu turno, particulares em colaboração com a Administração seriam aqueles sujeitos que exercem função pública em caráter episódico.

A Lei Federal n.º 8.429/92, em seu artigo 2º, trouxe um conceito específico de agente público. Seu teor é capaz de abranger não apenas os servidores estatais, isto é, aqueles que na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello sejam titulares de cargos, emprego ou função pública, efetivos ou temporários.

A grande peculiaridade da sujeição passiva, porém, é a regra de extensão prevista na parte final do artigo 2º da lei geral de improbidade administrativa, que torna aplicável a disciplina deste sistema de responsabilidade aos indivíduos que sequer sejam considerados agentes públicos por não terem preenchido o requisito subjetivo do conceito de agente público, isto é, a prévia investidura. Trata-se da hipótese de indivíduos que exerçam atividades em entidades referidas no parágrafo único do artigo 1º da Lei Federal n.º 8.429/92.

Tal extensão se deve ao fato que a Lei Federal n.º 8.429/92 considera como sujeito passivo não apenas aquelas figuras tradicionalmente consideradas pela doutrina como entes integrantes do conceito da Administração Pública Direta ou Indireta, mas também as pessoas jurídicas de direito privado que recebam do Estado auxílio, subvenção econômica, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício ou que tenham em seu capital participação pública minoritária.

Parênteses para propor que os conceitos aludidos sejam compreendidos em sua acepção técnica, associados à aplicação estrita na lei de regência,

²¹⁶ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 227.

²¹⁷ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 229.

²¹⁸ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 229.

sob pena de que sua interpretação extensiva ocasione violação à regra da tipicidade. Com efeito, o auxílio, a subvenção, social ou econômica, o benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, devem ser apurados de acordo com os conceitos estritos especificados pelo Direito Financeiro, plasmados no artigo 12 da Lei Federal n.º 4.320/64 e nos artigos 14 e 25 a 27 da Lei Complementar Federal n.º 101/2000, respectivamente.²¹⁹

Nesse compasso, José dos Santos Carvalho Filho anota que os dirigentes de concessionárias ou permissionárias de serviços públicos não são alcançados pela regra de extensão prevista no artigo 2º da lei geral de improbidade administrativa, uma vez que as receitas obtidas para operação dessas atividades são provenientes de tarifas²²⁰, em razão de se tratar de recursos de natureza privada.

Perfilha-se tal conclusão, propondo sua extensão, também, às concessionárias de serviço público que explorem concessões patrocinadas ou administrativas, na medida que a contraprestação pecuniária, acompanhada ou não de tarifa, não pode ser classificada como auxílio ou subvenção para efeitos do parágrafo único do artigo primeiro da Lei Federal n.º 8.429/92.

Novamente, adverte-se que o alargamento conceitual das expressões adotadas no Direito Financeiro para incorporar todo e qualquer recurso de origem pública poderia chegar ao ponto de abranger a contraprestação pública em favor de pessoa jurídica de direito privado que celebre um contrato administrativo típico, tornando-o sujeito passivo de atos de improbidade independentemente da participação de agente público, o que evidentemente foge à finalidade da Lei Federal n.º 8.429/92.

A respeito, noticia-se que o substitutivo proposto pelo Deputado Carlos Zarattini, por meio do PLRP n. 1/0, em 21 de outubro de 2020, ao

²¹⁹O Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público define como auxílio as “despesas orçamentárias destinadas a atender a despesas de investimentos ou inversões financeiras de outras esferas de governo ou de entidades privadas sem fins lucrativos”. Por sua vez, a subvenção social é a despesa orçamentária destinada “a cobertura de despesas de instituições privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa, de acordo com os artigos 16, parágrafo único, e 17 da Lei nº 4.320/1964”. A subvenção econômica é a despesa orçamentária, autorizada em lei específica, destinada a custear entidades privadas com fins lucrativos, por meio de concessão de bonificações a produtores, distribuidores e vendedores; cobertura, direta ou indireta, de parcela de encargos de empréstimos e financiamentos e dos custos de aquisição, de produção, de escoamento, de distribuição, de venda e de manutenção de bens, produtos e serviços em geral, dentre outros. (BRASIL. Tesouro Nacional. Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público. 8ª Edição. 2018. p. 87. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/manual-de-contabilidade-aplicada-ao-setor-publico-mcasp/2019/26>. Acesso em: 25 nov. 2020.)

²²⁰CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 107.

Projeto de Lei n.º 10.887, de 17 de outubro de 2018 que visa a alterar a Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, determina que estão sujeitas às sanções da lei a pessoa física ou jurídica submetida ao regime jurídico de direito privado que recebam recursos públicos no bojo de convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente.²²¹ A previsão reforça a não incidência da lei de improbidade administrativa às pessoas jurídicas de direito privado que recebam recursos públicos a título de contraprestação por atividades desenvolvidas no interesse da administração, alcançando os contratos administrativos típicos ou os contratos de concessão em sentido amplo²²².

Tal previsão converge para a proposta do Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção (MESICIC) constante na minuta de lei para regulamentar a obrigação contida no artigo III da Convenção Interamericana contra a corrupção, relativa ao dever de transparência e acesso aos dados financeiros de agentes públicos. Como será visto no item 3.2.4. deste trabalho, a proposta possui como eixo estruturante a prevenção de conflitos de interesse, a detecção e produção de evidências úteis à persecução penal por crimes associados à corrupção, como é o caso do enriquecimento ilícito.²²³

O artigo 3º da proposta legislativa sugere a exclusão do dever de declaração dos contratados com a Administração Pública, porque a relação deles deve estar sujeita ao regime jurídico das contratações públicas²²⁴, circunstância que reforça a restrição do alcance do sujeitos ativos apenas àqueles que recebam dinheiro público a partir da concepção estrita ora defendida.

²²¹ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n.º 10.887, de 17 de outubro de 2018. Altera a Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1938171&filename=PRLP+1+%3D%3E+PL+10887/2018. Acesso em: 25 nov. 2020.

²²² Essa conclusão levaria a excluir, por exemplo, da incidência da Lei Federal n.º 8.429/92 um diretor financeiro de uma Sociedade de Propósito Específico que tenha firmado contrato de concessão patrocinada com a Administração Pública e se aproprie indevidamente dos recursos da pessoa jurídica para satisfação de interesses pessoais.

²²³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Documento Explicativo Del Proyecto De Ley Modelo Sobre Declaración De Intereses, Ingresos, Activos Y Pasivos De Quienes Desempeñan Funciones Públicas*. Washington D.C. 2013. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/ley_explicativo.pdf. Acesso em: 1 nov. 2020.

²²⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Documento Explicativo Del Proyecto De Ley Modelo Sobre Declaración De Intereses, Ingresos, Activos Y Pasivos De Quienes Desempeñan Funciones Públicas*. Washington D.C. 2013. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/ley_explicativo.pdf. Acesso em: 1 nov. 2020.

Por isso, afirma-se que as pessoas físicas que integrem a estrutura das pessoas jurídicas de direito privado de que trata o artigo 1º, parágrafo primeiro da Lei Federal n.º 8.429/92 podem ser consideradas sujeitos ativos e, caso pratiquem quaisquer das condutas previstas na lei geral de improbidade administrativa, poderão sofrer as consequências nela determinadas, ainda que sem a participação de um agente público no fato.

Exemplo: um Diretor de Organização Social que receba recursos do Estado para execução de contrato de gestão na área cultural e que desvie valores arrecadados, para si ou para terceiros, fora da finalidade ou dos limites entabulados no instrumento que origina o negócio jurídico fomentado, ainda que sem a participação efetiva de agente público, pode praticar a conduta do artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/93. Disso se extrai que a Lei Federal n.º 8.429/92 já previu um sistema de prevenção à corrupção aplicável às relações entre pessoas jurídicas de direito privado.

Com efeito, o artigo 9º *caput* da Lei Federal n.º 8.429/92 estabelece um nexo de causalidade decorrente do exercício da competência pública para a obtenção da vantagem patrimonial ilícita obtida. Há uma relação necessária entre o meio adotado para o atingimento do elemento subjetivo especial, consistente no dolo de obtenção da vantagem patrimonial específica, sem a qual se torna incompleto o processo de tipificação da conduta.

Tal conclusão se extrai da lição de Mauro Roberto Gomes de Mattos, a partir do seguinte excerto:

“o exercício funcional irregular, com mácula à probidade administrativa e à moral, é que desencadeia os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito. Se o ato inquinado de ímprobo não for em razão da função pública exercida pelo agente, faltarão o devido e necessário nexo causal”²²⁵

Cabe lembrar, com amparo em José Roberto Pimenta Oliveira, que a concretização da aplicação do artigo 37, parágrafo 4º da Constituição da República é a matriz ético-jurídica interpretativa que colora a violação do direito.

²²⁵ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Ilegalidade de presumirem-se depósitos bancários como enriquecimento ilícito do agente público para fins de improbidade administrativa. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 97-140, abr./jun. 2006.

Ausente os traços do motivo constitucional no contexto da prática da conduta, perde-se o elo de correlação axiológica que justifica a imposição das sanções nele elencadas.²²⁶

Nesse compasso, o artigo 9º *caput* da Lei Federal n.º 8.429/92 impõe que a avaliação da conduta esteja vinculada à identificação da atividade funcional exercida pelo agente público, sem a qual a vantagem patrimonial indevida não seria obtida. Isso porque, o bem jurídico tutelado pela referida disposição legal diz respeito à honorabilidade da função pública, à integridade e à isonomia no exercício da competência pública atribuída por lei ao agente público, que deve ser orientada para o atingimento do legítimo interesse público que motivou sua atuação no plano concreto. Há, sob uma perspectiva indireta, a proteção ao desvio de poder²²⁷, merecendo grave reprimenda por ferir de forma mais contundente o interesse republicano²²⁸.

Desse modo, entende-se que o artigo 9º *caput* da Lei Federal n.º 8.429/92 mantém o procedimento de tipificação outrora adotado pela Lei Federal n.º 3.502/58, exigindo a comprovação da conduta funcional que seja a causa da obtenção da vantagem patrimonial indevida, diferentemente do que afirmado por Wallace Paiva Martins Júnior, que acredita que a lei geral de improbidade administrativa vigente dispensa a comprovação do requisito em comento.²²⁹

Para o autor, é “irrelevante para os fins da lei que o agente público pratique ato lícito ou ilícito”²³⁰, sendo a incidência da Lei Federal n.º 8.429/92 sobre qualquer das situações “porque é intolerável o uso anormal e antiético da função pública para se enriquecer, mesmo agindo lícitamente”²³¹, ficando sujeita à incidência do artigo 9º *caput* da Lei Federal n.º 8.429/92 em quaisquer hipóteses que esbocem as características de enriquecimento ilícito, posição de que se discorda.

Logo, a obtenção de uma vantagem patrimonial ilícita percebida pelo agente público, independente do exercício de sua função, não pode ser objeto da imposição aludida no artigo 9º *caput* da Lei Federal n.º 8.429/92. Cite-se, como exemplo, o oferecimento de um almoço sofisticado a determinado agente público

²²⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 181.

²²⁷ FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 133.

²²⁸ FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 145.

²²⁹ MARTINS JUNIOR. Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 228.

²³⁰ MARTINS JUNIOR. Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 228.

²³¹ MARTINS JUNIOR. Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 228.

por sua associação de classe, cujas atribuições não atenderão aos interesses do patrocinador.

Com efeito, a justa causa que suportaria a imputação demandaria, além da evidenciação dos elementos objetivos e subjetivos anteriormente discriminados, a comprovação do elemento circunstancial sob pena de violação do princípio da legalidade e seu corolário princípio da tipicidade, afastando-se a imputação da matriz ético-jurídica constitucional que preside a tipificação.

Note-se que a disposição semântica do elemento circunstancial se aproxima do programa normativo previsto no inciso V do artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92, em que pratica ato de improbidade administrativa o agente público que recebe vantagem econômica para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita. Na hipótese do inciso V, a lei exige uma qualidade especial do sujeito ativo, isto é, que o beneficiado pela vantagem patrimonial ilícita tenha atribuição funcional de evitar ou punir as condutas descritas pelo tipo, deixando de agir de acordo com o dever que lhe é imposto por lei, no intuito de beneficiar a si ou a terceiro ilicitamente.²³²

Portanto, para a tipificação da conduta prescrita no artigo 9º *caput* da Lei Federal n.º 8.429/92 a causa do enriquecimento desmedido deve ser decorrente (justificada pela expressão “em razão do”) do uso abusivo do exercício funcional.²³³

3.2. Enriquecimento ilícito por aumento patrimonial desproporcional à remuneração

Segundo assinala Fábio Medina Osório, o enriquecimento desproporcional sem causa aparente é um dos problemas mais “comuns, históricos e intrincados do sistema brasileiro”²³⁴. O autor cita hipóteses em que agentes públicos

²³² DECOMAIN. Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 93. PAZZAGLINI FILHO. Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 62.

²³³ PAZZAGLINI FILHO. Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 55.

²³⁴ OSÓRIO. Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018. p. 386.

passam a ostentar patrimônio milionário após poucos anos de serviço público, por meio de inúmeros artifícios de dissimulação patrimonial ou lavagem de dinheiro²³⁵.

Em tal modalidade de enriquecimento, o agente público passa a ostentar um padrão de vida incompatível com a renda auferida por seus pares, de tal modo a levantar suspeitas da origem dos recursos utilizados para a manutenção da vida naqueles patamares não usuais. Para tanto, é mister avaliar a situação financeira individual e familiar do agente público, depurando-se as chances de que mecanismos dissimulatórios subtraíam de sua esfera jurídica a titularidade dos ativos capazes de prover o padrão de vida diferenciado, esquivando-se da aplicação da lei.

O artigo 9º inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92 previu a tipificação de ato de improbidade administrativa decorrente da aquisição, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, de bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou da renda do agente público.

Emerson Alves e Rogério Garcia anotam que o preceito legal estabelece uma presunção *iuris tantum* de ilegitimidade do patrimônio adquirido de modo incompatível com os rendimentos percebidos em razão do exercício do cargo, emprego ou função pública.²³⁶

Conforme leciona Waldo Fazzio Júnior, o tipo busca repelir a situação em que o agente público, durante o exercício de cargo público, passa a usufruir de riqueza material discrepante com a evolução de seu patrimônio ou com sua remuneração e rendas quando comparado com seus rendimentos declarados e conhecidos. Para Marino Pazzaglini Filho o dispositivo “cuida do enriquecimento do agente público, durante o exercício de função pública, sem causa lícita conhecida”²³⁷

Note-se, a despeito da afirmação de Waldo Fazzio Júnior, que o critério temporal posterior à exoneração do agente público não está previsto na lei. Lembre-se que a proposta legislativa do Senado Federal incluía o período de até dez anos após o desligamento do agente público passível de sujeição ao enriquecimento ilícito, o que fora, todavia, subtraído na votação ao substitutivo do projeto de lei que

²³⁵ OSÓRIO. Fabio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018. p. 386.

²³⁶ ALVES. Emerson. GARCIA. Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 491.

²³⁷ PAZZAGLINI FILHO. Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 64.

originou a Lei Federal n.º 8.429/92. Torna-se evidente, portanto, que a tipicidade do artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92 cessa com o término da relação jurídica de sujeição especial firmada entre o agente e a Administração Pública.

O tipo em questão guarda semelhanças com a figura descrita no artigo 9º, *caput* da Lei Federal n.º 8.429/92, como é o caso do elemento objetivo, consistente na aquisição de vantagem patrimonial de forma ilícita. No mais, as figuras típicas carregam entre si diferenças significativas, a começar pelo bem jurídico tutelado que, no caso examinado, é mais específico em relação àquele que suporta a figura típica da cabeça do dispositivo.

Rodrigo Fernando Machado Alves assinala com precisão que o dolo da conduta subjacente ao artigo 9º inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92 está na intenção de se “realizar depósitos, saques, transferências e outras movimentações significativas de renda incompatíveis com os vencimentos que possui”²³⁸. Essa é uma das principais distinções com as condutas tipificadas no *caput* do artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92. Como se verá adiante, a configuração do enriquecimento ilícito por aumento desproporcional à remuneração prescinde da demonstração da vontade de praticar atos de corrupção em contraprestação a subornos recebidos, já que tais atos não compõem o plano prescritor do tipo, respeitando-se a autonomia entre o *caput* e o respectivo inciso. Nesse compasso, o autor afirma que o tipo “não individualiza a conduta corrupta em si, mas das consequências de sua realização”.²³⁹

Emerson Alves e Rogério Garcia lecionam que a configuração do enriquecimento ilícito por aumento patrimonial desproporcional à remuneração é composta por três elementos explícitos e um implícito. O primeiro elemento explícito diz respeito ao enriquecimento do agente, exteriorizado por meio da evolução patrimonial. O segundo, temporal, relacionado ao aumento patrimonial correspondente ao período em que o agente público ocupe cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades elencadas no artigo 1º da Lei Federal n.º 8.429/92.

²³⁸ ALVES, Rodrigo Fernando Machado. Desafios do Combate a Corrupção pela Identificação do Enriquecimento Ilícito dos Agentes Públicos Federais no Brasil. Combate a Corrupção na Administração Pública - Diálogos Interinstitucionais. *Publicações da Escola da AGU*. Volume 12, n. 02, Brasília, maio/ago. 2020. p. 173-190. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU>. Acesso em: 17 nov. 20.

²³⁹ ALVES, Rodrigo Fernando Machado. Desafios do Combate a Corrupção pela Identificação do Enriquecimento Ilícito dos Agentes Públicos Federais no Brasil. Combate a Corrupção na Administração Pública - Diálogos Interinstitucionais. *Publicações da Escola da AGU*. Volume 12, n. 02, Brasília, maio/ago. 2020. p. 173-190. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU>. Acesso em: 17 nov. 20.

O terceiro elemento é a ausência de justa causa, isto é, a existência de outras fontes de renda lícitas justifiquem o acréscimo patrimonial. Ao seu turno, o elemento implícito decorre do nexo causal entre o enriquecimento do agente e o exercício de sua atividade pública, de modo que o enriquecimento do agente público se afigura como indício demonstrador da ilicitude daquela.²⁴⁰

Em razão das balizas ora traçadas, propõe-se que o enunciado legal seja fracionado, buscando-se consolidar o enriquecimento ilícito sem causa aparente dentro da proposta sistêmica da improbidade administrativa, valendo-se da análise da potencialidade lesiva do ato frente ao bem jurídico tutelado, do exame dos elementos objetivos do tipo e da dimensão da relação de causalidade entre o enriquecimento do agente público e o exercício da função pública.

3.2.1. A honestidade remuneratória como bem jurídico tutelado

Sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo tipo, parece indispensável reiterar que o dispositivo legal é autônomo em relação aos seus pares, pelos mesmos argumentos suscitados quando defendida a autonomia entre as figuras descritas no *caput* dos artigos 9º ao 11º da Lei Federal n.º 8.429/92 e seus respectivos incisos.

Apesar da unidade teleológica de todas as condutas previstas no artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92 orbitar em torno da manutenção da honestidade, da honra subjetiva e objetiva da Administração Pública, avoca-se a subdivisão da tutela da honestidade funcional, remuneratória e institucional²⁴¹.

No âmbito da repressão ao aumento desproporcional do patrimônio do agente público em relação a sua contraprestação, se está diante da tutela de bem jurídico distinto em relação àquele que rege a cabeça do artigo 9º. Nesta quadra, antes da preocupação com a tutela da honra funcional, o dispositivo busca aferir a honestidade remuneratória do servidor público.

Diante dessa especificidade e em homenagem ao tratamento destacado do enriquecimento ilícito por aumento patrimonial de agente

²⁴⁰ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 390.

²⁴¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 241.

público nas convenções de Mérida (artigo 20) e da Organização dos Estados Americanos contra a corrupção (inciso IX), José Roberto Pimenta Oliveira propõe a separação do inciso VII do artigo 9º em tipificação própria²⁴², o que contribuiria para a adequada interpretação da norma, da sua finalidade sistêmica e autônoma perante as demais hipóteses previstas no artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92.

Inicialmente, comunga-se parcialmente com a afirmação de Wallace Paiva Martins Júnior de que o agente público tem como fonte exclusiva de rendimentos os vencimentos de seu cargo²⁴³.

O artigo 37, inciso XVI da Constituição da República veda a acumulação de remuneração de empregos e cargos públicos, com as ressalvas ao exercício simultâneo entre cargos ou empregos técnicos, como acúmulo de cargo técnico com o exercício do magistério ou dois cargos ou empregos privativos de profissionais da área da saúde, desde que haja compatibilidade de horários. A extensão também é dirigida ao servidor público eventualmente empossado em mandatos políticos, como se extrai do artigo 38 do Texto Constitucional.

Além das hipóteses legais de acúmulo de atribuições de natureza pública, é preciso verificar se há uma relação de exclusividade entre o agente público e a Administração Pública a que ele se encontra funcionalmente vinculado. No âmbito do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, a Lei Federal n.º 8.112/90, no artigo 117, inciso X, veda aos servidores públicos participarem de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada para exercício de atividade econômica de natureza privada, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário.

Disso se extrai, a *contrario sensu*, que a relação jurídica funcional do servidor público com a Administração Pública não é exclusiva, sendo lícito, em tese, o exercício de atividade privada pelo agente público, desde que haja compatibilidade de horário e mantido o cumprimento dos demais deveres funcionais, como o zelo, a dedicação, a pontualidade, a presteza, dentre outros encargos entabulados pelo seu estatuto funcional. Portanto, à primeira vista, pode-se cogitar que o patrimônio individual de um agente público seja composto de receitas advindas de sua

²⁴² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção, na atuação cível do Ministério Público Federal, nos 30 anos da Constituição Federal. In: HIROSE. Regina Yamani. *Carreiras típicas de Estado: desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 181-198.

²⁴³ MARTINS JÚNIOR. Wallace Paiva. *Proibição Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 237.

contraprestação tanto pelo exercício de atividade pública, como também de atividades de natureza privada.

Cabe advertir, por outro lado, que há determinados postos de trabalho no âmbito da Administração Pública que tornariam o exercício de atividades privadas concomitantes sujeitas a diversas contraindicações, tanto sob a perspectiva dos deveres funcionais reservados a tais agentes públicos, como também em razão da incidência de princípios norteadores da Administração Pública, como é o caso do princípio eficiência.

Essa discussão leva a afirmar que o exercício de atividades privadas pelo agente público não depende apenas da compatibilidade de horários. Consoante busca estabelecer o artigo 54 da Constituição da República para os titulares de mandatos eletivos no âmbito do Poder Legislativo, há situações em que o exercício concomitante da atividade pública e privada pode gerar conflito de interesses, o que tornaria ilícito o acúmulo em questão e, conseqüentemente, o patrimônio acumulado dessa relação.

Conforme tratamos anteriormente, a Lei Federal n.º 12.813/13 dedicou-se a regulamentar hipóteses em que a atuação do agente público pode revelar a existência de conflito de interesses. Como visto, a referida legislação Federal dá concretude a compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no contexto da prevenção à corrupção, em cumprimento ao artigo III da Convenção da Organização dos Estados Americanos contra a corrupção e no artigo 7º da Convenção de Mérida.

Embora se trate de temática que mereça pesquisa própria em razão da extensão, é possível afirmar que há determinadas atividades administrativas cujo desempenho requer dedicação exclusiva do agente público em razão de sua importância estratégica para o funcionamento orgânico da Administração Pública. Cite-se, exemplificativamente, a figura do ordenador de despesa de determinada unidade gestora de orçamento adquirente de insumos básicos de uma Autarquia Hospitalar ou um Coordenador de Projetos de Mobilidade Urbana ocupante de função em um Município integrante de Região Metropolitana, atividades que, sem dúvida, demandam grande dedicação, pesquisa, conhecimento e experiência profissional para o mínimo exercício exitoso da atividade.

Foi visto anteriormente que a doutrina se inclina pela incidência da exclusividade da atuação do agente público no exercício de sua atuação, como desdobramento do dever de fidelidade e impessoalidade. Paradigmática a

afirmação de Marcello Caetano, para quem a diferença entre os servidores públicos de outros agentes está na marca do profissionalismo daqueles, por “abraçarem a função pública como modo de vida ao qual dedicam toda a sua atenção, no qual procuram fazer carreira e de onde auferem os recursos necessários à sustentação de seu lar”²⁴⁴. Este, contudo, não parece ser o melhor argumento para a defesa da exclusividade na atuação do agente público.

A desejável relação de exclusividade do agente público perante a Administração Pública está associada com a profissionalização da função pública, circunstância hábil à criação de uma administração eficiente, especializada e dotada de plenas condições técnicas, capaz de atender às necessidades e às expectativas democráticas sobre a atuação do Estado.

Além da necessária profissionalização do agente público, em busca da melhor administração dos interesses públicos que estão sob a sua tutela, Raquel Dias da Silveira destaca a necessidade de “tratamento neutro e isonômico do servidor, valorizando-o como ser humano que faz do serviço público sua profissão”.²⁴⁵

Tal premissa implica no direito à remuneração justa pelo trabalho ofertado ao Estado, sem prejuízo de outras garantias que lhe permitam o aprimoramento profissional em prol da contínua evolução de sua capacidade laborativa²⁴⁶. Sem a profissionalização do agente público, haverá uma erosão de seu horizonte profissional nos quadros da Administração, o que contribui para que motivos diversos da melhor atuação e dedicação orientadas ao serviço público sejam objeto de sua inspiração, o que favorece a perda da consciência compromissada com o atingimento do bem-estar coletivo que deve animar sua atuação.²⁴⁷

Com efeito, apesar de louvável a profissionalização do serviço público, por aplicação dos princípios da impessoalidade e da eficiência,

²⁴⁴ CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 288 *Apud* SILVEIRA, Raquel Dias da. *Profissionalização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 65.

²⁴⁵ SILVEIRA, Raquel Dias da. *Profissionalização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 66.

²⁴⁶ SILVEIRA, Raquel Dias da. *Profissionalização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 66.

²⁴⁷ O sucesso na defesa do gasto público eficiente perpassa, necessariamente, pela profissionalização dos agentes públicos envolvidos e pela definição de uma regulamentação ética a eles direcionada, sem prejuízo de medidas que visem dar a maior transparência e monitoramento dos atos praticados nas licitações e que fortaleçam a livre competição entre os agentes de mercado. Nesse sentido, confira-se: RACCA, Gabriella M; YUKINS, Christopher R. *Steps for integrity in public contracts*. Bruxelles: Bruylant, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2570726. Acesso em: 6 jul. 2019.

atualmente a lei, como se viu, não veda o exercício simultâneo de atividade pública e privada, uma vez comprovada a compatibilidade de horários e inexistindo vedação constitucional (como é o caso dos membros do Poder Legislativo) ou estatutária.²⁴⁸

Portanto, caberá à Administração Pública, fundada em lei de iniciativa dos diferentes entes federativos, estabelecer limitações à atuação concomitante de atividade privada para determinados grupos de agentes públicos, levando em conta o grau de exposição de suas atribuições a conflitos de interesse, tal como tipificados na Lei Federal n.º 12.813/13, como medida idônea à criação de mecanismos de prevenção à prática de corrupção.

Essa breve digressão serve, igualmente, para subsidiar o fundamento de que a honestidade remuneratória esperada do agente público não implica em limitação genérica à acumulação de riqueza em patamar superior à média da população. A ilegalidade poderá emergir não de um sinal exterior de riqueza incompatível com sua condição de servidor público, mas da construção de seu patrimônio à margem da lei. Por isso, parecem precipitadas afirmações de que agentes públicos que ostentem padrão vida incompatível com a remuneração advinda do exercício de função pública sejam, de antemão, suspeitos de improbidade, em razão da inexistência de um dever jurídico genérico e abstrato de exclusividade no desempenho de sua função.

Não será um visível acúmulo patrimonial desproporcional aos padrões de riqueza da sociedade brasileira ou qualquer construção irregular de patrimônio do agente público que lhe motivará a pecha da improbidade administrativa, mas o enriquecimento ilícito acumulado em razão do exercício do cargo público.

3.2.2. Elementos objetivos do enriquecimento ilícito desproporcional

O elemento objetivo do tipo consiste na conduta de adquirir, para si ou para outrem, patrimônio ou bens de qualquer natureza. O verbo “adquirir” representa a incorporação patrimonial a título dominial, com a transferência de titularidade pelos meios juridicamente admitidos.

²⁴⁸ Sabe-se que inúmeros cargos ou empregos públicos, sobretudo em entes federativos municipais, não são estruturados em carreiras e seus ocupantes não têm dignidade remuneratória capaz representar uma contrapartida proporcional ao grau de profissionalização que seria esperado, podendo ser desproporcional eventual lei que lhes retirasse a faculdade de buscar um sustento digno no campo da iniciativa privada.

Note-se que tanto o inciso VII como o inciso VIII do artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92 trazem consigo situações fáticas que se apresentam como desdobramentos lógicos da atividade ilícita do agente público em suas atividades, reconhecendo uma relação de causa e efeito²⁴⁹ entre uma conduta funcional ilícita violadora do bem jurídico da honestidade e um resultado material decorrente da mercantilização da atividade pública do agente em proveito próprio.

Nesse compasso, Emerson Alves e Rogério Garcia exemplificam a hipótese tratada no artigo 9º, inciso VIII da Lei Federal n.º 8.429/92, do “agente que aceita emprego de pessoa física ou jurídica que tenha interesse em sua atividade, obvia e independentemente de restar provado qualquer obrar ilícito de sua parte, estará auferindo vantagens indevidas do cargo que ocupa”²⁵⁰, decorrente da contraprestação experimentada pelo trabalho privado.

Imprescindível para a compreensão do tema, portanto, a avaliação da presunção legal estabelecida pelo artigo 9º, inciso VII e VIII da Lei Federal n.º 8.429/92, o que será feito no capítulo destinado ao exame do processo judicial, por estar relacionado às questões de índole probatória.

Prosseguindo a avaliação dos elementos objetivos do tipo, verifica-se que o emprego da interpretação gramatical sobre o alcance do verbo nuclear para repudiar apenas atos de transferência patrimonial de bens à esfera jurídica do sujeito ativo, apesar de se ajustar à incidência dos postulados dos direitos e garantias fundamentais do acusado, dentre os quais o princípio da legalidade, da tipicidade e da interpretação mais favorável ao acusado, deve ser evitada, sob pena de ocasionar proteção deficiente do bem jurídico tutelado pelo dispositivo, desdobramento de uma acepção positiva da aplicação do princípio da proporcionalidade da sanção²⁵¹.

²⁴⁹ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 493.

²⁵⁰ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 493.

²⁵¹ Lenio Streck anunciou a dupla face do princípio da proporcionalidade da pena no bojo do direito penal. A incidência do princípio não busca somente evitar excessos da hipertrofia da punição, enquanto garantia do indivíduo contra o Estado (garantismo negativo). Objetiva-se, outrossim, um imperativo de tutela jurídica contra o Estado, como garantia social, em ver a proteção eficiente dos valores erigidos pela Constituição da República, em um garantismo positivo. Trata-se de tese acolhida pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 104410-RS que julgou constitucional a criminalização do porte de arma de fogo, enquanto crime de perigo abstrato, por considerar que a “tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo” Nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso ("übermassverbot") à proibição de proteção deficiente ("untermassverbot") ou como não há

Assim, a atipicidade da conduta do agente público que gaste recursos de origem ilícita com a finalidade de usufruir serviços diversos para si ou para terceiros, ostentando, todavia, crescimento patrimonial compatível com a remuneração advinda de sua atividade, ofenderia a honestidade remuneratória e funcional para o desempenho da função pública exigida pela Constituição da República.

Francisco Octávio de Almeida Prado esclarece que a desproporcionalidade entre o patrimônio adquirido pelo agente público deve ser confrontada não apenas pela receita oficialmente auferida, mas também com outras fontes de renda ou patrimônio legítimos angariados e que poderiam justificar a aquisição de bens independente da remuneração advinda do Erário.²⁵²

Indo além dos atos de mera aquisição, na doutrina, concorda-se com a afirmação de Wolgran Junqueira Ferreira para quem a improbidade administrativa não se limita à desproporção entre o patrimônio do agente público e sua remuneração, mas também a “sinais exteriores de riqueza”, exemplificadas com viagens ao exterior com a família, hospedagens em hotéis luxuosos, dentre outras aquisições de bens²⁵³, sendo tais fatores suficientes para deflagrar a apuração de eventual conduta ilícita do sujeito.

A interpretação extensiva ora pugnada não é imune a críticas. É possível se opor à afirmação a partir da incidência dos tratados internacionais firmados pelo Estado Brasileiro que buscam criar mecanismos de colaboração para a prevenção e repressão aos atos de corrupção, enquanto fontes normativas remotas da tipificação.

Registre-se que tais tratados destinam capítulo específico para recriação ao enriquecimento ilícito, delimitando-o como o acúmulo de patrimônio desproporcional à remuneração que não possa ser justificada pelo agente público. Trata-se de previsão do artigo 20 da Convenção de Mérida ou do artigo IX da

blindagem contra normas inconstitucionais. Revista da Ajuris, ano XXXII, n. 97, 2005 *Apud* SANTIN. Valter Foleto. SOUZA. Renee Ó. PIEDADE. Antonio Sergio Cordeiro. Aplicação das penas da Lei de Improbidade Administrativa à luz do princípio da proteção deficiente: a integridade na proteção da improbidade administrativa. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*. Ano 6. Volume 12. Jul-Dez, 2017. p 88-112.

²⁵² PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p 84.

²⁵³ FERREIRA. Wolgran Junqueira. *Enriquecimento ilícito dos servidores públicos no exercício da função*. Bauru: EDIPRO, 1994. p.110.

Convenção Interamericana, ambas restritas ao aumento de patrimônio do agente público.

Por outro lado, convém registrar que a linguagem oficial adotada em tratados internacionais é, preferencialmente, o inglês, o que nos coloca no dever de averiguar se a redação em vernáculo é tecnicamente compatível com aquela constante nas disposições internacionais, a fim buscar a preservação da aplicação da expressão. O trecho da redação do artigo 20 da Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, em sua versão original dispõe: “*illicit enrichment, that is, a significant increase in the assets of a public official that he or she cannot reasonably explain in relation to his or her lawful income*”²⁵⁴.

O termo “patrimônio” na versão traduzida para o vernáculo corresponde a expressão inglesa “asset”, destacada anteriormente. A *Financial Accounting Standards Board*, organização sem fins lucrativos, reconhecida por órgãos reguladores estado-unidense, destinada a padronizar os procedimentos da contabilidade financeira de empresas cotadas em bolsa de valores, define a expressão “asset” como um ativo, correspondente a um provável benefício futuro controlado pela empresa em razão de um evento passado ou de uma transação²⁵⁵. A expressão “asset”, para o dicionário Cambridge, também tem conotação mais ampla, enquanto algo de valor, pertencente a uma pessoa ou organização, que pode ser usado para o pagamento de obrigação²⁵⁶.

Sob o contexto jurídico do artigo 20 da Convenção de Mérida, Cecily Rose, Michael Kubiciel e Oliver Landwehr explicam que o ato multilateral não definiu o conceito de “asset”. Os autores afastam o emprego da

²⁵⁴ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *United Nations Convention Against Corruption*. Nova Iorque, 2014. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf. Acesso em: 15 jun. 2020.

Para a versão em língua inglesa da convenção interamericana contra a corrupção, o artigo 9 contém praticamente a mesma redação da convenção de Mérida (*significant increase in the assets of a government official that he cannot reasonably explain in relation to his lawful earnings during the performance of his functions*). ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Inter-American Convention Against Corruption*. Washington D.C., 1996. Disponível em: http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption.asp. Acesso em: 15 jun. 2020.

²⁵⁵ “An asset is a probable future economic benefit that a firm control because a past event or transaction. The definition of asset is similar in U.S. GAAP and IFRS.” (STICKNEY. Clyde P. et al. *Financial Accounting: an introduction to concepts, methods and uses*. Mason: Cengage, 2009. p. 108).

²⁵⁶ “something valuable belonging to a person or organization that can be used for the payment of debts” CAMBRIDGE DICIONÁRIO DE INGLÊS PARA NEGÓCIOS. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/asset>. Acesso em: 15 jun. 2020.

expressão “asset” como um conceito mais restritivo, próximo da expressão “property”²⁵⁷. Para os autores, a interpretação restritiva não se justifica por dois motivos: (i) não há qualquer previsão escrita que autorize o emprego da restrição e (ii) que seria claramente contra a finalidade do artigo 20 limitar os tipos de “asset”, quando a própria disposição convencional apenas cumpre o seu propósito se incluir toda a riqueza do agente público.²⁵⁸

Esse quadro reforça a impressão de que a expressão “adquirir bens” empregada no artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92, ou mesmo a noção de incremento significativo de patrimônio adotada na Convenção de Mérida em vernáculo, tem sentido mais restrito do que a expressão “*significant increase in the assets*”, cuja tradução mais técnica sob a acepção jurídica corresponderia a um significativo aumento da universalidade de direitos²⁵⁹ do agente público, expressão que congregaria não apenas a aquisição de bens móveis ou imóveis, mas o patrimônio jurídico, compreendido pelo complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico titularizadas pelo sujeito.

Por isso, percebe-se que o uso da interpretação gramatical restritiva sobre a expressão “adquirir bens” para delimitar o alcance do elemento objetivo do tipo não é capaz de capturar o fenômeno jurídico da ilicitude, à luz do regramento da Convenção das Nações Unidas contra a corrupção.

Destarte, exsurge novamente a relevância do bem jurídico tutelado como vetor interpretativo do sistema constitucional de improbidade administrativa anticorrupção. Se a Lei Federal n.º 8.429/92 visa a regulamentar o artigo 37, parágrafo 5º da Constituição da República, que tem como escopo a proteção da probidade no exercício da função pública, inclusive sob os influxos dos diversos compromissos internacionais firmados pelo Estado Brasileiro, não parece ser coerente com a finalidade de a norma recortar da sua incidência atos de corrupção que ocasionam

²⁵⁷ A expressão “property” está definida no artigo 2, alínea “d” da Convenção, traduzida para a versão em português, como “bens”, representados por quaisquer tipos de ativos, “corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis e os documentos ou instrumentos legais que creditem a propriedade ou outros direitos sobre tais ativos”.

²⁵⁸ ROSE Cecily, KUBICIEL Michael, LANDWEHR Oliver. *The United Nations Against Corruption. A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 224.

²⁵⁹ O artigo 91 do Código Civil, na parte geral destinada a classificação de bens singulares ou bens coletivos, imputando como categoria deste, dispõe constituir universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico.

enriquecimento ilícito, embora não convirjam em acréscimo patrimonial desproporcional à remuneração do agente público.

A afirmação anterior se sustenta, inclusive, por questão lógica. Se o agente público que aufere vantagens pecuniárias indevidas em razão de seu cargo opta por não acumular bens, mas usufruir itens de conforto, acessos privilegiados a lazer e diversão ou mesmo empregar a quantia em quaisquer serviços que lhe promovam um desejo pessoal (tudo, a si ou a outrem), estará, igualmente, sendo desonesto com a Administração Pública, mercantilizando a função pública, colocando em risco a legitimidade democrática esperada pela sociedade do exercício de seu cargo. Eis o valor que o artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92 visa a preservar.

3.2.2.2. Do aumento patrimonial direto

O segundo elemento objetivo do artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92, diz respeito à expressão para si ou para outrem. Wallace Paiva Martins Júnior registra que a lei geral de improbidade administrativa censura a obtenção de bens ou valores para outrem, punindo artifícios para dissimular o enriquecimento ilícito, atingindo atos de aquisição de patrimônio a descoberto de modo direto ou indireto²⁶⁰.

Na modalidade de enriquecimento ilícito sem a adoção de interposta pessoa, o aspecto preponderante para se definir a incorporação da vantagem patrimonial desproporcional exsurgerà a partir da constatação contábil do crescimento de seu patrimônio *vis a vis* os rendimentos lícitos auferidos pelo agente durante o exercício da função pública. Trata-se, portanto, de infração que exige o elemento material consistente no aumento patrimonial injustificado e desproporcional à remuneração do agente público.

Nesse contexto, calha fazer alusão ao comentário de Rodrigo Fernando Machado Alves, para quem a análise da desproporção de ativos e passivos com a renda declarada é feita pela variação do valor patrimonial disponível ou pelo quociente de movimentação financeira, avaliados por meio de uma investigação das movimentações financeiras individuais e gerais, confrontados com eventuais sinais exteriores de riqueza. O autor anota que não há um parâmetro exato que permita afirmar

²⁶⁰ MARTINS JÚNIOR. Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 238.

objetivamente a irrazoabilidade da renda. A ausência da definição de um elemento objetivo é proposital, já que a definição de um “padrão em termos absolutos poderia passar mensagem ao sistema de tolerância a um certo nível de corrupção”.²⁶¹

A declaração de bens e direitos e a sindicância patrimonial, tratada em capítulo próprio deste trabalho, têm como finalidade indicar a formação e o desenvolvimento patrimonial do agente público, viabilizando o controle da honestidade remuneratória do agente público.

Já se registrou que o Decreto lei n.º 359, de 17 de dezembro de 1968, o qual dispunha sobre a criação da Comissão Geral de Investigações, havia previsto um procedimento destinado a promover investigações sumárias para o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública de quaisquer dos entes federativos. Uma vez caracterizada a impossibilidade econômica do agente público para a aquisição dos bens, valores ou dinheiros, o achado seria classificado unilateralmente como enriquecimento ilícito, salvo prova contrária a ser efetivada pelo indiciado, com base no artigo 7º do decreto lei, que invertia o ônus da desclassificação da imputação ao agente público.

Com base nessa raiz histórica há quem defenda que foi perpetuado o tratamento do artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92 como hipótese residual de enriquecimento ilícito na improbidade administrativa, cuja imputação é capaz de inverter o ônus da prova para o rompimento do nexo causal pelo agente público acusado²⁶².

Sob outro enfoque, José Roberto Pimenta Oliveira aponta funcionalidade diversa à declaração de bens e direitos. Trata-se da incidência, *per se*, do artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92 sobre eventuais irregularidades consignadas pelo próprio agente público no instrumento da declaração. Para tanto, o autor registra que o artigo 13 estabelece um dever geral a todo agente de indicar os bens e direitos que constituem seu patrimônio. Assim, se for constatada a existência de bens ou valores não indicados na referida declaração anual, haverá um “atentado ao dever jurídico de honestidade do agente público, vinculado à exigência legal de transparência

²⁶¹ ALVES, Rodrigo Fernando Machado. Desafios do Combate a Corrupção pela Identificação do Enriquecimento Ilícito dos Agentes Públicos Federais no Brasil. Combate a Corrupção na Administração Pública - Diálogos Interinstitucionais. *Publicações da Escola da AGU*. Volume 12, n. 02, Brasília, maio/ago. 2020. p. 173-190. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU>. Acesso em: 17 nov. 20.

²⁶² MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 238.

da sua situação patrimonial”, atraindo a aplicação do artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92 por este fato.²⁶³

Apesar da posição do autor, defende-se que a violação *per se* da regra disposta no artigo 13 da Lei Federal n.º 8.429/92, seja quanto à forma ou ao conteúdo, não é capaz de justificar a subsunção do fato ao artigo 9º, inciso VII da mesma lei por falta do preenchimento de seus elementos objetivos e subjetivos do tipo, uma vez que a conduta não seria capaz de gerar enriquecimento ilícito ao agente público. Poder-se-ia, a depender das características do caso concreto, sustentar que a prestação de informação de bens dolosamente inverídica, com propósitos ilícitos, carregaria a imputação fundamentada no artigo 11 da Lei Federal n.º 8.429/92, por agir o servidor público com deslealdade perante a Administração Pública. Sem prejuízo e em regra, o próprio parágrafo 3º do artigo 13 constrange o agente público, que deixe de apresentar a declaração anual de bens ou o faça com incorreções, à responsabilidade delimitada em sua esfera administrativa disciplinar, cominando pena de demissão a bem do serviço público.

3.2.2.3. Do aumento patrimonial indireto

Carece registro, entretanto, que na modalidade de enriquecimento ilícito indireto, o agente público se vale de vício social do negócio jurídico, por meio da simulação, com as repercussões estabelecidas no artigo 167 do Código Civil Brasileiro, acarretando sua nulidade.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho lecionam que na simulação celebra-se um negócio jurídico com aparência de normalidade, mas que não pretende atingir o efeito juridicamente correspondente. O defeito do negócio jurídico não recai sobre a vontade dos agentes declarantes, que têm consciência do ato, objetivando contrariar o ordenamento jurídico com a prática de ato.²⁶⁴ Como desdobramento da simulação, o autor cita a dissimulação, onde “emite-se uma declaração de vontade ou confissão falsa com o propósito de encobrir ato de

²⁶³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 223.

²⁶⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 463.

natureza diversa, cujos efeitos, queridos pelo agente, são proibidos por lei.”²⁶⁵ A distinção entre simulação e dissimulação reside no fato de que, naquela, o negócio é formado para não gerar efeito jurídico nenhum, como uma espécie de “jogo de cena”, enquanto na dissimulação há, de fato, um negócio jurídico subjacente, sem correspondência à natureza jurídica do ato que lhe dá suporte.²⁶⁶

Anderson Scheiber leciona que a simulação se vale de três requisitos: o primeiro onde há uma divergência entre o negócio jurídico celebrado e os efeitos pretendidos pelos sujeitos; o segundo consiste no acordo sobre tais efeitos entre os declarantes; e o terceiro compreendido pelo objetivo de enganar terceiros, sendo que tal desiderato não necessariamente visa a provocar danos ou violar a lei.²⁶⁷ Revela anotar que para se configurar a simulação, a reserva mental de um declarante deve ser conhecida pelo outro, que a anui e assimila, firmando o negócio viciado.²⁶⁸

Com efeito, o breve delineamento da simulação torna-se importante para se concluir que, apesar do objeto material do enriquecimento ilícito do agente público possa ser de modo indireto, isto é, por meio de interposta pessoa, física ou jurídica, é indispensável que esta tenha consciência de que o bem material acrescido ilicitamente permaneça favorecendo, de algum modo, o agente público.

Sob a perspectiva jurídica, entende-se que o direito ao exercício sobre quaisquer dos poderes da propriedade sobre o bem poderia continuar favorecendo o agente público nas hipóteses de aquisição indireta do patrimônio ilícito. Portanto, o poder de dispor, usufruir, alienar ou determinar seja dado em garantia representam elo jurídico suficiente para se determinar que o agente público se beneficia do bem, caracterizando, materialmente, a vantagem ilícita.

A disposição jurídica indireta da vantagem patrimonial pelo agente público dentro de um contexto de simulação pode emergir por meio de inúmeras figuras jurídicas, dentre as quais algumas presentes no Código Civil, podendo ser citada a estipulação em favor de terceiro (artigo 436), a constituição de renda onerosa (artigo 804) ou as hipóteses da propriedade resolúvel (artigo 1.359) reversão de

²⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 464.

²⁶⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 464.

²⁶⁷ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. Editora Saraiva, 2018. p. 274.

²⁶⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 468.

doações (artigo 547), ou o fideicomisso (artigo 1.951), sem prejuízo da criação de sofisticadas formas empresariais capazes de dissimular a real titularidade do agente, como exemplo a Sociedade em Conta de Participação (artigo 991, onde o agente público pode se tornar o sócio participante enquanto que outro indivíduo seja o sócio ostensivo, figurando como “laranja”), o manejo de sociedades anônimas, inclusive em países cuja titularidade pode ser sigilosa ou não declarada, usualmente classificados como paraísos fiscais, bem como outros contratos atípicos, dentre os quais o *Trust*.

A simulação com o emprego de pessoas jurídicas pode assumir inúmeras formas, sendo que a vantagem patrimonial poderá ser administrada pela pessoa jurídica, cuja titularidade seja de terceiros que tenham relação de confiança ou até mesmo de parentesco com o agente público. Em tais formações, o agente público poderá transferir as vantagens ilícitas às pessoas jurídicas por diversos instrumentos, como contratos de prestação de serviços ou aquisição de bens fraudulentos ou superfaturados, empréstimos ou até mesmo aportando bens de origem espúria a título de integralização de capital social, ocasião em que o agente público poderá ser titular da pessoa jurídica, circunstância que, embora lhe confira maior controle sobre a utilização do acervo patrimonial, o deixará fragilizado sob a perspectiva probatória do domínio de tais bens²⁶⁹.

Sob o manto dos negócios jurídicos, a simulação também pode se operar de diversas formas, como da pessoa jurídica que desenvolva atividade empresária lícita e regular mas que seja utilizada por um de seus sócios ou administradores, sem a ciência dos demais, para custear vantagens indevidas a agente público.

Por fim, vislumbra-se estruturas mais sofisticadas que podem contribuir para a simulação patrimonial em favor de servidor público, como o *Trust*. Trata-se de negócio jurídico atípico onde o proprietário de bens (fiduciante) transfere a titularidade deles ao Agente Fiduciário, responsável pela sua administração e pela eventual cessão dos frutos desse bem em favor de um terceiro, designado pelo

²⁶⁹ Pode-se cogitar, ainda, da adoção de instrumentos típicos de “Blindagem Patrimonial”, consistente na criação de uma pessoa jurídica qualificada como *holding* patrimonial, sob a forma de sociedade anônima de capital fechado, com a integralização dos bens adquiridos ilicitamente, seguida da doação das ações representativas da titularidade a pessoas interpostas com cláusulas de incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade, com reserva de usufruto vitalício em favor do agente público corrompido, por meio de instrumento público, o que lhe garantirá perceber as vantagens decorrentes sem a visibilidade imediata do domínio da atividade espúria subjacente.

fiduciante, ou a uma finalidade específica (*charitable trustee*). O terceiro fica sujeito às regras dispostas pelo agente fiduciário, não sendo parte do negócio jurídico, o que difere tal negócio jurídico do mandato. A característica principal do *Trust* reside no fato de que os bens transferidos ao agente fiduciário constituem patrimônio de afetação que, sob seu pleno domínio, são orientados a cumprir uma finalidade que anima o seu escopo. Trata-se de uma figura de origem anglo-saxônica, disciplinada na Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável aos *Trusts* e sobre o reconhecimento deles e que não foi assinada pelo Estado brasileiro.²⁷⁰

Pela própria estrutura jurídica e institucional do *Trust*, pode-se perceber que o instrumento pode ser desvirtuado para finalidades espúrias, servindo para que agentes corruptores entreguem a vantagem econômica a um agente fiduciário que administrará o patrimônio próprio em favor de um terceiro, o agente público ímprobo que se enriquecerá indevidamente.

A análise da essência do negócio jurídico dissimulado que confere vantagem patrimonial indireta ao agente público, além de viabilizar o preenchimento dos elementos objetivos e subjetivos do tipo, ganha relevância inclusive para a correta tipificação do ato de improbidade administrativa. Isso porque, se o agente público deixar de exercer influência jurídica sobre quaisquer das facetas da propriedade ou da universalidade jurídica acrescida ilicitamente, sem qualquer contraprestação para si ou terceiro por ele designado, o enriquecimento não será seu, afastando-se a figura típica prevista no artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92. Beneficiando exclusivamente o terceiro e havendo dano ao Erário, a situação deverá ser subsumida ao artigo 10 da Lei Federal n.º 8.429/92.

3.2.3. Elementos circunstanciais do enriquecimento ilícito desproporcional à remuneração e do elemento implícito decorrente do nexo causal entre o enriquecimento ilícito e a função pública

O artigo 9º inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92 atribui como conduta ímproba do sujeito ativo a aquisição de bens incompatíveis com o patrimônio ou a renda do agente público, durante o exercício de mandato, cargo,

²⁷⁰ OLIVA. Milena Donato. O *Trust* e o Direito Brasileiro. Patrimônio Separado e Titularidade Fiduciária. *Revista Semestral de Direito Empresarial – RSDE*. Jan. – Jun. v. 6, 2010. p. 149-177.

emprego ou função pública. O elemento objetivo já foi estudado anteriormente, restando-se avaliar o elemento temporal ou circunstancial ora enunciado.

Não parece haver grandes dúvidas quanto á interpretação do aspecto temporal. Entretanto, vale registrar que a Lei Federal n.º 8.429/92 estabelece no artigo 13 o dever do agente público, ao tomar posse de cargo, emprego ou função pública indicar os bens até então adquiridos. A questão mais tormentosa diz respeito ao momento da inatividade ou desligamento do agente público, sobretudo quando se está diante de exercício de mandatos eletivos temporários.

A discussão esteve presente no processo legislativo do projeto de lei n.º 1.446/91 que foi convertido na Lei Federal n.º 8.429/92. Como retratado no Capítulo 2, o substitutivo do Senado Federal ao projeto de lei da Câmara previu, no artigo 12, inciso VII, que a aquisição, no exercício do cargo, emprego, mandato ou função, ou até dez anos após o seu término de bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional a evolução do patrimônio ou da renda do agente público seria considerado como ato de improbidade administrativa.²⁷¹ Contudo, o Plenário da Câmara dos Deputados rejeitou o limite temporal estabelecido em votação ao destaque.

Todavia, não se deve afastar a hipótese de que o ingresso das vantagens indevidas na esfera jurídica do agente público, franqueando-lhe a aquisição do patrimônio desproporcional, seja diferida no tempo por ocasião de sua exoneração ou inatividade. Nessas hipóteses, entende-se que a discussão do elemento temporal está inserida no contexto da relação de causalidade entre a evolução patrimonial ilícita e o exercício do mandato, cargo, emprego ou função pública, pouco importando se seus efeitos ocorrerão em meses ou anos após o término da relação jurídica do sujeito ativo com o ente lesado.²⁷²

²⁷¹ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n.º 1.446, de 16 de agosto de 1991. Estabelece o procedimento para suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, emprego ou função da administração pública direta, indireta ou fundacional e da outras providências. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30NOV1991.pdf#page=15>. Acesso em: 20 mar. 2020.

²⁷² Deve-se registrar uma hipótese em que a atividade ilícita exercida depois do término da relação jurídica esteja sujeita à sanção prevista no artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92. Trata-se da aplicação do período de quarentena estabelecido pelo artigo 6º, inciso II da Lei Federal n.º 12.813/13, integrante do microsistema da improbidade administrativa. Por meio dele, estende-se a presunção de conflito de interesses para o período de 6 (seis) meses contados a partir da extinção do vínculo jurídico do agente público que tiver tido contato com informações sensíveis, estratégicas ou privilegiadas e que possa beneficiar interesses exclusivamente privados em detrimento da Administração Pública. Por isso, entende-se que a prestação de serviços particulares por agente público dentro do período de sigilo

Destarte, de rigor a avaliação e a delimitação da relação de causalidade entre o enriquecimento ilícito desproporcional e o exercício da função pública, por se tratar de requisito de fundamental importância para o exercício de subsunção entre o fato e norma, apesar de não estar expressamente previsto no inciso VII do artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92.

Embora a afirmação não encontre ressonância nas lições de José Roberto Pimenta de Oliveira, acredita-se que o requisito se assenta na proposta da unidade teleológica entre os autônomos incisos do artigo 9º e o respectivo *caput*, cujo desvalor da conduta reside na utilização da função pública para obtenção de vantagem patrimonial indevida, descumprindo o dever de honestidade.²⁷³

Nessa quadra, percebe-se que o plano linguístico da tipificação ora analisada se concentra nos efeitos de atos da vida privada do agente público. Isto é, o tipo condena a aquisição de patrimônio pessoal desproporcional e injustificado do agente público, incompatível com as receitas por ele auferidas para o exercício do cargo, emprego ou função pública. Destarte, seria preciso identificar qual é o elemento capaz de justificar a tutela jurídica do fato sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92.

Wallace Paiva Martins Júnior parte da premissa de que o agente público tem como fonte exclusiva os rendimentos de seu cargo, conquanto admita outras fontes de receitas legítimas, como a herança, e afirma que a evolução desproporcional do patrimônio é causa residual de enriquecimento ilícito²⁷⁴. Segundo o autor, há na lei uma “presunção de ilegitimidade do enriquecimento, pois não deriva de justa causa, aproximando do ilícito o enriquecimento sem causa”²⁷⁵, de modo a bastar ao órgão acusador comprovar que o agente exercia função pública quando adquiriu um patrimônio incompatível com a remuneração advinda deste vínculo funcional.²⁷⁶

Não destoa Marcelo Figueiredo para quem a lei estabelece uma presunção de enriquecimento ilícito, “similar às hipóteses previstas na legislação do imposto de renda, alusivas aos ‘sinais exteriores de riqueza’”, conquanto divirja de

estabelecido, ainda que lhe possa render justa contraprestação como fruto de seu trabalho, poderia representar hipótese de enriquecimento ilícito, por violação ao bem jurídico tutelado pelo artigo 9, inciso VIII da Lei Federal n.º 8.429/92.

²⁷³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 252.

²⁷⁴ MARTINS JUNIOR. Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 237.

²⁷⁵ MARTINS JUNIOR. Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 238.

²⁷⁶ MARTINS JUNIOR. Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 238.

Wallace Paiva Martins Júnior quanto ao ônus da imputação ao Estado, pela necessidade de demonstrar a ilicitude ou a desproporção das aquisições dos bens ou rendas consideradas como ímprobas.²⁷⁷

Não há dúvidas de que os sinais exteriorizados da vida privada do agente público justificam e autorizam o desencadeamento de investigações pelos órgãos competentes. Além disso, a imputação da ilegalidade qualificada pela improbidade administrativa perpassa pelo preenchimento de outros requisitos, sem os quais o processo interpretativo de tipificação torna-se incompleto, vulnerando-se o princípio da legalidade.

Discorda-se da aplicação irrestrita da relação de exclusividade jurídico funcional do agente público com a Administração Pública. Como anteriormente explorado, a premissa carece de confirmação a partir das atribuições exercidas pelo agente público a partir da delimitação legal de seu cargo, emprego ou função, como também da inexistência de vedações legais ao acúmulo de atividades, observada a compatibilidade de horários, e a potencialidade de dano ao bem jurídico pela ofensa à honestidade e à retidão da atividade privada, cuja avaliação individualizada da conduta ocorrerá à luz Lei Federal nº 12.813/2013.

O bem jurídico define os limites axiológicos da atividade punitiva, normativa e individualizadora. Nesse contexto, a interpretação do artigo 9º, inciso VII da Lei Federal nº 8.429/92 não deve estar dissociada da tutela jurídica do bem jurídico que o justifica.

Nesse compasso, Waldo Fazzio Júnior, Marino Pazzaglini Filho e Márcio Elias Rosa, apesar de considerarem que inciso VII do artigo 9º da Lei Federal nº 8.429/92 é norma de extensão do respectivo *caput*, em dissonância com o prisma axiológico proposto, chegam à correta conclusão de que o processo de tipificação deve levar em conta “o nexa etiológico entre o enriquecimento e o exercício do cargo público, ou seja, que a causa do enriquecimento é ilícita porque decorre do tráfico da função pública.”²⁷⁸

Prossegue o raciocínio Marino Pazzaglini Filho, em monografia própria, afirmando que “a conduta ilícita deve ocorrer em razão do

²⁷⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade Administrativa*. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 76.

²⁷⁸ FAZZIO JUNIOR, Waldo; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 62.

exercício do cargo, função, emprego ou mandato. A causa determinante do enriquecimento é a condição funcional do agente. Ou não se trata de improbidade administrativa”²⁷⁹.

De modo similar, Francisco Octávio de Almeida Prado observa que a aquisição de bens pelo agente público só configura enriquecimento ilícito se feita no exercício de atividades inseridas nas competências dos sujeitos passivos, de tal sorte que a origem do acréscimo patrimonial, ainda que espúria, não configurará ato de improbidade se estiver situada fora do patrimônio considerado público pela lei e se for estranha às atividades próprias do agente público.

A ideia é agasalhada por Fábio Osório Medina, ao avaliar a estrutura normativa da conduta no âmbito da lei geral de improbidade administrativa. Para o autor, o comportamento reprimido deve “manter conexão profunda”, direta ou indiretamente com o exercício das funções, isto é, praticados ou omitidos em razão das funções, de tal modo que as “condutas privadas consideradas puramente incompatíveis com a dignidade do cargo não podem configurar ato de improbidade administrativa”²⁸⁰.

O autor menciona o exemplo de um agente público que pratique um ato de sonegação fiscal ou homicídio na sua vida privada, concluindo que tais condutas não podem ser tuteladas pelo sistema de responsabilidade da improbidade administrativa, embora não se afaste a possibilidade de que, por decorrência daqueles ilícitos praticados em sua vida privada, o agente público não venha a sofrer efeitos indiretos da condenação, como a perda do cargo público ou a suspensão de direitos políticos. Tais efeitos, entretanto, decorrem da aplicação de outros sistemas de responsabilidade, como o sistema de responsabilidade penal ou o sistema de responsabilidade disciplinar e não propriamente do sistema de responsabilidade por improbidade administrativa, diante da ausência da conduta imputável ao exercício funcional.²⁸¹

Com efeito, os atos da vida privada do agente público no tocante à gestão das finanças pessoais não são alcançados pela projeção do bem jurídico

²⁷⁹ PAZZAGLINI FILHO. Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 181.

²⁸⁰ OSÓRIO. Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018. p. 248.

²⁸¹ OSÓRIO. Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 248.

tutelado pela improbidade administrativa, tendo em vista sua missão de proteger o exercício adequado, legítimo e honesto das atribuições públicas imputadas por lei pelo indivíduo investido no mandato, cargo, emprego ou função público.

O exame jurídico dos atos de improbidade administrativa deve estar inserido no contexto sistêmico e autônomo presidido pelo artigo 37, parágrafo 4º da Constituição da República, o que não elide sejam requeridas as instâncias vocacionadas à repressão e à reparação de eventuais danos praticados por quaisquer indivíduos, sejam agentes públicos ou não, que atentem contra o bem jurídico neles tutelados.

Com essa premissa discorda-se do exemplo trazido por Pedro Roberto Decomain para ilustrar ato de improbidade administrativa a ser tipificado pelo artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92, consistente no enriquecimento motivado pela fraude fiscal de agente público e que, simultaneamente, exerça atividade empresarial²⁸². Embora a conduta do sujeito passivo possa estar subsumida aos elementos objetivos e circunstanciais do tipo, sem a existência de evidências de que o aumento patrimonial tenha derivado do exercício irregular das atribuições legais do cargo pelo agente público, faltaria a relação de causalidade necessária para motivar a imputação, uma vez que o ato é incapaz de ofender o bem jurídico tutelado, não representando falta de honestidade do agente público perante da Administração Pública sob os aspectos funcionais. Alinha-se, pois, à posição de Fábio Osório Medina a respeito.²⁸³

Admitir o contrário, isto é, a sujeição às sanções da improbidade administrativa decorrente de atos próprios da vida privada do sujeito ativo, sem qualquer relação com o exercício das competências públicas que são protegidas pelo bem jurídico, significaria atrair o regime de responsabilidade objetiva ao enriquecimento ilícito do agente público²⁸⁴, na medida que um ato de apropriação indébita (apropriação de prêmio de loteria cuja aposta tenha sido coletiva), por exemplo, seria incapaz de causar ofensa à dignidade, à desonestidade na condução das competências públicas de cargo, emprego ou função, justificadora da incidência da Lei Federal n.º 8.429/92.

²⁸² DECOMAIN. Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. p.96.

²⁸³ OSÓRIO. Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018. p. 248.

²⁸⁴ PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p 84.

Isso não quer dizer, todavia, que a evasão fiscal do sujeito ativo ou o ato de apropriação indébita seja um indiferente jurídico, pois a conduta será passível de apuração e sanção nas esferas tributárias, cíveis ou penais.

Sob pena de se atrair a incidência da responsabilidade objetiva, há exigência de comprovação do dolo consistente na vontade de adquirir bens integrantes de uma universalidade de direito composta por valores desproporcionais à evolução ou patrimonial ou à renda do agente público.

Consoante observa Marcelo Figueiredo, a simples aquisição de bens, isoladamente, não configura ato de improbidade administrativa²⁸⁵. Concorde-se, neste aspecto, com Pedro Roberto Decomain, para quem não é a aquisição de bens incompatíveis com a evolução patrimonial ou a renda do agente público que configura ato de improbidade, pois esta terá ocorrido antes, com a prática de ato que tenha violado o dever de lealdade com as instituições e que proporcionaram os recursos necessários para a compra de tais bens²⁸⁶.

A questão que se coloca, pois, é a necessidade de identificação ou não do ato específico que culminou no acréscimo patrimonial do agente público. José Roberto Pimenta de Oliveira entende que o tipo previsto artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92, prescinde da discussão quanto à ilicitude no exercício funcional do agente²⁸⁷, no que é acompanhado por Rodrigo Fernando Machado Alves.²⁸⁸

O debate quanto à existência da presunção relativa de improbidade trazida no bojo do artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92, não deve estar dissociado da incidência dos princípios sistêmicos em que se insere o Direito Administrativo Sancionador Anticorrupção.

Conquanto as convenções internacionais prevejam a necessidade de adoção de mecanismos legais por cada Estado Parte para a repressão do

²⁸⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 76.

²⁸⁶ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. p.97.

²⁸⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 252.

²⁸⁸ ALVES, Rodrigo Fernando Machado. Desafios do Combate a Corrupção pela Identificação do Enriquecimento Ilícito dos Agentes Públicos Federais no Brasil. Combate a Corrupção na Administração Pública - Diálogos Interinstitucionais. *Publicações da Escola da AGU*. Volume 12, n. 02, Brasília, maio/ago. 2020. p. 173-190. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU>. Acesso em: 17 nov. 20.

enriquecimento ilícito, como medida apta à prevenção e ao combate à corrupção²⁸⁹, suas disposições devem ser lidas sob o prisma dos direitos consagrados na Constituição da República, amparados pela incidência dos princípios do Direito Administrativo Sancionador.

De um lado, há a incidência de diversos direitos individuais no bojo do processo sancionador, seja ele judicial ou administrativo, consagrados nas cláusulas do devido processo legal e na presunção de não culpabilidade; e, de outro, uma aplicação finalística e pragmática do Direito Administrativo Sancionador que, antes de ser um fim em si, deflagrado para reestabelecer a ordem jurídica violada, importa em uma ação estatal responsiva, promovendo o padrão de comportamento ou a conduta esperada pelo ordenamento jurídico e, se for o caso, a restauração do bem jurídico violado, em uma nítida atuação pragmática.

Disso sucede a impropriedade da interpretação que resulte na sobreposição da força da presunção relativa de improbidade pela mera constatação da desconformidade do acervo patrimonial do agente público frente a sua declaração de bens, ao menos em estrito respeito à incidência do artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92.

Primeiramente, já se posicionou acerca da ausência de uma relação jurídica de exclusividade no exercício da competência pública, uma vez atendidos requisitos de compatibilidade de horários, vedações legais ou mesmo conflito de interesses. Logo, não há ilegalidade na percepção simultânea de renda oriunda de atividades públicas ou privadas lícitas, circunstância que por um critério lógico já fragiliza a presunção, eis que esta deve ser erigida, por definição, de situações ordinárias, da ordem natural das coisas.

Em segundo lugar, como registra Fábio Medina Osório, somente situações que revelem um crescimento patrimonial absurdo ou abertamente incompatível com a realidade devem ser imediatamente corrigidas pela lei geral de improbidade administrativa. As demais suspeitas devem merecer um exame preliminar cauteloso pelos órgãos de controle competentes, uma vez que não se pode estabelecer

²⁸⁹ Não se olvide que a própria Convenção de Mérida prevê no artigo 30, item 9, uma cláusula de soberania, respeitando-se, pois, a disciplina interna da matéria por cada Estado signatário na instrumentalização dos mecanismos destinados à consecução de seus propósitos, circunstância que torna maleável seus preceitos frente à ordem jurídica interna de cada Estado Membro.

presunções contrárias a marcos interpretativos razoáveis, como a presunção de inocência.²⁹⁰

Tal argumento se afigura de suma importância quando se situa a persecução sancionadora no contexto do Direito Administrativo Sancionador que, insista-se, antes de ser instrumento de censura de condutas imorais, objetivando uma pena de caráter retributivo, ostenta função pragmática, voltando-se à prevenção e à restauração do bem jurídico violado.

Destarte, embora não se possa anular a presunção encetada pela estrutura da própria tipificação, centrada no patrimônio pessoal do agente público, propugna-se pela aplicação da proporcionalidade no emprego do programa normativo, o que impõe a prévia fundamentação da suspeita por parte da Administração Pública, com a indicação da relação de causalidade do respectivo aumento patrimonial baseado no exercício da função pública desempenhada, não apenas para respeito às garantias processuais e constitucionais do acusado no bojo do processo administrativo sancionador, como também da própria justificação da finalidade dogmática e sistêmica do Direito Administrativo Sancionador.

Vale dizer: a ausência de demonstração da relação de causalidade entre o enriquecimento ilícito e o exercício da função pública, solidificada na inversão do ônus da prova, soma-se ao argumento da violação da presunção da inocência, desaguando no desvio de finalidade da persecução punitiva, que deve ser ferramenta de prevenção e combate à corrupção, dentro do sistema norteado pela defesa do bem jurídico, limitando o alcance da tutela jurídica às relações travadas pelo agente público apenas enquanto executor de atribuições públicas, segundo as competências imputadas por lei.

Francisco Octávio de Almeida Prado partilha de semelhante opinião, concluindo que a aquisição de bens pelo agente público apenas pode ser considerada como ato de improbidade administrativa se tiver relação com o exercício de atividades próprias do agente público.²⁹¹

Waldo Fazzio Junior, Marino Pazzaglini Filho e Márcio Fernando Elias Rosa afirmam que o disposto no artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º

²⁹⁰ OSÓRIO, Fabio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018. p. 387.

²⁹¹ PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 84.

8.429/92 estabelece uma presunção relativa de que os acréscimos patrimoniais incompatíveis com a renda auferida pelo agente público tenham provindo do exercício da função pública. O elemento circunstancial se justifica em razão das rigorosas sanções estabelecidas pela lei e sua repercussão na esfera privada do acusado²⁹². Em conclusão, afirmam: “o que a lei visa proteger é precisamente a probidade da Administração, não se tratando de lei fiscal ou penal, mas de enriquecimento ilícito no exercício público, isto é, em decorrência dele.”²⁹³

Embora haja indispensabilidade da demonstração do requisito implícito para a imputação do inciso VII, a indicação da relação de causalidade entre o exercício da função pública e o enriquecimento ilícito não apresenta a mesma intensidade em relação ao elemento causal trazido no *caput* do artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92, em razão da autonomia entre as figuras típicas.

José Roberto Pimenta Oliveira ensina que os tipos ora listados não possuem relação de dependência porque agredem o mesmo bem jurídico em estágios de ofensa distintos. Em seu magistério, leciona que o inciso VII do artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92 não objetiva punir ato de improbidade desconhecido como indica parcela da doutrina, mas a evolução patrimonial ilegal do agente público²⁹⁴ decorrente do exercício abusivo de atribuição pública.

Trata-se da distinção entre a terminologia empregada entre as disposições: enquanto o *caput* do artigo 9º traz a expressão “em razão do exercício” de cargo, emprego ou função pública, o inciso VII faz uso da preposição “no” exercício das mesmas atividades.

Disso resulta que a figura típica trazida no *caput* denota uma relação explícita e específica de causalidade a atrair a necessidade de identificação do ato que foi a causa suficiente e adequada para que o agente público auferisse a vantagem patrimonial indevida.

Já quanto ao inciso VII, acredita-se que a relação de causalidade é implícita, uma vez que a aquisição de bens não é ato ilícito. O que é ilícito

²⁹² FAZZIO JUNIOR, Waldo; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 63.

²⁹³ FAZZIO JUNIOR, Waldo; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 64.

²⁹⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 252.

é obter patrimônio jurídico (universalidade de direito) de modo ilícito, custeando bens ou comodidades durante o exercício de competência pública. Portanto, a obtenção de vantagem patrimonial oriunda do exercício de função pública, incorporada à universalidade de direito do sujeito ativo, ainda que não identificado o ato de ofício específico que originou o recurso, é o objeto imediato do tipo em questão.

A propósito, como afirmado anteriormente, o Projeto de Lei n.º 10.887/2018, de autoria do Deputado Roberto Lucena, altera o artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92, para sanear eventuais discussões a respeito da necessidade de demonstração do nexo de causalidade entre o enriquecimento desproporcional à remuneração do agente público e o exercício de mandato, cargo, emprego ou função, ao introduzir a expressão “ou em razão deles” (em complemento à expressão “no exercício de mandato, cargo, emprego ou função”) para tornar explícito o elemento circunstancial do tipo ora advogado, isto é, a necessidade de que o enriquecimento ilícito derive do exercício das atribuições do sujeito ativo da conduta.²⁹⁵

Atente-se, entretanto, que a identificação do elemento circunstancial do tipo, no caso do inciso VII do artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92, não implica na identificação do ato que gerou recursos necessários para o enriquecimento ilícito, muito menos na análise da qualificação jurídica deste, caso venha a ser revelado no curso das investigações, haja vista que a conduta objeto da imputação consiste apenas no dolo de empregar riqueza obtida de modo ilegítimo através do exercício da função, conclusão que poderá ser pressuposta pela análise do contexto financeiro do agente investigado.

Exemplificando: se um agente público responsável pela fiscalização de obras no Departamento de Estradas de Rodagem estadual apresentar patrimônio incompatível com os lançamentos constantes na declaração de imposto de renda e houver a identificação de que ele tenha recebido pagamentos de empreiteira que tenha sido contratada pela Autarquia, por meio da quebra de seu sigilo bancário, tal circunstância será suficiente para carrear a imputação lastreada no artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92, pouco importando identificar os motivos dos pagamentos,

²⁹⁵ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n.º 10.887, de 17 de outubro de 2018. Altera a Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>. Acesso em: 06 out. 2020.

qual foi o ato ou o contrato que tenham sido fonte direta do recebimento de tais vantagens.

Crê-se que o elemento circunstancial implícito, ainda, corresponderia a uma visão historicamente compatível à antítese da tipificação do enriquecimento ilícito previsto no Decreto-lei n.º 359/1968 forjado no período militar, em postura mais garantista aos direitos fundamentais do acusado.

Imprescindível, pois, que o núcleo da ilicitude seja extraído de indícios capazes evidenciar que os recursos desproporcionais incorporados na universalidade de direito do sujeito ativo tenham relação de causalidade com o exercício de competência pública, o que deverá ser apurado em sindicância patrimonial.

3.2.4. Medidas de prevenção ao enriquecimento ilícito. A Declaração de Bens e Valores.

O artigo 13 da Lei Federal n.º 8.429/92 inaugura um sistema de controle patrimonial dos agentes públicos, obrigando-os a fornecer os dados de seus bens e direitos antes de tomarem posse em qualquer cargo ou função pública, além de, anualmente, atualizarem as informações, a fim de permitir a verificação da compatibilidade entre as receitas oficiais declaradas com o patrimônio amealhado.

Trata-se de previsão legal em consonância com a Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada no Brasil por intermédio do Decreto n. 4.410, de 7 de outubro de 2002, que previu no artigo III, sob o título de medidas preventivas à corrupção, o dever dos Estados Partes de instituir sistemas para a declaração das receitas, ativos e passivos por parte das pessoas que desempenhem funções públicas em determinados cargos estabelecidos em lei e, quando for o caso, para a divulgação dessas declarações.

Por seu turno, a exigência de declaração de ativos é capaz de resgatar aos agentes públicos o dever de prestação de contas que acompanha os seus cargos. O Juiz da Suprema Corte Americana Stephen G. Breyer teria comentado que embora odiasse preencher formulários que implicassem na divulgação de dados

peçoais, eles seriam uma lembrete regular de suas responsabilidades éticas e de sua responsabilidade com o público²⁹⁶.

A declaração de bens e direitos é instrumento destinado a atribuir maior transparência e responsabilidade aos agentes públicos quanto ao dever de probidade no exercício de suas funções, o que revela sua capacidade de prevenir o enriquecimento ilícito.

No âmbito da União Federal, a declaração de bens e rendas aos agentes públicos foi tratada na Lei Federal n.º 8.730/1993. No Estado de São Paulo, a matéria está disciplinada no Decreto Estadual n.º 41.865, de 16 de junho de 1997 (alterado pelo Decreto Estadual nº 54.264, de 23 de abril de 2009) e, no Município de São Paulo, pelo Decreto Municipal n.º 59.432 de 13 de maio de 2020.

Sobre a questão, a declaração anual de bens e rendas prevista no artigo 13 da Lei Federal n.º 8.429/92, é norma de alcance nacional, uma vez que regulamenta procedimento indispensável à aplicação do artigo 9º, inciso VII, da Lei Federal n.º 8.429/92, integrada ao sistema de improbidade administrativa autônomo, versado no artigo 37, parágrafo 5º da Constituição da República.²⁹⁷

Com efeito, a declaração de bens e direitos tem como finalidade indicar a formação e o desenvolvimento patrimonial do agente público, viabilizando o controle da honestidade remuneratória do servidor público.

Sua origem remonta ao artigo 3º da Lei 3.164, de 01.06.1957 (Lei Pitombo Godói Ilha)²⁹⁸, seguindo-se presente nos demais diplomas legais que a sucederam, tendo seu auge no Decreto-lei 359, de 17 de dezembro de 1968, que dispunha sobre a criação da Comissão Geral de Investigações, competente para promover investigações sumárias para o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública de quaisquer dos entes federativos, seja da administração direta ou indireta.

²⁹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Income and Asset Declarations: Tools and Trade-offs*. Banco Mundial. Washington DC, 2009. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/StAR/StAR_Publication_-_Income_and_Asset_Declarations.pdf. Acesso em 31 out. 2020. p. 1.

²⁹⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 193.

²⁹⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Atlas, 2018. p.186.

O instrumento legal ditatorial determinava a aplicação de sanções de confisco e de ressarcimento de danos a partir do cotejo de informações patrimoniais com as informações referentes à idoneidade financeira do agente. Uma vez caracterizada a impossibilidade econômica do agente público para a aquisição dos bens, valores ou dinheiros, o achado seria classificado como enriquecimento ilícito, salvo prova contrária a ser efetivada pelo indiciado, com base no artigo 7º do decreto lei, que invertia o ônus da desclassificação da imputação ao agente público.

Portanto, apontado o enriquecimento ilícito pela Comissão Geral de Investigações e não havendo a comprovação da origem dos recursos para justificar a evolução patrimonial, o artigo 5º do Decreto Lei 359/1968 propunha ao Presidente da República a expedição de decreto, com a especificação dos bens a serem confiscados e dos atos de alienação ou oneração de bens a serem declarados nulos.

Uma vez verificados os indícios de desproporcionalidade significativa entre o patrimônio ou o estilo de vida do agente público com seu padrão remuneratório, é possível ser deflagrada a sindicância patrimonial, como mecanismo destinado à produção de provas para a tipificação material do ato de improbidade administrativa insculpido no artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92.

Saliente-se que a declaração de bens e direitos, na forma como albergada pelo artigo 13 da Lei Federal n.º 8.429/92, é medida de transparência e responsabilidade prestigiada pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC). Ao elaborar um estudo relacionado às medidas de implementação da Convenção de Mérida, o órgão especializado das Nações Unidas considerou que um efeito semelhante, embora não equivalente à criminalização do enriquecimento ilícito para o combate à corrupção, poderia ser alcançado por meio da criação de um sistema de controle rigoroso e funcional sobre a receita e ativos de agentes público, como por exemplo, tornando públicas informações sobre o salário e os tributos pagos por agentes públicos, o que facilita a coleta de informações, monitoramento e investigação do incremento patrimonial não justificado de tais agentes.²⁹⁹

Porém, por ser mais eficaz, o relatório da Organização Internacional aludido vaticinou regra que torna obrigatória a apresença de declarações

²⁹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *State Of Implementation Of The United Nations Convention Against Corruption. Criminalization, Law Enforcement And International Cooperation*. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC). Viena, 2017. p. 51. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session7/V.17-04679_E-book.pdf>. Acesso em 31 out. 2020. p. 56.

de renda e ativos próprios, bem como para seus cônjuges e filhos dependentes antes de assumir seus cargos e depois disso, anualmente. Tais sujeitos poderiam ser instados a explicar o incremento de ativos declarados. Nesse arquétipo, deixar de enviar a declaração e declarar informações falsas constituiria uma ofensa disciplinar, administrativa ou mesmo criminal. Tal obrigação estaria de acordo com o artigo 5º, parágrafo 1, da Convenção de Mérida, que obrigada seus signatários a desenvolver políticas que promovam transparência e responsabilidade.³⁰⁰

O Escritório especializado das Nações Unidas revela em seu relatório de implementação da convenção internacional contra a corrupção que a transparência se mostrou útil para facilitar a implementação do próprio crime de enriquecimento ilícito nos países que o estabeleceram, uma vez que as declarações fornecem dados compilados sobre os ativos e os passivos da pessoa obrigada. Para o órgão, o sistema de verificação pontual de declarações específicas (por exemplo, com foco em categorias de funcionários públicos de alto risco) ou auditorias anuais e aleatórias sobre os órgãos públicos potencialmente expostos aos atos de corrupção seriam medidas desejáveis para a prevenção de atos ilícitos relacionados ao enriquecimento ilícito. Complementariamente, sugere-se acesso ao público às declarações de renda e ativos de algumas categorias de funcionários, para permitir avaliar a veracidade das declarações a partir do escrutínio público³⁰¹, sugestão, esta, potencialmente colidente com o direito à privacidade, a seguir abordado.

As conclusões do Banco Mundial não destoam e apontam que a ferramenta preventiva mais importante para o combate da lavagem de dinheiro e

³⁰⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *State Of Implementation Of The United Nations Convention Against Corruption. Criminalization, Law Enforcement And International Cooperation*. Viena, 2017. p. 51. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session7/V.17-04679_E-book.pdf>. Acesso em 31 out. 2020. p. 56.

³⁰¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *State Of Implementation Of The United Nations Convention Against Corruption. Criminalization, Law Enforcement And International Cooperation*. Viena, 2017. p. 51. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session7/V.17-04679_E-book.pdf>. Acesso em 31 out. 2020. p. 56.

De suma importância, entretanto, a observação do Banco Mundial no sentido de que, ainda que compatibilizado o acesso público às informações com o direito à privacidade, ele não pode substituir o monitoramento e verificação eficazes que devem ser realizados pelos órgãos responsáveis. Na ausência de um sistema de monitoramento completo do conteúdo das declarações, o acesso público não terá um impacto benéfico sobre a credibilidade do sistema de transparência, expondo as deficiências institucionais e reduzindo a confiança do público na responsabilidade do governo. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Income and Asset Declarations: Tools and Trade-offs*. Banco Mundial. Washington DC, 2009. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/StAR/StAR_Publication_-_Income_and_Asset_Declarations.pdf. Acesso em 31 out. 2020. p. 10).

corrupção é a declaração e registro dos ativos e rendimentos dos agentes públicos, permitindo, a identificação e recuperação de ativos desviados, sendo valiosa ferramenta para investigação e detecção do fluxo de receitas.³⁰²

Para o braço financeiro das Nações Unidas, a declaração de bens deve ser obrigatória para as pessoas politicamente expostas, por estarem localizadas em postos-chave da Administração Pública, bem como para cargos ou funções que possam ocasionar abstratamente um conflito de interesse ao seu ocupante. A implementação de um sistema de declaração de bens na Administração Pública cria uma cultura de integridade e facilita a instrução probatória para os casos em que o ato de corrupção pode ser particularmente difícil de provar.³⁰³

A Organização dos Estados Americanos, em atenção ao artigo III da Convenção Interamericana contra a corrupção, elaborou um guia legislativo com os elementos básicos a serem incluídos na ordem interna de cada Estado Parte quanto à declaração de rendimentos, ativos e passivos por parte das pessoas que desempenham funções públicas.

No documento explicativo, o Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção (MESICIC) reforça que um sistema de declaração de bens, receitas e despesas de agentes públicos constitui uma ferramenta indispensável para a construção de uma cultura de integridade e transparência.³⁰⁴

Referido organismo multilateral interamericano sugere a adoção de uma minuta de lei para regulamentar a obrigação contida no artigo III da Convenção Interamericana contra a corrupção. A proposta possui como eixo estruturante a prevenção de conflitos de interesse, a detecção e produção de evidências

³⁰² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Income and Asset Declarations: Tools and Trade-offs*. Banco Mundial. Washington DC, 2009. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/StAR/StAR_Publication_-_Income_and_Asset_Declarations.pdf. Acesso em 31 out. 2020. p. 2.

³⁰³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Income and Asset Declarations: Tools and Trade-offs*. Banco Mundial. Washington DC, 2009. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/StAR/StAR_Publication_-_Income_and_Asset_Declarations.pdf. Acesso em 31 out. 2020. p. 4.

³⁰⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Documento Explicativo Del Proyecto De Ley Modelo Sobre Declaración De Intereses, Ingresos, Activos Y Pasivos De Quienes Desempeñan Funciones Públicas*. Washington D.C. 2013. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/ley_explicativo.pdf. Acesso em: 1 nov. 2020.

úteis à persecução penal por crimes associados à corrupção, como é o caso do enriquecimento ilícito.³⁰⁵

Nessa proposta legislativa, o artigo 3º relaciona agentes públicos obrigados a informar seus bens, receitas e despesas a partir da relação derivada de sua hierarquia, posição ou a da natureza de suas funções, como é o caso daqueles que manuseiam ou fiscalizam recursos públicos ou tomam decisões de alta relevância social, como magistrados e legisladores.³⁰⁶ Digno de nota que o documento explicativo expressamente sugere a exclusão do dever de declaração dos contratados com a Administração Pública, porque a relação deles deve estar sujeita ao regime jurídico das contratações públicas³⁰⁷, circunstância que reforça a restrição do alcance dos sujeitos ativos apenas àqueles que recebam dinheiro público a título de auxílio ou subvenção, numa concepção estrita estabelecida pela Lei Federal n.º 4.320/64.

Em seguida, a proposta legislava preocupa-se com as ocasiões e a periodicidade em que as informações devem ser apresentadas. Sugere-se que a declaração seja efetuada por via eletrônica³⁰⁸ antes do declarante iniciar o desempenho de funções públicas; quando houver uma mudança significativa no seu patrimônio; durante certa periodicidade no tempo, como anualmente; quando for efetuado pedido de uma autoridade competente e ao término do desempenho de funções públicas.³⁰⁹

A proposta de projeto de lei prevê que, além da indicação do valor da aquisição do patrimônio, seja obedecido um critério de contabilização pelo

³⁰⁵ ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. *Documento Explicativo Del Proyecto De Ley Modelo Sobre Declaración De Intereses, Ingresos, Activos Y Pasivos De Quienes Desempeñan Funciones Públicas*. Washington D.C. 2013. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/ley_explicativo.pdf. Acesso em: 1 nov. 2020.

³⁰⁶ ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. *Documento Explicativo Del Proyecto De Ley Modelo Sobre Declaración De Intereses, Ingresos, Activos Y Pasivos De Quienes Desempeñan Funciones Públicas*. Washington D.C. 2013. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/ley_explicativo.pdf. Acesso em: 1 nov. 2020.

³⁰⁷ ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. *Documento Explicativo Del Proyecto De Ley Modelo Sobre Declaración De Intereses, Ingresos, Activos Y Pasivos De Quienes Desempeñan Funciones Públicas*. Washington D.C. 2013. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/ley_explicativo.pdf. Acesso em: 1 nov. 2020.

³⁰⁸ O documento entende que o sistema eletrônico de declaração facilita as atividades de auditoria, apresenta menor custo, incrementa a transparência e o acesso público.

³⁰⁹ ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. *Documento Explicativo Del Proyecto De Ley Modelo Sobre Declaración De Intereses, Ingresos, Activos Y Pasivos De Quienes Desempeñan Funciones Públicas*. Washington D.C. 2013. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/ley_explicativo.pdf. Acesso em: 1 nov. 2020.

custo efetivo do bem adquirido³¹⁰. Recomenda-se a divulgação dos vínculos profissionais e mão de obra que originaram a fonte dos bens que compõem o patrimônio, sejam os oriundos dos proventos do agente público, seja daqueles que integrem seu núcleo familiar, como forma de detecção de situações de conflitos de interesses.³¹¹

O documento publicado pela Organização dos Estados Americanos sugere que as informações devem ser enviadas a um órgão independente para auditá-las, com poderes estabelecidos constitucionalmente para efetuar o controle dos sujeitos obrigados a declarar os bens, receitas e despesas. Dentre suas competências mínimas, estão a autonomia regulatória e técnica, com capacidade de acesso a todos os dados e movimentações funcionais dos sujeitos obrigados a declarar, inclusive acesso à informação produzida por outras agências governamentais, incluindo registros públicos de imóveis, veículos, aeronaves, pessoas jurídicas, informações públicas produzidas pelos órgãos supervisores do mercados de câmbio, títulos e seguros, como forma de atestar a veracidade dos dados apresentados. O órgão deve ter competência, igualmente, para promover os procedimentos de averiguação e revisão das declarações, podendo requisitar informações dos sujeitos auditados para os esclarecimentos tidos como necessários.³¹²

Por fim, os artigos 22 e seguintes criam um banco de dados com acesso público, inclusive por meio digital, que abrigará as declarações prestadas pelos agentes públicos, sendo que determinadas informações, como bens imóveis, números de contas bancárias e de cartões de crédito, devem ter acesso restrito.³¹³ A radicalidade da transparência levada a cabo pela proposta legislativa é

³¹⁰ O documento justifica que a definição do critério de registro pelo preço de custo decorre da experiência, especialmente em países que experimentaram períodos de inflação ou instabilidade macroeconômica, de que a avaliação de preços de mercado ou valor fiscal não são parâmetros úteis para controlar a evolução patrimonial dos declarantes.

³¹¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Documento Explicativo Del Proyecto De Ley Modelo Sobre Declaración De Intereses, Ingresos, Activos Y Pasivos De Quienes Desempeñan Funciones Públicas*. Washington D.C. 2013. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/ley_explicativo.pdf. Acesso em: 1 nov. 2020.

³¹² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Documento Explicativo Del Proyecto De Ley Modelo Sobre Declaración De Intereses, Ingresos, Activos Y Pasivos De Quienes Desempeñan Funciones Públicas*. Washington D.C. 2013. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/ley_explicativo.pdf. Acesso em: 1 nov. 2020.

³¹³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Documento Explicativo Del Proyecto De Ley Modelo Sobre Declaración De Intereses, Ingresos, Activos Y Pasivos De Quienes Desempeñan Funciones Públicas*. Washington D.C. 2013. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/ley_explicativo.pdf. Acesso em: 1 nov. 2020.

justificada pelo documento explicativo subscrito pela Organização dos Estados Americanos.

Para os entusiastas da ampla divulgação, o Estado Democrático de Direito exige que os agentes públicos prestem contas de suas ações para que a sociedade possa tomar decisões informadas, o que inclui considerações sobre a evolução patrimonial de agentes público enquanto desempenham funções públicas. Salienta que a publicidade das declarações é mecanismo que contribui significativamente para a concretização do enfrentamento da corrupção. Apesar de não desconhecer as implicações do direito à privacidade, o documento justifica que a decisão de aceitar o exercício de funções públicas, especialmente nos cargos mais elevados, implica ceder parte da proteção a que tal direito confere.³¹⁴

Na mesma linha segue a recomendação do *Stolen Asset Recovery Initiative* (StAR), grupo de estudos fruto de parceria entre o Banco Mundial e o Escritório das Nações Unidas sobre drogas e crimes (UNODC). Justifica-se a divulgação ampla do patrimônio de agentes públicos pela constatação de que a corrupção generalizada em determinado país está usualmente associada à dificuldade de detectar e processar crimes de corrupção, como suborno e peculato. O sistema de divulgação deve ser projetado para detectar enriquecimento ilícito, permitindo monitorar e sinalizar alterações significativas e inexplicáveis do patrimônio dos agentes públicos, facilitando a investigação, a condenação e a recuperação de ativos desviados por parte desses sujeitos³¹⁵.

A ampla transparência almejada por tais sistemas internacionais está sujeita a diversos questionamentos diante da incidência do princípio da privacidade, consoante será detalhado a seguir. Soma-se a tal entrave jurídico a notória deficiência estrutural dos órgãos de controle dessas informações.

No âmbito da quarta rodada de verificação da implantação dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro, ocorrida no ano de 2012, a

³¹⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Documento Explicativo Del Proyecto De Ley Modelo Sobre Declaración De Intereses, Ingresos, Activos Y Pasivos De Quienes Desempeñan Funciones Públicas*. Washington D.C. 2013. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/ley_explicativo.pdf .Acesso em: 1 nov. 2020.

³¹⁵BERGER. Tammar. ROSSI. Ivana M., POP. Laura. *Getting the Full Picture on Public Officials: A How-To Guide for Effective Financial Disclosure*. Stolen Asset Recovery (StAR) Series. Washington DC: World Bank, 2017. Disponível em:< <https://star.worldbank.org/sites/star/files/getting-the-full-picture-on-public-officials-how-to-guide.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2020. p.10.

Organização dos Estados Americanos, por meio dos peritos do MESICIC, voltou suas atenções à implementação dos mecanismos preventivos de corrupção.

O corpo de peritos recomendou o fortalecimento dos sistemas para a declaração das receitas, ativos e passivos, regulamentando as condições, procedimentos e outros aspectos relacionados à divulgação pública, quando for o caso, do conteúdo dessas declarações, com proposta de integração ao banco de dados de outros órgãos de controle, como o Tribunal de Contas da União; a otimização dos sistemas de análise do conteúdo das declarações, para que sirvam como uma ferramenta útil para a detecção e prevenção de conflitos de interesses e crimes; reforço dos recursos humanos da Corregedoria Geral da União para implementar a capacidade de verificar o conteúdo dessas declarações, bem como adoção de providências legislativas para tipificar o delito de enriquecimento ilícito.³¹⁶

Em um aspecto mais amplo, o Banco Mundial sugere um quadro de funcionários públicos com habilidades e ferramentas para examinar as declarações, detectar irregularidades e identificar sinais que possam indicar indevida conduta, bem como uma coordenação entre as instituições do sistema judicial, sem prejuízo da existência de órgãos de supervisão independentes e um engajamento social, com apoio da imprensa livre, para fiscalização das informações prestadas nessas declarações³¹⁷.

O sucesso da declaração de bens como medida preventiva à corrupção vai além da adequação do quadro legal e da regulamentação da ferramenta. A Organização dos Estados Americanos, nas justificativas para a proposta do guia legislativo sobre a matéria, sinaliza que a eficácia da declaração de bens para construção de uma cultura de integridade e transparência na prevenção de conflitos de interesses e na investigação de ilícitos associados à corrupção depende da capacidade de investigação das autoridades encarregadas pela aplicação da lei, do conhecimento e tolerância cultural a práticas ocultação de bens; da efetividade do sistema judicial para

³¹⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatório Final emitido pela comissão de peritos do mecanismo de acompanhamento da implementação da convenção interamericana contra a corrupção*, 2012. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic4_bra_por.pdf. Acesso em: 30 out. 2020.

³¹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Income and Asset Declarations: Tools and Trade-offs*. Banco Mundial. Washington DC, 2009. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/StAR/StAR_Publication_-_Income_and_Asset_Declarations.pdf. Acesso em 31 out. 2020.

processar os casos de corrupção; da independência da mídia e da capacidade de monitoramento da sociedade civil organizada.³¹⁸

A pesquisa ora efetuada revela que a estrutura normativa brasileira dotada para a prevenção do enriquecimento ilícito de agentes públicos por meio da declaração de bens e valores a que alude o artigo 13 da Lei Federal n.º 8.429/92 e a Lei Federal n.º 8.730/1993, sem prejuízo das diversas regulamentações são capazes de promover os fins a que se destinam.

A despeito da adequação deontológica da normatização nacional vigente, sua aplicação carece de efetividade, seja em razão do déficit estrutural dos órgãos capazes de aplicar as regras existentes.

Nesse sentido, cite-se o exemplo do Estado de São Paulo. O Decreto Estadual n.º 41.865, de 16 de junho de 1997 determina, no artigo 10, à Corregedoria Geral de Administração, por meio de comissão especial, não permanente, a avaliação do conteúdo das declarações efetuadas pelos agentes públicos estaduais. Segundo a disposição normativa, a comissão não permanente é formada por servidores públicos indicados pela Secretaria da Fazenda e Planejamento, sujeitos à nomeação pelo Secretário-Chefe da Casa Civil, que exercerão as atividades sem prejuízo de suas funções ordinárias. Tratando-se de comissão não permanente, onde os servidores responsáveis pela avaliação da evolução patrimonial não estarão exclusivamente dedicados à investigação, estando sujeitos às diversas nomeações ad hoc por agentes políticos e considerando, ainda, que a Corregedoria Geral da Administração sequer é um órgão tecnicamente autônomo, por estar vinculada à Secretaria da Casa Civil, nos termos do Decreto Estadual n.º 57.500, de 8 de novembro de 2011, verifica-se um abismo estrutural e procedimental frente às recomendações dos organismos multilaterais para um sistema de prevenção eficiente para o enfrentamento do enriquecimento ilícito de agentes públicos.

Some-se a isso a pouca expressividade de procedimentos administrativos instaurados para a persecução do enriquecimento ilícito previsto no artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92³¹⁹, além das dificuldades na articulação

³¹⁸ ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. *Documento Explicativo Del Proyecto De Ley Modelo Sobre Declaración De Intereses, Ingresos, Activos Y Pasivos De Quienes Desempeñan Funciones Públicas*. Washington D.C. 2013. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/ley_explicativo.pdf. Acesso em: 1 nov. 2020.

³¹⁹ As respostas fornecidas pela Controladoria Geral da União aos questionamentos enviados pelo Escritório das Nações Unidas, durante o primeiro ciclo de revisão (2010) quanto à aplicabilidade do

com outros órgãos de controle e do desafio quanto à harmonização jurídica das premissas desta ferramenta com os direitos fundamentais individuais consagrados pela Constituição da República, como o direito à privacidade e a não perseguição, abordados no capítulo seguinte.

3.3. Processo de Improbidade Administrativa

3.3.1. Processo Administrativo de apuração e a Sindicância Patrimonial

A tipificação do artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92 depende da necessidade de constatação contábil do crescimento do patrimônio do agente público *vis a vis* os rendimentos lícitos por ele auferidos durante o exercício da função pública.

Apesar de não ser obrigatória, a instauração de processo administrativo ou de inquérito civil tem relevância por constituir forma preparatória da ação de improbidade administrativa, evidenciando que a pretensão punitiva foi

artigo 20 da Convenção de Mérida, revelam que apenas seis de duzentos e oitenta processos administrativos disciplinares envolveram a aplicação do artigo 9, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92, consoante pode se verificar do quadro abaixo:

Table 1: Statistics of expulsive penalties (resignation, impeachment and dismissal) imposed based on Law n. 8112, 1990 (Law of Civil Servants of the Union) and Law n. 8429, 1992 (number of cases):

Year	Legal Basis					Global Total
	8112-117-XII	8429-9-I	8429-9-II	8429-9-VIII	8429-9-X	
2003	16					16
2004	23					23
2005	19					19
2006	25					25
2007	61	5	5	1		72
2008	43					43
2009	48	4	1		1	54
2010	26	2				28
Total	261	11	6	1	1	280

8112-117-XII: Accepting bribes, commission, gift or advantage of any kind, because of their assignments. 8429-9-I: Receive, for himself or for others, cash, movable or immovable, or any other economic benefit, direct or indirect, by way of commission, percentage, gift or present who has any interest, direct or indirect, that can be achieved or supported by act or omission arising from the duties of public officer. 8429-9-II: Realize economic advantage, direct or indirect, to facilitate the purchase, exchange or lease of movable or immovable, or the contracting of services by the entities mentioned in Sec. 1º higher price than the market value. 8429-9-VIII: Accept jobs, commission or exercise advice or consulting activity for individual or entity that has an interest likely to be achieved or supported by action or omission arising from the duties of public servant during the activity. 8429-9-X: Receive economic advantage of any kind, directly or indirectly, to omit any official act, measure or statement that is required.

(extraído de Anexo I, correspondente ao arquivo eletrônico número 20 ao Formulário de Respostas aos questionamentos da primeira revisão da aplicação da Convenção da ONU contra a corrupção). ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Mechanism for the Review of Implementation of the United Nations Convention against Corruption. First year of the first cycle*. Vienna, 2010. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/country-profile/countryprofile.html#?CountryProfileDetails=%2Funodc%2Fcorruption%2Fcountry-profile%2Fprofiles%2Fbra.html>. Acesso em: 02 nov. 2020.

articulada previamente para a construção de uma justa causa, capaz de fundamentar a pretensão punitiva, atendendo-se ao disposto no artigo 17, parágrafo 6º da Lei Federal n.º 8.429/92³²⁰.

Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade, consoante dispõe o artigo 14 da Lei Federal n.º 8.429/92. A investigação poderá ser instaurada quando a denúncia for apócrifa, desde que contenha informações sobre o fato e a identificação do denunciado, sendo que o anonimato não pode servir de escudo para práticas ilícitas, consoante dispõe a Súmula n.º 611 do Superior Tribunal de Justiça.

A Administração Pública, entretanto, deve ter cautela redobrada na apuração de fatos narrados em denúncias apócrifas, pois podem ser desvirtuadas para serem utilizadas para denegrir a imagem de agente público.

Uma vez apresentada a representação perante a autoridade administrativa é dever funcional a instauração do processo administrativo, ainda que para indeferi-lo de plano, comunicando-se o ato aos órgãos de controle externo, a teor do artigo 15 da Lei Federal n.º 8.429/92. O procedimento será regido pelo rito especificado nos artigos 148 a 182 da Lei Federal n.º 8.112/1990, por remição do artigo 14, parágrafo 3º da Lei Federal n.º 8.429/92.

Além da representação, há a possibilidade de averiguar o enriquecimento ilícito a partir da análise dos dados lançados pelo próprio agente público na declaração anual de bens, disciplinada no artigo 13 da Lei Federal n.º 8.429/92.

A sindicância patrimonial se insere em um contexto maior de investigação patrimonial e financeira, enunciada no artigo 12, parágrafo 2º da Convenção de Palermo contra o Crime Organizado, incorporada pelo Estado Brasileiro nos termos do Decreto Federal nº 5.015, de 12 de março de 2004. Trata-se de método de apuração aplicável no campo do combate às organizações criminosas, objeto da recomendação n.º 4 do FATF-GAFI³²¹ que visa a identificar e documentar o movimento de dinheiro durante o curso da atividade ilegal.³²²

³²⁰NEVES. Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA. Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 197

³²¹As recomendações formuladas pelo Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo estão elencadas na publicação denominada “padrões internacionais de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento e proliferação do terrorismo”. FINANCIAL ACTION TASK FORCE – FATF-OCDE. *International Standards on Combating Money Laundering and*

A recomendação n.º 4 do FATF-GAFI prevê a adoção de mecanismos para provisões cautelares e confisco do patrimônio que esteja envolvido em atos de lavagem de dinheiro e corrupção.³²³ No âmbito dos atos de corrupção, a Força Tarefa de Ação Financeira recomenda que os países tenham leis e procedimentos eficazes para congelar, apreender e confiscar bens objeto da atividade ilícita, compreendendo o produto direto e indireto da corrupção, sendo tais mecanismos essenciais para privar funcionários e indivíduos corruptos de seus ganhos ilícitos. Para tal desiderato, a Força Tarefa entende necessária a existência de Unidades de Inteligência Financeira, que deverão dispor de relatórios de transações suspeitas, desempenhando função central no sistema de detecção de práticas delituosas³²⁴, em atividade similar àquela exercida pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras, disciplinada pela Lei Federal n.º 9.613/1998.

O roteiro de atuação para persecução patrimonial e administração de bens de Ministério Público Federal indica diversas funções para a investigação patrimonial de agentes suspeitos de práticas criminosas, sobressaindo-se a identificação do produto do crime e do patrimônio do agente e a produção de conhecimento estratégico e de evidências sobre o rastro por eles deixado. Entende que a atividade de inteligência e monitoramento patrimonial de suspeitos da prática de crimes deva ser permanente, com o escopo de assegurar um enfrentamento dos ilícitos de modo mais eficiente.³²⁵

Referido roteiro propõe metodologia para a apuração de evidências de incompatibilidade patrimonial do suspeito, antes, durante ou depois do

the Financing of Terrorism & Proliferation. Paris, France, 2019. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>. Acesso em: 10 Out. 2020.

³²² BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão. Roteiro de Atuação: persecução patrimonial e administração de bens. Brasília, MPF, 2017. p.39.

³²³ FINANCIAL ACTION TASK FORCE – FATF-OCDE. *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*. Paris, France, 2019. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>. Acesso em: 10 Out. 2020.

³²⁴ FINANCIAL ACTION TASK FORCE – FATF-OCDE. *The use of the FATF Recommendations to combat corruption*. Paris, France, 2013. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/BPP-Use-of-FATF-Recs-Corruption.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020. Na doutrina, Emerson Alves e Rogério Pacheco Garcia advogam que devem ser instituídos órgãos responsáveis para o efetivo monitoramento da evolução patrimonial do agente público, sempre buscando analisar a compatibilidade entre o que fora informado e a realidade. (ALVES. Emerson. GARCIA. Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 74).

³²⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão. Roteiro de Atuação: persecução patrimonial e administração de bens. Brasília, MPF, 2017. p.43.

ajuizamento da persecução punitiva do agente, o que se fará por meio de pesquisa em fontes abertas e bancos de dados internos, análises de vínculos, relatórios de inteligência financeira, requisições de documentos e quebras de sigilo fiscal e financeiro, não raro mediante cooperação internacional.³²⁶ Tal trabalho de orientação ainda sugere que as atividades investigatórias relativas ao levantamento patrimonial possam ser realizadas separadamente da investigação do fato ilícito em si, por meio de autos apartados, vinculados a um procedimento persecutório principal e eventualmente com a instauração em procedimento próprio (procedimento investigatório criminal, inquérito civil, procedimento preparatório) para tal finalidade.³²⁷

Na doutrina, a atividade realizada no âmbito do Controle Interno da Administração Pública é denominada sindicância patrimonial. Sebastião José Lessa define sindicância patrimonial como procedimento administrativo de investigação, não punitivo, sigiloso, com direito ao contraditório diferido, que busca averiguar a existência de sinais indicativos de enriquecimento ilícito à vista da manifesta evolução patrimonial incompatível com os recursos e disponibilidades do imputado³²⁸.

Trata-se de procedimento previsto, no âmbito da União Federal, no Decreto nº 5.483/2005, regulamentado pelos artigos 26 a 29 da Instrução normativa nº 14, de 14 de novembro de 2018, no Decreto nº 58.276, de 7 de agosto de 2012 no Estado de São Paulo e no artigo 135 da Lei do Município de São Paulo n.º 15.764/ 2013. Atualmente, a sindicância patrimonial distingue-se de sua raiz histórica, o Decreto lei n.º 359, de 17 de dezembro de 1968, haja vista tratar de procedimento preparatório com contraditório diferido.

O artigo 8º do Decreto nº 5.483/2005 reza que, ao tomar conhecimento de fundada notícia ou de indícios de enriquecimento ilícito, inclusive evolução patrimonial incompatível com os recursos e disponibilidades do agente público, a autoridade competente determinará a instauração de sindicância patrimonial, em procedimento sigiloso e investigatório, destinada à apuração dos fatos. Concluídos os trabalhos da sindicância patrimonial, a comissão opinará pelo seu arquivamento ou

³²⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão. Roteiro de Atuação: persecução patrimonial e administração de bens. Brasília, MPF, 2017. p.47.

³²⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão. Roteiro de Atuação: persecução patrimonial e administração de bens. Brasília, MPF, 2017. p.48.

³²⁸ LESSA, Sebastião José. Enriquecimento ilícito do agente público: meios de apuração: sindicância patrimonial. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 11, n. 124, p. 924, jun. 2011.

pela sua conversão em processo administrativo disciplinar, quando houver evidências de evolução patrimonial incompatível.

Note-se que a menção à instauração de processo administrativo disciplinar pelo parágrafo 3º do artigo 9º do Decreto Federal em alusão não representa a finalidade principal do instrumento, uma vez que o acréscimo patrimonial desproporcional à remuneração do agente público deve destinar-se não apenas à responsabilização na esfera funcional e disciplinar, como também à responsabilização pelo sistema de improbidade administrativa, autônomo e diverso em relação a este.

Mauro Roberto Gomes de Mattos, não obstante, entende que a sindicância patrimonial seria inconstitucional por violação da reserva legal do procedimento e por seu caráter sigiloso ³²⁹.

A afirmação merece ser confrontada com a incidência do regramento processual tutelado pelas Leis federais n.º 9.784/1999 e n.º 8.112/1990, que dispõem, respectivamente, sobre o processo administrativo e o estatuto dos servidores públicos da União e que albergam o procedimento da sindicância patrimonial.

Como será visto, a sindicância patrimonial é o meio pelo qual a Administração Pública, legitimada para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa consoante disposto no artigo 17 da Lei Federal n.º 8.429/92, busca reunir os elementos necessários para formar o interesse de agir e a justa causa para o exercício de sua pretensão punitiva, em homenagem ao devido processo legal. Deste modo, por ser um poder implícito, o procedimento da sindicância patrimonial dispõe de sustentação legal, afastando-se a crítica quanto à violação da legalidade.

Os processos administrativos são informados pelo princípio da publicidade, em razão da incidência dos artigos 37, *caput*, e 93, inciso X, da Constituição da República. Por outro lado, o artigo 5º, inciso LX da Constituição da República autoriza que a lei restrinja a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Nesse desiderato, o artigo 2º, inciso V da Lei Federal n.º 9.784/1999³³⁰ e o artigo 150 da Lei Federal n.º 8.112/1990³³¹ autorizam que o sigilo

³²⁹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 537. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Inconstitucionalidade da sindicância patrimonial. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 23, n. 5557, 18 set. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68470>. Acesso em: 13 set. 2020.

incida sobre o processo administrativo, seja para defesa da intimidade ou do interesse social, seja para elucidação do fato ou quando houver interesse da administração.

Inicialmente, deve-se levar em consideração que o procedimento em questão tem natureza preventiva e preparatória, visando reunir subsídios para a posterior formalização de um processo administrativo para a responsabilização do acusado. A corroborar a oponibilidade do sigilo no âmbito administrativo, a Lei de Acesso às Informações (Lei Federal n.º 12.527/2011), em seu artigo 7º parágrafo 3º, autoriza que a publicidade de atos ou documentos que embasem decisão administrativa seja franqueada apenas depois de sua prolação.³³²

Ademais, a publicidade não é irrestrita no âmbito dos processos administrativos. Os artigos 3º, inciso II e 9º da Lei Federal n.º 9.784/1999 restringem a ciência, a vista e a obtenção de cópias de processos administrativos apenas aos sujeitos cujo direito ou interesse possam ser afetados pela decisão a ser proferida nos autos.

Portanto, há fundamentos legais e constitucionais que amparam a restrição da publicidade, admitindo-se a imposição de sigilo de modo fundamentado no âmbito do processo administrativo. A própria legitimidade entabulada pelo artigo 9º da Lei Federal n.º 9.784/1999 restringe o universo de interessados que pode ter acesso aos autos do procedimento preparatório que busque efetivar a sindicância patrimonial do agente público suspeito da prática de atos de enriquecimento ilícito.

A questão que se coloca, entretanto, é oponibilidade do sigilo ao próprio agente investigado. Nessa ocasião, entende-se incidir a Súmula Vinculante n.º 14 do Supremo Tribunal Federal que dispõe o seguinte:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

³³⁰ Art. 2º, V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

³³¹ Art. 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.

³³² Art. 7º, §3º - O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.

Apesar de a súmula vinculante ter sido editada levando em conta as regras do inquérito policial, portanto, tendo em mira o sistema processual penal, é inquestionável sua extensão ao bojo do processo administrativo, sobretudo a partir da vigência da Lei Federal n.º 13.245, de 12 de janeiro de 2016 que alterou a Lei Federal n.º 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia) para prever, no artigo 7º inciso XV o direito do advogado examinar em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade.³³³

Deduzidas as premissas legais, entende-se que a sindicância patrimonial e seu regramento previsto no artigo 8º do Decreto nº 5.483/2005 é constitucional e legal. Por incidência da teoria dos poderes implícitos, a Administração Pública tem o dever legal de proceder à investigação e à apuração para a coleta de provas diante de indícios de que o agente público tenha patrimônio desproporcional e injustificado em relação à remuneração informada em sua declaração anual de renda submetida anualmente por força do artigo 13 da Lei Federal n.º 8.429/92.

Por outro lado, o sigilo do procedimento deve ter interpretação conforme à incidência da Súmula Vinculante n.º 14 do Supremo Tribunal Federal e do artigo 7º, inciso XV da Lei Federal n.º 8.906/1994, devendo ser franqueado ao investigado o acesso aos documentos produzidos e autuados no bojo do procedimento preparatório, embora o contraditório deva ser diferido no âmbito administrativo, em razão da ausência de ofensividade jurídica do trabalho produzido unilateralmente pela Administração Pública nesse procedimento.

Portanto, a sindicância patrimonial deve ser vista como instrumento destinado a prestigiar o devido processo legal substantivo e a culpabilidade do sindicado, evitando-se uma imputação de enriquecimento ilícito por aumento patrimonial desproporcional à remuneração pautada em presunções ou ilações desprovidas de base fática, poupando o constrangimento que o mero ajuizamento de uma ação civil de improbidade administrativa infundada pode causar ao agente público. Aliás, o procedimento destinar-se-ia, inclusive, a subsidiar o ônus da imputação a que

³³³ VIANNA. Marcelo Pontes. XAVIER. Vítor César Silva. Acesso à informação de procedimentos administrativos investigativos em curso instaurados por empresas estatais: a excepcionalidade na restrição de acesso ao legítimo interessado. *Revista da CGU*. Volume 9. N.º 14. Jan/Jun. 2017. p. 576-600.

Mauro Roberto Gomes de Mattos considera indispensável para o exercício da tipificação aludida no artigo 9, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92.³³⁴

Nesse procedimento poderá avaliar se os indícios decorrentes da exteriorização dos sinais de riqueza incompatível do agente público revelam um crescimento patrimonial incompatível com a realidade, servindo de prova para a futura imputação, valendo-se de instrumentos de identificação do valor do patrimônio e da variação patrimonial *vis a vis* a remuneração e os demais rendimentos do cargo ocupado pelo agente público. Nele, será possível apurar outros elementos ancilares ao cenário probatório, como a existência de denúncias ou processos disciplinares, o patrimônio do cônjuge e dependentes, sem prejuízo de verificação detalhada de outros bancos de dados sigilosos, como compartilhamento de informações junto ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), Departamento Nacional e Estadual de Trânsito, Cartórios de Registro de Imóveis e de Notas, além do fluxo de caixa do contexto individual e familiar do agente público, embora estas informações estejam protegidas pelo sigilo bancário, devassado apenas se houver autorização judicial. As fontes normativas da sindicância patrimonial admitem o cruzamento de dados para averiguar a incompatibilidade com a renda declarada pelo agente público na declaração anual a que alude o artigo 13 da Lei Federal n.º 8.429/92.

Vale registrar que pode haver compartilhamento de dados entre os órgãos da Administração Pública responsáveis pela apuração, não sendo oposto o sigilo fiscal, por força da autorização contida no artigo 198, parágrafo 1º, inciso II do Código Tributário Nacional, com redação dada pela Lei Complementar Federal n.º 104/2001, devendo ser preservado o sigilo pela Administração Pública Sindicante, destinatária das informações.

Portanto, se evidenciado o descasamento entre o fluxo de caixa declarado pelo agente público e as despesas por ele experimentadas durante a apuração elaborada na sindicância patrimonial, torna-se desnecessário indicar o ato que culminou no acréscimo patrimonial, de tal modo que, a formação de patrimonial desproporcional durante o exercício da função pública, é bastante para carrear a imputação pelo artigo 9º, inciso VII, da Lei Federal n.º 8.429/92.

³³⁴ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: comentários a Lei nº 8429/92*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 215.

Esse é o propósito, inclusive, do bem jurídico subjacente ao tipo, que consiste na honradez do exercício da função pública e não da pessoa do agente público, cujos desvios morais devem ser recriminados nas esferas jurídicas próprias, como perante comissão de ética ou perante a apuração da responsabilidade disciplinar e funcional.

Em síntese: há uma dupla importância na sindicância patrimonial, identificada tanto na formalização do exercício investigatório da autoridade administrativa para o judicioso preenchimento da tipicidade formal e material do artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92, como na reunião dos elementos probatórios indispensáveis para a caracterização da justa causa e do interesse de agir da Administração Pública no ajuizamento da futura ação de improbidade administrativa.

3.3.1.1. Do direito à privacidade do Agente Público no fornecimento de dados bancários e fiscais e do direito a não autoincriminação.

A Constituição da República assegurou no artigo 5º, inciso X da Constituição da República o direito fundamental do cidadão à privacidade, pondo a salvo do conhecimento público comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja sejam expostos a terceiros ou ao público em geral. O núcleo do direito da privacidade está no controle de informações sobre si mesmo.³³⁵

O exercício de tal direito fundamental, contudo, não é absoluto. Admite seja relativizado por consentimento do próprio sujeito, de modo expresso ou tácito (neste, quando o sujeito se coloca voluntariamente em situação de exposição pública), como também nas hipóteses em que haja interesse público na obtenção da informação, isto é, quando o conteúdo da informação “constituir em elemento útil a que o indivíduo que vai receber o informe se oriente melhor na sociedade em que vive”.³³⁶ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco exemplificam com a situação em que uma pessoa pública, como uma celebridade ou

³³⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 287.

³³⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 291.

mesmo um agente político, detenha informação pessoal que seja de interesse social, como forma de se conhecer sua formação, seu pensamento e a sua personalidade.³³⁷

Nessa esteira os autores concordam que o agente público sofre um “decréscimo na sua pretensão à privacidade, à medida que se devota ao serviço da sociedade em geral, à gestão da coisa coletiva e é remunerado com recursos públicos”³³⁸. Tal circunstância, segundo Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, não representa a perda da privacidade do agente público, mas a sujeição a um acompanhamento³³⁹ mais intenso do seu modo de proceder.

De forma semelhante, Emerson Alves e Rogério Garcia advogam que o agente público enquanto exercente de atividade de tal natureza deve ter uma conduta transparente, o que atenua a privacidade da sua evolução patrimonial.³⁴⁰

Em uma República, nenhum direito fundamental é absoluto, não podendo ser utilizado como escudo contra práticas delitivas. A Constituição da República, enquanto norma que reflete o multiculturalismo, comportando em seu conteúdo, por vezes, dogmas antagônicos, não comporta antinomias, cabendo a harmonização pelo intérprete das tensões advindas da aplicação de princípios não convergentes.

Registra-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Suspensão de Segurança n.º 3.902, sob a relatoria do então Ministro Ayres Britto, enfrentou a colisão entre o princípio da publicidade e da privacidade das informações sobre a remuneração de agente público, ficando assentado no voto condutor do acórdão o seguinte:

A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O ‘como’ se administra a coisa pública a preponderar sobre o ‘quem’ administra – falaria Norberto Bobbio -, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa

³³⁷ BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. MENDES. Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 291.

³³⁸ BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. MENDES. Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 292.

³³⁹ BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. MENDES. Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 292.

³⁴⁰ ALVES. Emerson. GARCIA. Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 74.

fisionomia constitucional republicana (...) o cargo e função titularizados pelo servidor público, bem como sua remuneração constituem informações de interesse geral, tendo em vista se tratar de agente público, remunerado pelos cofres públicos, não cabendo, assim, invocar o direito à intimidade e à vida privada ante a prevalência dos princípios do Estado Republicano. (...) essas informações não estão abrangidas pela parte final do mencionado dispositivo constitucional, uma vez que seu sigilo não é imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. (...) o cidadão que decide ingressar no serviço público adere ao regime jurídico próprio da Administração Pública, que prevê a publicidade de todas as informações de interesse da coletividade, dentre elas o valor pago a título de remuneração aos seus servidores.³⁴¹

O combate à corrupção, como lembram Emerson Alves e Rogério Garcia, não se sacia da existência de um único regime jurídico sancionador.³⁴² Sendo certo que a atividade de inteligência e de monitoramento é fundamental para a prevenção da corrupção, a oposição do direito à privacidade ao acesso às informações financeiras, patrimoniais e fiscais de agentes públicos deve ser desafiada pelo princípio republicano, sempre dimensionada no caso concreto, a partir da aplicação da do princípio da proporcionalidade.

Nesse aspecto, crê-se que os artigos 7º, incisos II e III e 23 da Lei Federal n.º 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados, autorizam o tratamento de dados pessoais e o uso de dados compartilhados pela Administração Pública para verificação do atendimento dos artigos 9º, inciso VII e 13 da Lei Federal n.º 8.429/92, sempre que isso for necessário para a finalidade de atendimento e persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais. Dessa forma, a interpretação dos dispositivos não traz qualquer impedimento ao exercício da competência fiscalizatória e sancionadora em relação àqueles já existentes antes de sua vigência.

Vale dizer: deve haver o compartilhamento de informações financeiras, patrimoniais e fiscais de agentes públicos aos órgãos de inteligência financeira sempre que houver fundadas suspeitas da existência de evolução patrimonial significativa e desproporcional com as receitas constantes na declaração

³⁴¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 3902. Julgado em 09 jun. 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22SS%203902%22&base=acordados&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 20 nov. 2020.

³⁴² ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 74.

anual de bens anualmente fornecida, viabilizando a atividade de investigação apenas sobre receitas e despesas expressivas e que possam influenciar definitivamente no patrimônio a descoberto suspeito, ainda que, para tanto, os fatos subjacentes a tais movimentações estejam na esfera da intimidade do sujeito.

Com isso, por exemplo, não seria oponível à Administração Pública o sigilo da comprovação da origem dos recursos advindos da alienação de diamante, pelo fato de se revelar, posteriormente, que a pedra preciosa foi recebida como presente do amante do agente público. Desde que haja motivação para a requisição, como suspeitas explícitas de que o agente público usufrua bem não declarados de acordo com o artigo 13 da Lei Federal n.º 8.429/92, ou que seja incompatível com seus ingressos habituais, não se pode opor o sigilo da origem do recurso que custeou o bem, ainda que tal informação possa trazer danos à intimidade familiar do investigado por via reflexa. Nesse compasso, deve-se lembrar de que o artigo 32, parágrafo 3º da Lei Federal n.º 12.527/2011 ressalva do direito à privacidade, independentemente do consentimento do titular, dados destinados à proteção de interesse público e geral, o qual sem dúvida se insere na proteção da probidade administrativa.

Entretanto, na medida do possível, ainda que haja interesse público ou geral justificável para a requisição da comprovação da origem do recurso que tenha custeado o bem supérfluo, a autoridade deve se valer do meio de prova menos invasivo possível para a preservação do núcleo essencial do direito fundamental à intimidade³⁴³. Adotando-se o exemplo anterior: seria desproporcional realizar a oitiva do terceiro que tenha presenteado o agente público, em razão da possibilidade de comprovação da aquisição do objeto por meio de documentos (como nota fiscal ou extrato de lançamento em cartão de crédito).

Outra questão que deve ser averiguada, a par do direito à privacidade do agente público, diz respeito à obrigação de fornecer as informações requisitadas pela autoridade que preside a apuração, sobretudo quando tais puderem comprovar o ilícito, cujo exame deve ser confrontado com o direito a não autoincriminação.

³⁴³ CHEHAB, Gustavo Carvalho. O acesso à informação e a divulgação de salários e proventos de empregados e servidores públicos. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 48, jun. 2012. Disponível em: https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao049/Gustavo_Chehab.html. Acesso em: 11 out. 2020.

O direito a não autoincriminação é desdobramento do direito à presunção de não culpabilidade e do direito ao contraditório, sendo corolário do devido processo legal.

O direito de resposta do imputado está contido no princípio da ampla defesa. Ana Paula Barcellos leciona que a ampla defesa pressupõe, além do direito ao contraditório, “o direito à prova, o direito à assistência judiciária, o direito à igualdade de tratamento entre as partes e o direito à legalidade dos delitos e das penas”³⁴⁴. Prossegue a autora, dimensionando o contraditório no processo como direito à informação e à reação pela parte acusada, capaz de gerar argumentos antagônicos dos interessados ao longo do procedimento, a ser avaliado no provimento final, com garantia de imparcialidade do julgador³⁴⁵.

A autora leciona que o direito de não se autoincriminar é reconhecido de longa data em diversos sistemas jurídicos, tendo expressiva difusão a partir de seu acolhimento na quinta emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, que prevê expressamente que ninguém será compelido, em qualquer processo criminal, a ser testemunha contra si mesmo, sendo reconhecido no famoso precedente judicial conhecido como caso *Miranda vs. Arizona*, julgado em 1966.³⁴⁶

Ana Paula Barcellos ensina que o direito a não autoincriminação está relacionado à liberdade, à privacidade e a integridade física da pessoa, como também ao devido processo legal, por ser corolário da ampla defesa. O direito da não autoincriminação tem como finalidade limitar o exercício do poder estatal no âmbito processual, impondo limites aos meios pelos quais o Estado deve se valer para alcançar a pretensão punitiva, que só se legitima quando aplicada em um procedimento adequado e justo. Para a autora, não é adequado, tampouco justo ou razoável, que o Estado dependa do suspeito ou acusado para incriminá-lo.³⁴⁷

Traçado o contorno do direito a não autoincriminação, cabe indagar se eventuais diligências determinadas no bojo da sindicância patrimonial poderiam violar a referida regra. A resposta dependerá da informação solicitada pela autoridade.

³⁴⁴ BARCELLOS. Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 162.

³⁴⁵ BARCELLOS. Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 162.

³⁴⁶ BARCELLOS. Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 163.

³⁴⁷ BARCELLOS. Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 163.

Isso porque, acredita-se ser possível requisitar do agente público quaisquer informações diretamente relacionadas com os bens indicados na declaração de direitos a que alude o artigo 13, parágrafo 2º da Lei Federal n.º 8.429/92, por ser desdobramento vinculado ao poder implícito que a Administração Pública detém para averiguar os imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais sob a titularidade (ou sendo adquiridos) do agente público ou do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante.

Por outro lado, à minguia de autorização legal, informações relacionadas aos gastos do agente público, do cônjuge, filhos ou outros dependentes podem não ser fornecidas pelo sindicado, com fundamento no princípio da privacidade e no direito a não autoincriminação. Com efeito, o fornecimento de dados como a fatura de cartão de crédito, contratos de prestação de serviços, valores pagos a título de condomínio ou outras despesas de natureza privada não poderão ser requisitados pela autoridade sindicante, ao menos em âmbito administrativo, o que não elide a possibilidade do sindicado espontaneamente renunciar ao exercício desses direitos, disponibilizando o quanto solicitado.

Sobre esta afirmação, contudo, deve haver duas observações. A primeira, havendo justa causa para que a autoridade suspeite que o agente público esteja efetuando gastos incompatíveis com o patrimônio e receita declarados, a autoridade sindicante poderá diligenciar judicialmente a obtenção de tais dados, a título de medida preparatória para o posterior ajuizamento de ação de improbidade administrativa e seus incidentes, como a indisponibilidade de bens.

A segunda observação se refere à possibilidade de renúncia do exercício ao direito a não autoincriminação pelo acusado, que poderá voluntariamente levar à autoridade sindicante os dados protegidos pelo sigilo, por diversos motivos, dentre os quais pelo próprio exercício à ampla defesa que fundamenta o princípio, como na hipótese em que o agente acredite que os dados solicitados comprovam que os gastos suspeitos estão cobertos por rendas lícitas e declaradas.

Fincada a legalidade e a constitucionalidade da declaração de bens e valores e da sindicância patrimonial enquanto instrumentos hábeis à avaliação preliminar da existência de eventual conduta tipificada pelo artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92, passa-se a avaliar a apuração do ilícito no bojo do Inquérito Civil.

3.3.2. Inquérito Civil

O artigo 129, inciso III da Constituição da República, confere ao Ministério Público o poder de instaurar inquérito civil, destinado a reunir elementos demonstradores da ocorrência do ilícito e de sua autoria³⁴⁸, viabilizando o exercício da ação civil pública amparada em indícios mínimos a sustentar a pretensão ministerial.

Apesar de ser instrumento procedimental facultativo, José Roberto Pimenta Oliveira sustenta que, no bojo da improbidade administrativa, a Constituição exige a atividade investigatória prévia do *Parquet* para embasar a pretensão punitiva de improbidade, imprescindível para o exercício legítimo da ação.³⁴⁹

Uma das principais características do inquérito civil, tal como o inquérito policial, reside no fato de tratar de procedimento administrativo de natureza inquisitorial, isto é, despido de contraditório, sem veicular qualquer tipo de acusação nem buscar a composição de conflitos de interesse³⁵⁰, o que resta evidenciado pela delimitação de seu escopo, consoante se extrai dos artigos 8º e 9º da Lei Federal n.º 7.347/1985.

Tal como a sindicância administrativa, sua finalidade precípua é aferir o interesse de agir e a justa causa para a propositura de ação judicial para o exercício da pretensão punitiva. Nesse desiderato, vale-se da impressão de Emerson Alves e Rogério Garcia, para quem, apesar dos demais legitimados à propositura da ação civil pública não disporem das prerrogativas do inquérito civil, é possível que instruem sua pretensão judicial com elementos que permitam a aferição de seu interesse de agir³⁵¹, valendo-se da aplicação das regras do procedimento administrativo.

A relevância do tratamento mais detido do inquérito civil ocorre para desvendar a compatibilidade do procedimento de sindicância administrativa, diante da crítica oferecida quanto à suposta violação da legalidade pelas normas que

³⁴⁸ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 780.

³⁴⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 347.

³⁵⁰ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 781.

³⁵¹ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 783.

regem seu procedimento, como também algumas características relacionadas ao sigilo em sua tramitação e ao contraditório diferido, todas já avaliadas anteriormente.

O inquérito civil, sem dúvida, tem sua legalidade chapada. Trata-se de procedimento administrativo previsto pelo artigo 129, inciso III da Constituição da República, tutelado pelos artigos 8º e 9º da Lei Federal n.º 7.347/1985. Todavia, a disciplina do inquérito civil não foi esgotada em nível legal, sendo regulamentado pela Resolução n. 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Com efeito, tanto o sigilo em sua tramitação quanto o contraditório diferido do inquérito civil assimilam-se ao debate travado no bojo da discussão de tais características incorporadas na sindicância administrativa.

Sobre o contraditório diferido, Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira lecionam que, em razão das normas que garantem o contraditório e a ampla defesa em processos administrativos, inclusive disciplinares, em que a sindicância administrativa seria regida por regras procedimentais em caráter supletivo, a potencialidade de aplicação de sanções tornaria imprescindível a participação do agente público durante a investigação. Por outro lado, os autores sustentam que no inquérito civil, “não havendo possibilidade de aplicação de sanções, admite-se a ausência ou a restrição dos princípios da ampla defesa e do contraditório”³⁵².

Antes de alicerçar o argumento contrário ao contraditório diferido no âmbito da sindicância administrativa, acredita-se que o argumento trazido pelos autores justifica a postergação da oposição do sindicato, uma vez que a sindicância patrimonial serve apenas para que a autoridade certifique-se da existência de elementos probatórios mínimos para a imputação que poderá (ou não) servir de lastro probatório para preencher o requisito do interesse de agir da persecução punitiva a ser deduzida no âmbito da ação de improbidade administrativa.

No que tange ao sigilo, à luz do artigo 7º da citada resolução do Conselho Nacional do Ministério Público³⁵³ e após a ponderação dos princípios constitucionais em jogo, Emerson Alves e Rogério Garcia concluem que “a

³⁵² NEVES. Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA. Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 206.

³⁵³ Dispõe o *caput* do artigo 7º da Resolução CNMP 23/2007: “Art. 7º Aplica-se ao inquérito civil o princípio da publicidade dos atos, com exceção dos casos em que haja sigilo legal ou em que a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações, casos em que a decretação do sigilo legal deverá ser motivada.”

regra será a publicidade do inquérito civil e o seu sigilo a exceção³⁵⁴, sobretudo em relação ao acusado, diante da incidência do artigo 7º, inciso XIV do Estatuto do Advogado, adotando-se os argumentos já examinados anteriormente que assimilariam o tratamento do inquérito civil à sindicância patrimonial.

No que pertine à privacidade e ao direito a não autoincriminação, os argumentos utilizados na avaliação do procedimento administrativo de apuração da improbidade administrativa também se repetem integralmente no inquérito civil, com um detalhe: o artigo 8º da Lei Federal n.º 7.347/1985 autoriza o Ministério Público, no bojo do inquérito civil, a requisitar informações de qualquer organismo público ou particular, que deverão ser fornecidas no prazo não inferior de dez dias úteis, sendo que o não atendimento à requisição constitui crime, tipificado pelo artigo 10 da mesma lei.

Apesar da coercibilidade diferenciada desta prerrogativa conferida por lei ao Ministério Público, inexistente no bojo das investigações efetuadas pela Administração Pública, as requisições feitas pelo *Parquet* devem respeitar a reserva do sigilo de dados, inclusive bancário, fiscal e de comunicações, por se tratar de direito fundamental que só pode ser afastado por decisão judicial, a teor do que dispõe o artigo 8º, parágrafo 2º da Lei Federal n.º 7.347/1985, em harmonia com o artigo 5, inciso XII da Constituição da República.

3.3.3. Aspectos Gerais e peculiaridades do Procedimento Jurisdicional da Ação de Improbidade Administrativa

O sistema de improbidade torna-se coeso a partir da articulação entre a ofensa ao bem jurídico, da tipificação e da busca da imposição da sanção no bojo do processo judicial.

A ação de improbidade administrativa é regulada pela Lei Federal n.º 8.429/92, tendo natureza civil, o que levou o Superior Tribunal de Justiça e a parcela da doutrina a assimilá-la como espécie de ação civil pública, regida

³⁵⁴ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 801.

supletivamente, portanto, pela Lei Federal n.º 7.347/1985, estando inserida no microssistema de tutela coletiva.³⁵⁵

Diante dessas características, são partes legítimas para o ajuizamento da ação civil pública de improbidade administrativa o Ministério Público e a Administração Pública interessada, por meio do órgão de Advocacia Pública que a apresenta, nos termos do artigo 17 da Lei Federal n.º 8.429/92. José Roberto Pimenta Oliveira sustenta que, relativamente às pessoas jurídicas que não integram a Administração Pública, a legitimação ativa se justifica por ser a “contra-face” da proteção legal estabelecida pelo artigo 1º e parágrafo único da Lei Federal n.º 8.429/92³⁵⁶, não havendo coerência a tutela jurídica de seu patrimônio e do bem jurídico sem que seja atribuído o correspondente direito à tutela jurisdicional.

O pedido a ser formulado na petição inicial consistirá na declaração de improbidade do ato ou fatos narrados, acompanhado da aplicação das penas previstas no artigo 12 da Lei Federal n.º 8.429/92. José Roberto Pimenta Oliveira rememora ser indispensável à petição inicial “ter um nível adequado de individualização das condutas e respectiva tipificação formal e material, para fins de imputação das sanções legais”, a fim de viabilizar o direito ao contraditório e a ampla defesa³⁵⁷. Admite-se que seja cumulado o pedido de condenação ao ressarcimento por danos causados ao patrimônio público, quando existir.³⁵⁸

José Roberto Pimenta Oliveira ainda lembra que, apesar de a ação ser vocacionada à responsabilização do sujeito, será possível deduzir pedido de desconstituição do ato, embora tal afirmação não possa ser extraída da Lei Federal n.º 8.429/92³⁵⁹. A acumulação de pedidos de índole declaratória, constitutiva e condenatória, justifica-se pela aplicação de regras processuais derivadas do microssistema de tutela coletiva, resultante da aplicação do artigo 3º da Lei Federal n.º

³⁵⁵ NEVES. Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA. Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 141. ALVES. Emerson. GARCIA. Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 882. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 340.

³⁵⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 351.

³⁵⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 371.

³⁵⁸ NEVES. Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA. Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 215.

³⁵⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 343.

7.347/1985, combinado com o artigo 292 do Código de Processo Civil e artigo 84 da Lei Federal n.º 8.078/1990.³⁶⁰

Ainda sobre o pedido, o Superior Tribunal de Justiça admite a tipificação das condutas narradas independentemente da fundamentação jurídica constante da petição inicial e, como consequência, o juiz também deixa de ficar adstrito às penas pugnadas pelo autor na petição inicial, sujeitas à dosimetria a partir do seu convencimento motivado sobre as provas colhidas na instrução processual.³⁶¹

Quanto aos aspectos procedimentais, embora a ação de improbidade administrativa sujeite-se ao procedimento comum de conhecimento, a Lei Federal n.º 8.429/92 estabeleceu regras diferenciadas para a tutela jurisdicional, dentre eles, o juízo de prelibação de recebimento da petição inicial, previsto no artigo 17, parágrafo 7º e 8º da lei e suas implicações à instrução probatória da petição inicial.

Inicialmente, registre-se que o artigo 319, inciso VI do Código de Processo Civil especifica que a petição inicial deverá conter as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados. No entanto, como acena José Roberto Pimenta Oliveira, o artigo 17, parágrafo 6º da Lei Federal n.º 8.429/92 determina a instrução da ação com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade, exigindo uma maior densidade contextual da imputação do que àquela prevista nas regras processuais comuns.³⁶² Essa maior exigência, contudo, não implica a exaustão dos elementos probatórios, mas apenas que haja indícios suficientes a “possibilitarem avaliar a justa causa da pretensão punitiva”.³⁶³

Percebe-se que a afirmação ganha robusta coerência quando se constata que há um procedimento intermediário ao exame de conformidade formal da petição inicial, seguido da citação do Réu, tal qual no processo civil comum. Trata-se da previsão de uma defesa prévia do acusado, similar à fase existente no processo penal para os crimes funcionais inafiançáveis, prevista no artigo 514 do Código de Processo Penal.

³⁶⁰ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 980.

³⁶¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 216.

³⁶² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 371.

³⁶³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 372.

Segundo ensina Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira a fase preliminar da atuação jurisdicional é inspirada no procedimento penal, em razão da possibilidade de imposições de sanções semelhantes às penais, o que justificaria a adoção de um procedimento diferenciado³⁶⁴, embora os autores dissintam ontologicamente de tal previsão, em razão do regime processual civil aplicável.

Não bastasse isso, os autores apontam que a fase preliminar de notificação, prévia ao recebimento da petição inicial, ocasiona o retardamento do procedimento, o que pode fragilizar a colheita das provas, que poderão se perder em razão do tempo, sem prejuízo de influir negativamente pela impressão de que há culpa do réu caso haja o recebimento da petição inicial, embora isso não possa implicar em pré-julgamento.³⁶⁵

Apesar dos citados efeitos deletérios da fase preliminar de defesa prévia, que podem ser contornados por meio de medidas cautelares de indisponibilidade de bens ou coleta antecipada de provas, entende-se que a exigência legal instrumentaliza o exame da justa causa do pedido da ação civil de improbidade administrativa, evitando-se que ela seja ajuizada com desvio de finalidade, isto é, que a ação seja proposta com fins de perseguição política do agente público ou mesmo como instrumento de vingança de sua atuação escorreta.

Por meio do juízo preliminar, o juiz poderá verificar, em cognição sumária, se os fatos narrados na petição inicial são subsumíveis à tipicidade capitulada na causa de pedir, evitando que o agente público tenha o constrangimento de ser demandado em fato rotulado de improbidade sem a mínima carga comprobatória ou suspeita do ato. Em tempos de espetáculos midiáticos, cujos danos de uma acusação leviana podem se mostrar irreversíveis aos direitos da personalidade do agente público, a medida se mostra salutar.

Destarte, a defesa prévia ganha feições especiais nas imputações relacionadas ao enriquecimento ilícito previsto no artigo 9º, inciso VII da

³⁶⁴ NEVES. Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA. Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 224. Por considerar o incontrastável caráter punitivo da Ação de Improbidade Administrativa, José Roberto Pimenta Oliveira entende que a defesa prévia deverá ser aplicada em favor do réu, como garantia ao devido processo legal. Nesse sentido: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 375.

³⁶⁵ NEVES. Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA. Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 225.

Lei Federal n.º 8.429/92, podendo o juiz avaliar se a suposta incompatibilidade patrimonial do agente público com os rendimentos declarados seja materialmente relevante a ponto de tornar o ato típico. Vale dizer: deverá o juiz rejeitar a petição inicial se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

Ainda quanto à defesa prévia, importante destacar que o artigo 17, parágrafo 8º da Lei Federal n.º 8.429/92, prevê expressamente a possibilidade de julgamento de improcedência do pedido pelo acolhimento da defesa prévia, hábil e gerar coisa julgada material em favor do Réu, caso o fundamento da decisão que acolhe a defesa prévia seja de mérito.³⁶⁶ Nessa hipótese, seria possível assimilar a decisão de mérito, que acolhe a defesa prévia, àquela que reconhece a inexistência do ato de improbidade ou a improcedência da ação, de modo semelhante à decisão de improcedência liminar do pedido, tal qual prevista no artigo 332 do Código de Processo Civil.³⁶⁷

Dito isso impõe-se avaliar a adequação constitucional de tais formulações frente ao princípio de presunção de inocência, considerando as posições doutrinárias retratadas que advogam a presunção de improbidade administrativa baseada na constatação de patrimônio incompatível do agente público perante as receitas por ele declaradas, como também aquelas que impõem a inversão de ônus da prova da acusação ao agente público, para que este justifique o lastro financeiro de seu patrimônio tido por incompatível pelos órgãos de acusação.

3.3.3.1. Princípio da presunção de inocência

O devido processo legal é princípio constitucional que deve orientar a atuação do direito adjetivo, em qualquer esfera procedimental, instituindo o direito fundamental ao processo justo³⁶⁸. Tal princípio tem origem no direito inglês, previsto na *Magna Charta Libertatum* de 1215 e igualmente defendido pelo artigo 8º e 10 da Declaração Universal Dos Direitos Humanos, artigo 6º do Pacto

³⁶⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 377.

³⁶⁷ NEVES. Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA. Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 231.

³⁶⁸ Nesse sentido confira-se: MARINONI. Luiz Guilherme. MITIDIERO. Daniel. SARLET. Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.834.

Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos e artigo 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Surgiu, primeiramente, com índole exclusivamente processual (*procedural due process of law*) e, em seguida, foi aprimorado, conferindo-lhe um sentido material (*substantive due process of law*), entendido pelo trinômio “vida-liberdade-propriedade”, assegurando a existência de lei aos indivíduos razoáveis, capazes de atender aos anseios da sociedade de forma democrática.

O devido processo legal formal dirige-se precipuamente ao Estado-juiz e aos particulares, sendo a estes direcionados nos casos de solução de controvérsias por autocomposição, conforme enuncia a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Busca-se, portanto, a igualdade de partes, o direito de ação, de defesa e o contraditório.

Nesse compasso, dentro do rito processual a ser desenvolvido em um Estado Democrático de Direito, os atos devem ser praticados em harmonia com os direitos fundamentais das partes no processo, de tal forma que os fatos ali narrados tenham sua imputabilidade reconhecida apenas a partir da dilação probatória em contraditório.

Do devido processo legal, portanto, se extraem dois outros princípios fundamentais, caros ao exame das imputações alicerçadas no enriquecimento ilícito por aumento desproporcional da remuneração capitulado como ato de improbidade administrativa: a presunção de inocência, relacionada à igualdade de tratamento entre as partes e a vedação à autoincriminação, enquanto expressão do direito à prova e contraditório.

A presunção de inocência é direito humano fundamental reconhecido no artigo 9º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e no artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Na Constituição da República Brasileira, o postulado vem prescrito no artigo 5º, inciso LVII.

Consoante leciona Marcelo Novelino, a presunção de inocência está baseada na consideração de que os atos pessoais, como regra geral, são pautados com a razão, de acordo com os valores, princípios e regras agasalhados pelo ordenamento jurídico. Enquanto não se forme a convicção, por meio de provas admitidas pelo ordenamento, de que o sujeito tenha se comportado em dissonância com

esse padrão, por meio de uma decisão fundamentada, o sujeito não pode ser tratado como ofensor à paz social.³⁶⁹

O princípio da culpabilidade é pressuposto da responsabilidade, fundamentando a aplicação de qualquer gravame imposto ao indivíduo pelo Estado, no que se incluem as pessoas físicas ou jurídicas. Fábio Osório Medina ensina que, apesar de não estar expressamente previsto na Constituição da República, a culpabilidade deflui do princípio do devido processo legal substancial e da presunção de inocência, viabilizando o exercício da defesa do acusado dentro das margens da legalidade, sendo plenamente aplicável no bojo das infrações administrativas.³⁷⁰

O autor afirma que o citado direito de defesa coexiste, entretanto, com a aparência de culpabilidade, à medida que pessoas inocentes podem ser suspeitas da prática de algum ato ilícito. Tal contradição, que caracteriza a tensão entre os direitos da sociedade e dos acusados em geral, deve ser levada ao processo punitivo, de tal forma que os meros indícios ou a plausibilidade da pretensão punitiva sejam concretizados em provas definitivas, quando, então, se poderá concluir pela existência ou não da responsabilidade do infrator.³⁷¹

Fábio Osório Medina, dissertando sobre as condenações baseadas em indícios, afirma que o artigo 239 do Código de Processo Penal o prevê como um meio de prova, devendo ser igualmente recebido pelo Direito Administrativo Sancionador. Nesta seara, a decisão que considerar o indício suficiente para uma condenação deverá ser revestida de razoabilidade, isto é, o convencimento do julgador deverá se pautar em um juízo valorativo coerente, racional e bem fundamentado.³⁷²

Não poderia, deste modo, rechaçar condenações baseadas em indícios, desde que não as adote isoladamente como razão de decidir. Sobre o tema da prova indiciária, Guilherme de Souza Nucci leciona que não se pode exigir, no cenário das provas, somente as provas diretamente relacionadas ao fato criminoso, eliminando do processo de persuasão racional e da livre convicção motivada o processo

³⁶⁹ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2015. p.455.

³⁷⁰ OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018. p. 366.

³⁷¹ OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018. p.414.

³⁷² OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018. p.422.

lógico de indução que se dará por meio de elementos suficientes de indicação de fatos e seus autores. Desse modo, as provas indiretas, como os indícios, constituem igualmente provas, merecendo ser sopesadas como quaisquer outras.³⁷³

Neste quadrante, vale-se das lições de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero para quem a regra da presunção da inocência ganha contornos esfumados na atividade de convencimento judicial exercida no âmbito do processo penal, não passando de um simulacro de garantia. A presunção de inocência, inter-relacionada ao ônus da prova da acusação impõe que “a condenação penal só possa ser prolatada se o juiz se convencer da culpa para além da dúvida razoável”³⁷⁴, sendo imprescindível conjugá-la motivadamente com os dados disponíveis nos autos, refutadas todas as demais hipóteses plausíveis com a inocência do acusado. Sem esse exercício, haveria violação da regra da presunção de inocência³⁷⁵.

Especificamente quanto à colisão entre a presunção da inocência e a defesa da moralidade administrativa, Ingo Wolfgang Sarlet registra que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 630.147 que julgou recurso contra inelegibilidade declarada pelo Tribunal Superior Eleitoral da candidatura ao cargo de Senador por Jader Barbalho, fundamentada na Lei da Ficha Limpa, revelou uma tendência de se buscar a depuração moral do processo eleitoral, de forma que a presunção de inocência não seria um direito absoluto, passível, pois, de limitações a serviço da salvaguarda de outros bens constitucionais relevantes.³⁷⁶

Trazendo o tema à análise do artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92, deve-se perquirir a existência de sinais exteriores de que o patrimônio ou o estilo de vida do agente público seja incompatível com os rendimentos auferidos em razão do exercício da função ofenderia o princípio da presunção da inocência.

Nessa toada, Wallace Paiva Martins Júnior entende que o tipo legal em questão autoriza a inversão do ônus da prova da imputação da prática do ato de improbidade administrativa por evolução desproporcional do patrimônio com a

³⁷³ NUCCI. Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 646.

³⁷⁴ MARINONI. Luiz Guilherme. MITIDIERO. Daniel. SARLET. Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.881.

³⁷⁵ MARINONI. Luiz Guilherme. MITIDIERO. Daniel. SARLET. Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.881.

³⁷⁶ MARINONI. Luiz Guilherme. MITIDIERO. Daniel. SARLET. Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.797.

renda do agente público. Em sua interpretação, bastaria a prova de que o agente público exerce alguma função pública tendo adquirido bens ou valores incompatíveis e desproporcionais com a evolução de seu patrimônio ou renda. A imputação será feita pela confrontação dos fatos com as declarações patrimoniais efetuadas pelo próprio sujeito ativo, conforme estipulado pelo artigo 13 da Lei 8.429/92 e pela Lei 8.730/93, de modo que sempre caberá a ele provar a origem lícita dos recursos empregados na aquisição. Por tal razão, considera o inciso VII como norma residual para punição do enriquecimento ilícito, o que satisfaria o ideário de repressão à imoralidade administrativa.³⁷⁷ Em síntese, pelo pensamento do autor, a existência de acervo patrimonial incompatível com a declaração bens efetivada pelo agente público traria uma hipótese de presunção relativa de improbidade administrativa.

Por seu turno, Marino Pazzaglini Filho pontifica que o autor da imputação tem o ônus de especificar e provar o ato de improbidade causador do enriquecimento indevido do agente público³⁷⁸, uma vez que o inciso VII é hipótese exemplificativa do artigo 9º *caput* da Lei Federal n.º 8.429/92. Prossegue o autor, ao justificar a necessidade de comprovação do enriquecimento ilícito pelo agente acusador, onde a figura típica do inciso VII do artigo 9º revela hipótese de “enriquecimento sem causa conhecida e não o mero enriquecimento sem causa”,³⁷⁹ já que o fato de determinado agente público não auferir renda suficiente para ter o que tem não leva, necessariamente, à ocorrência de ato de improbidade administrativa.

Francisco Octávio de Almeida Prado, ao resgatar a interpretação histórica do processo legislativo que culminara na Lei Federal n.º 8.429/92, pontifica que não é possível admitir a inversão do ônus da prova do enriquecimento ilícito, cabendo ao órgão acusador comprovar a desproporcionalidade para justificar a imputação, o que deverá ser feito por meio da aferição da desproporcionalidade entre a renda e a evolução patrimonial do agente público.³⁸⁰

³⁷⁷ MARTINS JUNIOR. Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 242.

³⁷⁸ PAZZAGLINI FILHO. Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 181.

³⁷⁹ PAZZAGLINI FILHO. Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 181.

³⁸⁰ PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 84.

Waldo Fazzio Junior, Marino Pazzaglini Filho e Márcio Fernando Elias Rosa, apesar de afirmarem que o disposto no artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92, estabelece uma presunção relativa de que os acréscimos patrimoniais incompatíveis com a renda auferida pelo agente público tenham provindo do exercício da função pública, rechaçam a inversão do ônus da prova, o que impõe ao órgão acusador o dever de mostrar que há incompatibilidade entre a receita, de origem ilícita, e o patrimônio.³⁸¹

Pedro Roberto Decomain, acertadamente entende que o enriquecimento do agente público deve ser considerado apenas um “sintoma” do ato de improbidade, uma vez que a ilicitude só poderá ser reconhecida quando se verificar que o patrimônio ou os gastos efetuados pelo agente público tenham origem espúria, pelo que não se pode presumir a ilicitude, que deverá ser claramente comprovada pelo órgão acusador.³⁸²

A corrente doutrinária que rechaça tanto a presunção de ilicitude decorrente da existência de sinais externos de incompatibilidade entre o patrimônio amealhado pelo agente público com as receitas auferidas e reconhecidas em sua declaração anual de bens, como aquela que repudia a inversão do ônus da prova pela simples indicação, é a que melhor se adequa ao princípio da presunção da inocência.

Francisco Octávio de Almeida Prado anota que a inversão do ônus da prova da acusação do agente público envolve uma presunção de enriquecimento e, portanto, de culpa, o que, além de violar o princípio da presunção de inocência, prescindiria da apuração do elemento volitivo doloso inerente à figura típica, equiparando o tipo à responsabilidade objetiva.³⁸³

A colisão entre o direito fundamental à presunção de inocência e a estrutura das regras, que tipificam como crime o enriquecimento ilícito de agente público sem a determinação do ato ilícito, também é objeto de intensa discussão nos Tribunais estrangeiros.

Na Argentina, a Lei 25.188, de 1º de novembro de 1999, que dispõe sobre a ética na Administração Pública, alterou o artigo 268 do Código Penal

³⁸¹ FAZZIO JUNIOR, Waldo; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 63.

³⁸² DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. p.98.

³⁸³ PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 85.

Argentino, que considera crime o ato do agente público que não justificar a origem de enriquecimento patrimonial quando for assim requisitado³⁸⁴.

Sergio Leonardo Rodríguez narra que parte da doutrina argentina se opunha à criminalização do enriquecimento ilícito de agente público na forma cominada pela lei, apontando críticas relacionadas à inversão do ônus da prova implícita para a tipificação, a vulneração ao direito de não realizar prova contra si e do princípio da legalidade, uma vez que não se permite conhecer qual seria a conduta proibida ou devida pelo destinatário da regra.³⁸⁵

Entretanto, o Autor aduz que a Sala IV da Câmara Nacional Criminal e Correccional da Argentina, no julgamento do caso María Julia Alsogaray, destacou que o crime de enriquecimento ilícito se configura com o enriquecimento apreciável e injustificado durante o exercício da função pública. Segundo a Corte Superior, o que se pune é o fato comprovado, com base em dados objetivos recolhidos no julgamento, capaz de demonstrar que o agente público enriqueceu durante o exercício da função pública de forma apreciável e sem qualquer razão que permita considerar que a origem dos recursos tenha sido oriunda de uma fonte legítima, sendo proibido concluir que a recusa de justificar ou a justificação insuficiente seja o elemento valorado negativamente, como ato definidor ou constitutivo da consumação do crime.³⁸⁶

Nesse sentido, o Tribunal Argentino considerou que o crime de enriquecimento ilícito não pode inverter o ônus da prova da inocência do

³⁸⁴ Artículo 268 (2). - Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justifiare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho (CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA - <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>)

³⁸⁵ RODRÍGUEZ. Sergio Leonardo. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos en la Argentina. *Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos. Red Ibero Americana de Fiscales contra la Corrupción*. Lucha contra la corrupción: buenas prácticas – Brasília: MPF, 2019.

³⁸⁶ RODRÍGUEZ. Sergio Leonardo. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos en la Argentina. *Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos. Red Ibero Americana de Fiscales contra la Corrupción*. Lucha contra la corrupción: buenas prácticas – Brasília: MPF, 2019.

acusado, cabendo à acusação trazer evidências do aumento injustificado com a maior especificidade e precisão possíveis.³⁸⁷

A discussão também esteve presente no Tribunal Constitucional de Portugal em duas oportunidades distintas. Na primeira, a Corte Constitucional analisou o Decreto n.º 37/XII, que alterou o artigo 335 do Código Penal Português, passando a punir o agente público que tivesse a aquisição, posse ou detenção de bem sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos. O Tribunal pronunciou-se, em 4 de abril de 2012, pela inconstitucionalidade da regra através do Acórdão n.º 179/2012, por considerar que o tipo criminal desenhado assumia a presunção da prática do crime, bem como a inversão do ônus da prova, em violação ao princípio constitucional de presunção de inocência.³⁸⁸

Em razão desta decisão, o tipo penal português foi alterado pelo Decreto n.º 369/XII para circunscrever o crime apenas aos casos onde houver incompatibilidade entre os rendimentos e os bens declarados ou que deveriam ter sido declarados, punindo-se a discrepância da declaração com o património e não mais aquisição, posse e detenção de bem.

Tal alteração foi novamente submetida ao controle de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional Português, que manteve a proposta de inconstitucionalidade do crime de enriquecimento ilícito previsto na nova redação do artigo 335-A do Código Penal Lusitano³⁸⁹.

³⁸⁷ BERGER. Tammar. MATHIAS. Marianne. MORALES. Michelle. MUZILA. Lindy. *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*. Washington, DC: World Bank, 2012. p. 49. Disponível em: <http://documents1.worldbank.org/curated/en/958781468339641204/pdf/On-the-take-criminalizing-illicit-enrichment-to-fight-corruption.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2020.

³⁸⁸ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 377/2015. Processo n.º 658/2015. Lisboa, 12 ago. 2015. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/69992910>. Acesso em: 26. Out. 2020.

³⁸⁹ “Artigo 335 - A Enriquecimento injustificado 1 — Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património incompatível com os seus rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados é punido com pena de prisão até 3 anos. 2 — As condutas previstas no número anterior atentam contra o Estado de direito democrático, agridem interesses fundamentais do Estado, a confiança nas instituições e no mercado, a transparência, a probidade, a idoneidade sobre a proveniência das fontes de rendimento e património, a equidade, a livre concorrência e a igualdade de oportunidades. 3 — Para efeitos do disposto no n.º 1, entende -se por património todo o ativo patrimonial líquido existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro. 4 — Para efeitos do disposto no n.º 1, entendem -se por rendimentos e bens declarados, ou que devam ser declarados, todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como os rendimentos e bens objeto de quaisquer declarações ou comunicações exigidas por lei. 5 — Se o valor da incompatibilidade referida

Conquanto as razões de mérito do referido julgado atravessassem princípios próprios do Direito Penal, como da fragmentariedade e subsidiariedade, bem como a redundância normativa da tutela penal naquele sistema jurídico, em razão da existência de crimes fiscais e de falsidade em relação ao conteúdo da declaração de rendimentos, os fundamentos que conduziram a decisão do Tribunal Constitucional levaram em conta aspectos relacionados à violação da presunção de inocência do tipo incriminador e que podem ser extensivamente utilizados para a reflexão da questão sobre a hipótese de improbidade administrativa versada no artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92.

Nessa quadra, o Tribunal Constitucional, relativo ao Decreto n.º 37/XII que aprovara a tipificação do enriquecimento ilícito a partir da mera aquisição, posse ou detenção, entendeu que o tipo era compatível com a determinabilidade que deve subjazer a uma norma penal, sobretudo à luz dos princípios constitucionais da tipicidade e da presunção de inocência. A evolução legislativa proporcionada pelo Decreto n.º 369/XII, contudo, não teria o condão de extirpar as máculas constitucionais citadas que recaíram sobre a tipificação. O plenário da Corte Constitucional, sobre a questão, assim argumentou:

“(...) tudo indica que se considerará consumado o crime pela reunião destes dois elementos: património detido, possuído ou adquirido por um lado; incompatibilidade entre este e o sujeito a declaração, por outro. Pelo menos, é o que decorre de uma formulação literal que associa a censura penal à simples verificação de uma certa situação ou de um certo estado de coisas, resultante exclusivamente de uma incongruência, ou de uma «incompatibilidade», entre duas grandezas. A ser assim presumido o cometimento do crime, sobre o agente recairá o ónus de, já no âmbito de um processo contra si instaurado, vir a oferecer justificação para a verificada variação patrimonial. E tal significará que, logo na formulação do tipo criminal e pelo modo como ele foi construído, se contrariou o princípio da presunção de inocência (artigo 32.º, n.º 2, da CRP), entendido, na sua dimensão substantiva, enquanto vínculo do próprio legislador penal.

Criminalizar uma mera variação patrimonial entre duas grandezas, o património detido e aquele outro sujeito a declaração, significa optar por uma medida de política criminal de tal modo imperfeitamente desenhada que a partir dela se não consegue vislumbrar qual seja verdadeiramente a «conduta» humana objeto da censura jurídico-penal. Em tais circunstâncias, nas quais se encontra comprometida a própria possibilidade de a formulação da incriminação dar a conhecer

no n.º 1 não exceder 350 salários mínimos mensais a conduta não é punível. 6 — Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 500 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.” (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 377/2015. Processo n.º 658/2015. Lisboa, 12 ago. 2015. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/69992910>. Acesso em: 26. Out. 2020.)

o que é ou não proibido pelo direito, comprometida estará também a possibilidade de se anteverem os bens que justificariam a incriminação.”³⁹⁰

No âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Salabiaku v. France*, em que o indivíduo foi responsabilizado por importação de produto sem prévia declaração à aduana, discutiu-se se a presunção de inversão do ônus da prova e a presunção de incriminação não ofenderiam o princípio da presunção de inocência. A Corte Europeia, ao manter a condenação do Tribunal Francês, decidiu que impor um ônus legal ou probatório sobre um réu não violaria a presunção de inocência, desde que observados limites que levem em consideração a importância do bem jurídico em jogo e a manutenção dos direitos individuais, isto é, desde que mantido um equilíbrio entre os interesses do Estado na acusação com os direitos do acusado, mantendo as presunções dentro de limites razoáveis.³⁹¹

Tammar Berger *et. al.* mencionam que, no equilíbrio entre os interesses do Estado na acusação com os direitos do acusado envolvendo casos de corrupção, a balança pode se mostrar mais inclinada à proteção do interesse público, tornando-se mais flexíveis os direitos individuais do acusado.³⁹² Para tanto, vale-se do precedente do Advogado Geral de Hong Kong v. Hui Kin Hong, agente público acusado de manter um padrão de vida superior aos proventos oficiais recebidos.

Em referido julgado, a Corte de Apelação da Província Chinesa reviu a decisão jurisdicional que entendeu que a seção 10 da Lei de Prevenção ao Suborno, que previa a condenação criminal daquele que ostenta um padrão de vida superior ou controla bens ou recursos superiores aos proventos oficiais recebidos, salvo se provar satisfatoriamente como obteve os recursos ou mantém o padrão de vida elevado, violava o princípio da presunção de inocência.

Para a Corte de Apelação, o princípio da presunção de inocência revela a necessidade de um julgamento justo, equilibrado. Nesse sentido, se a aplicação da lei visar a proteger apenas as pessoas acusadas de corrupção, deixando de

³⁹⁰ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 377/2015. Processo n.º 658/2015. Lisboa, 12 ago. 2015. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/69992910>. Acesso em: 26. Out. 2020.

³⁹¹ BERGER. Tammar. *et. al.* *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*. Washington, DC: World Bank, 2012. p. 49. Disponível em: <http://documents1.worldbank.org/curated/en/958781468339641204/pdf/On-the-take-criminalizing-illicit-enrichment-to-fight-corruption.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.

³⁹² BERGER. Tammar. *et al.* *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*. Washington, DC: World Bank, 2012. p. 49. Disponível em: < >. Acesso em: 20 out. 2020.

proteger o público em geral dos males e perigos advindos da conduta criminosa, representados pela acusação, o julgamento justo não estaria sendo observado. É necessário manter o equilíbrio entre o indivíduo e a sociedade como um todo, evitando-se a aplicação de padrões rígidos e inflexíveis para a resolução de problemas que a sociedade enfrenta com os efeitos dos crimes graves, como é o caso da corrupção.³⁹³

A exposição dos julgados oriundos de diversos continentes revelam que há colisão entre a tipificação do enriquecimento ilícito e o reconhecimento de direitos fundamentais do acusado, sobretudo o princípio da presunção de inocência, arranhado pela própria estrutura da conduta tipificada que prescinde da identificação de um ato específico, pois focalizada na recriminação de um efeito de um desvio supostamente existente. O equilíbrio entre os valores colidentes, todavia, é dimensionado de forma diversa entre os países, sobretudo a partir das premissas políticas e culturais enraizadas nos sistemas jurídicos correspondentes, o que implica numa remissão ao intérprete do panorama constitucional subjacente.

No Brasil não há dúvidas de que a probidade administrativa é um bem jurídico que mereceu específica preservação pelo artigo 37, parágrafo 4º da Constituição da República.

Conquanto não se possa equiparar a corrupção à improbidade administrativa, por se tratarem de signos dotados de significados próprios, mas que podem ser correlacionados para uma avaliação difusa do enriquecimento ilícito de agente públicos e da probidade das instituições, noticia-se que a sensação de corrupção no Brasil continua a crescer. Mesmo depois das investigações e diversas iniciativas legislativas nacionais, verifica-se que o Brasil perdeu 10 (dez) posições no Índice de Percepção da Corrupção, elaborado pela Transparência Internacional, em relação ao ano de 2017 e, agora, ocupa a 106ª posição em um conjunto de 180 países analisados³⁹⁴, acompanhando a tendência de constante declínio desde o ano 2012.

Independentemente da reunião de esforços institucionais na concretização da força normativa da tutela da probidade administrativa, entende-se

³⁹³ REPUBLICA POPULAR DA CHINA. Court Of Appeal. *Attorney General v. Hui Kin Hong*. CACC52/1995. Hong Kong, 1995. Disponível em: https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/search/search_result_detail_frame.jsp?DIS=5125&QS=%2B&TP=JU. Acesso em 31. Out. 2020.

³⁹⁴ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Índice de Percepção da Corrupção. Brasil, 2020. Disponível em <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/67:indice-de-percepcao-da-corrupcao-2019?stream=1>. Acesso em: 31 out. 2020.

que a adoção de procedimentos de inteligência e investigatórios efetivos, que possam instrumentalizar a coleta de provas para comprovação de suspeita de enriquecimento ilícito de agentes públicos por patrimônio desproporcional e incompatível com os rendimentos auferidos, seja o instrumento jurídico mais adequado para a tutela efetiva do bem jurídico em questão, preservando-se o núcleo dos direitos fundamentais do agente público investigado.

Disso resulta uma questão lógica imersa na interpretação do princípio da presunção de inocência e que perpassa pela necessidade de investigação de fatos que podem revelar, posteriormente, a prática de uma conduta repudiada pelo sistema jurídico. Consoante leciona André Ramos Tavares, a partir das lições de Celso Ribeiro Bastos, embora alguém só possa ser considerado culpado ao fim do processo, para que o poder investigatório se exerça, é necessário ele recaia sobre certas pessoas que demonstrem seu envolvimento com o fato apurado. Invariavelmente, haverá uma suspeição que, sob a incidência exclusiva do viés da presunção da inocência, elidiria o Poder Público cumprir a sua missão de investigar o ocorrido, desvendar os fatos, identificar o culpado e formalizar a acusação.³⁹⁵

Portanto, a existência de “sintomas” de patrimônio incompatível com a renda declarada pelo agente público reclama que sejam deflagrados procedimento internos de caráter investigatório, como a sindicância patrimonial ou mesmo a abertura de inquérito civil, não sendo suficiente para carrear a imputação no bojo de um processo sancionador a presunção decorrente ou fato ou mesmo a inversão do ônus da prova. Havendo a comprovação de que houve significativo incremento patrimonial do agente público decorrente do exercício de suas atribuições funcionais, ainda que não se obtenham detalhes do ato específico que ensejou a vantagem patrimonial não declarada, estarão satisfeitos os pressupostos objetivos e subjetivos de incidência do artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92.

3.3.3.2. Visão geral da prescrição da pretensão punitiva

³⁹⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 602.

A prescrição é perda da pretensão de reparação de um direito violado, em virtude da inércia do seu titular, no prazo previsto pela lei.³⁹⁶ No âmbito da pretensão punitiva, José Roberto Pimenta Oliveira lembra que prescrição visa a “harmonização entre o interesse público primário perseguido pela punição e o igualmente interesse público primário derivado da proteção dos direitos individuais à conta da segurança jurídica que alicerça o ordenamento constitucional”³⁹⁷. Com efeito, a prescrição é ferramenta de pacificação social, que busca a estabilidade social e a segurança jurídica, evitando o surgimento de relações jurídicas perpétuas, que tornem um indivíduo eternamente à mercê do titular do direito violado, fragilizando a defesa daquele em razão do perecimento dos elementos probatórios necessários à resposta da acusação formulada.

Os prazos de prescrição da ação de improbidade administrativa estão descritos no artigo 23 da Lei Federal n.º 8.429/92, que variam de acordo com as diferentes categorias de agentes públicos envolvidos. De forma geral, o prazo adotado pela lei é 5 (cinco) anos, diferindo, no entanto, quanto ao início de sua contagem.

De acordo com o artigo 23, inciso I, quando o ato de improbidade recair sobre agentes que tenham exercido mandato, tenham ocupado cargos comissionados ou durante o exercício de funções de confiança, o prazo de prescrição será iniciado a partir da cessação do respectivo vínculo jurídico de caráter temporário.

Por outro lado, inciso II do referido artigo estabelece que se o ato de improbidade administrativa tiver sido praticado por agentes ocupantes de cargos efetivos ou empregos na Administração Pública, o prazo de prescrição para o exercício do direito de ação será o mesmo prazo previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com a pena de demissão a bem do serviço público.

Sobre tal prazo prescricional, José Roberto Pimenta Oliveira delimita que a lei específica mencionada pelo artigo 23, inciso II da Lei Federal n.º 8.429/92 apenas pode ser lei Federal, uma vez se tratar de competência da União dispor sobre normas de direito civil, nos termos do artigo 22, inciso I da Constituição da

³⁹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 559.

³⁹⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 396.

República. Ademais, a aplicação de prazo diferenciado de prescrição contra o mesmo ato de improbidade, caso disciplinado de modo diferente entre os diversos níveis federativos, implicaria em violação ao princípio da isonomia, devendo todos agentes públicos sujeitarem-se às mesmas sanções constitucionais e legais.³⁹⁸

Nesse sentido, impõe-se a integração do artigo 142, inciso I e parágrafos 1º a 3º da Lei Federal nº 8.112/90 para estabelecer a regra de contagem do prazo prescricional da ação de improbidade administrativa a ser ajuizado em face dos agentes públicos ocupantes de cargos ou empregos efetivos na Administração Pública.

Diante da referida integração, o início da contagem do prazo prescricional aos agentes públicos com vínculo funcional efetivo se relaciona com o conhecimento do fato, consoante disposto no artigo 142, parágrafo 1º da Lei Federal 8.112/90³⁹⁹ e que corresponde à teoria da *actio nata*, apreciada sob o aspecto subjetivo. Isto é, apenas com o conhecimento do ilícito pelo titular do direito violado é que surgirá a pretensão. Tal interpretação é igualmente vaticinada pela Súmula 635 do Superior Tribunal de Justiça⁴⁰⁰.

Sob a perspectiva do artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92, acredita-se possível formular uma regra diferenciada do início da contagem do prazo prescricional, para a hipótese de aumento patrimonial direto do agente público. Considerando o dever de entrega anual da declaração de bens e direitos exigida pelo artigo 13 da mesma lei, acredita-se que o exercício da atividade de fiscalização e controle patrimonial da administração, importaria na ciência dos bens possuídos pelo agente público com vínculo permanente.

Assim, uma vez indicado na declaração anual o bem desproporcional à remuneração do agente público, apenas para esta hipótese, poderia afirmar que o início da contagem do prazo prescricional ocorreria a partir do exercício seguinte à entrega da referida declaração, em aplicação analógica do artigo 173, inciso I

³⁹⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 397.

³⁹⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 397.

⁴⁰⁰ Súmula 635-STJ: Os prazos prescricionais previstos no art. 142 da Lei nº 8.112/1990 iniciam-se na data em que a autoridade competente para a abertura do procedimento administrativo toma conhecimento do fato, interrompem-se com o primeiro ato de instauração válido - sindicância de caráter punitivo ou processo disciplinar - e voltam a fluir por inteiro, após decorridos 140 dias desde a interrupção.

do Código Tributário Nacional⁴⁰¹, sob pena de o agente público ter seu direito fundamental à prescrição fragilizado pela omissão dos órgãos de fiscalização.

Por outro lado, entende-se que a hipótese de interrupção do prazo prescricional prevista no parágrafo 3º do artigo 142 da Lei Federal 8.112/90⁴⁰² não é capaz de gerar efeito similar ao exercício da ação de improbidade administrativa, uma vez que tais efeitos são confinados ao sistema de responsabilidade administrativo disciplinar, diante do silêncio da Lei Federal n.º 8.429/92 em recepcioná-lo para o sistema de responsabilidade por improbidade administrativa.

Ademais, caso fosse admitida a extensão à ação judicial, a prescrição seria interrompida pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa (pela aplicação do artigo 240, parágrafo 1º do Código de Processo Civil⁴⁰³), ocasionando uma dupla causa de interrupção da prescrição, o que arranharia a singularidade de tal fenômeno, de acordo com a regra geral prevista no artigo 202, *caput* do Código Civil⁴⁰⁴.

Ainda em relação à aplicação do artigo 142 da Lei Federal 8.112/90 ao prazo prescricional da ação de improbidade administrativa movida, calha avaliar a incidência do parágrafo 2º do artigo 142 da Lei Federal 8.112/90, que importaria na definição do prazo de prescrição previsto na lei penal para os atos de improbidade administrativa que puderem ser capitulados como crime. Todavia, como adverte José Roberto Pimenta Oliveira, o prazo prescricional resultante da aplicação do artigo 109 do Código Penal não pode resultar numa redução do prazo geral de 5 (cinco)

⁴⁰¹ Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; Apesar do dispositivo estar relacionado à decadência da constituição do crédito tributário, há similaridade na razão que o justificam, isto é, no dever da Administração Pública exercer a atividade de fiscalização sobre as informações apresentadas pelo sujeito passivo da obrigação acessória que, no caso da Lei Federal n.º 8.429/92, corresponde à declaração de bens e direitos do agente público.

⁴⁰² Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

(...)

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

⁴⁰³ “Art. 240 § 1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação”.

⁴⁰⁴ “Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á”:

anos fixado pela própria Lei Federal n.º 8.429/92, sob pena de violação da autonomia do sistema de responsabilidade erigido pela Lei e ofensa à isonomia⁴⁰⁵.

O prazo prescricional em relação ao terceiro, isto é, àquele que participa do ato e dele se beneficia, deve ser o mesmo prazo previsto para o respectivo agente público que praticou em conjunto o ato de improbidade, consoante entendimento consolidado na Súmula 634 do Superior Tribunal de Justiça.⁴⁰⁶

Em caso de concurso de agentes, isto é, havendo a prática da improbidade por agente público ocupante de vínculo temporário e efetivo com a Administração Pública, os prazos prescricionais devem ser contados individualmente, de acordo com as condições de cada réu.⁴⁰⁷

Por fim, cabe registrar a advertência de José Roberto Pimenta Oliveira quanto à necessidade de se compatibilizar o artigo 23 da Lei Federal n.º 8.429/92 com a imprescritibilidade do ressarcimento ao Erário preconizada pelo artigo 37, parágrafo 5º da Constituição da República.

Perfilha-se a opinião do autor no sentido de que, conquanto o direito de indenização que nasce da prática de ilegalidade seja imprescritível, o direito punitivo que emerge da improbidade administrativa, como categoria singular de ilicitude, está sujeito à preclusão legal, de tal sorte que, prescrita a pretensão punitiva, a ordem constitucional não admitiria o ajuizamento de ação de improbidade concentrada na exclusiva pretensão ressarcitória ao Erário.⁴⁰⁸ Saliente-se, contudo, que Emerson Alves e Rogério Garcia sustentam posição distinta quanto à possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade administrativa com a finalidade exclusiva de reparar o dano ao Erário.⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 406.

⁴⁰⁶ Súmula 634 STJ: “Ao particular aplica-se o mesmo regime prescricional previsto na Lei de Improbidade Administrativa para o agente público”.

⁴⁰⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 397. NEVES. Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA. Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 109.

⁴⁰⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 409.

⁴⁰⁹ ALVES. Emerson. GARCIA. Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 747.

CAPÍTULO 4 - SANÇÕES APLICÁVEIS ÀS HIPÓTESES DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

As sanções são frutos do exercício do poder punitivo estatal necessário para que a ordem jurídica seja reestabelecida em face da corrosão do bem jurídico tutelado pela conduta transgressora. Fábio Osório Medina leciona que a proposta teórica da sanção administrativa advinda do Direito Europeu erige quatro elementos fundamentais em sua estruturação. Pelo primeiro, o aspecto subjetivo, onde a autoridade administrativa é a responsável pela sua aplicação; pelo segundo, elemento objetivo, o caráter aflagrante; pelo terceiro, elemento teleológico, há uma finalidade repressora da conduta para reestabelecimento da ordem jurídica; e pela quarta, o elemento formal, radicado na natureza administrativa do procedimento.⁴¹⁰

No âmbito do Direito Administrativo, a sanção administrativa estava historicamente vinculada ao exercício do poder de polícia, função por meio da qual a Administração Pública condiciona a propriedade e a liberdade privadas, impondo um dever de abstenção de modo coercitivo para atendimento em prol do interesse público.⁴¹¹

O artigo 37, parágrafo 4º da Constituição da República constitui a fonte normativa da imposição do regime sancionatório decorrente da prática de atos de improbidade administrativa, fixando-se as sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, ressarcimento ao erário e indisponibilidade de bens. Em acréscimo, a Lei Federal n.º 8.429/92 agregou ao rol de punições passíveis à prática de atos de improbidade as sanções de perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público e proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

A complementação legal das reprimendas não constitui em nenhuma hipótese violação à constitucionalidade, uma vez que o próprio dispositivo constitucional, enquanto norma de eficácia de efeitos limitados, dependeu da integração de seus preceitos por meio da legislação ordinária, cabendo nesta instância democrática

⁴¹⁰ OSÓRIO. Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018. p. 87.

⁴¹¹ GARCIA, Flávio Amaral. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Principiologia No Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, p. 9-28, out./dez. 2013.

a eleição dos instrumentos capazes de se obter a proteção proporcional do bem jurídico resguardado pela norma constitucional.⁴¹²

A Lei Federal n.º 8.429/92 dispôs as sanções em três blocos, variáveis de acordo com a gravidade do ato de improbidade cometido, cabendo ao Poder Judiciário aplicá-la por meio de critérios de individualização da sanção, a partir dos parâmetros a serem aferidos pelo juiz no caso concreto. A aplicação da sanção é mais um elo do sistema de responsabilidade autônomo da improbidade administrativa.

No tema das sanções, o princípio da culpabilidade é pressuposto da responsabilidade que fundamenta a aplicação de qualquer gravame imposto ao indivíduo pelo Estado, seja às pessoas físicas ou às pessoas jurídicas. Fábio Osório Medina leciona que, apesar de não estar expressamente previsto na Constituição da República, a culpabilidade deflui do princípio do devido processo legal substancial e da presunção de inocência, viabilizando o exercício da defesa do acusado dentro das margens da legalidade, sendo plenamente aplicável no bojo das infrações administrativas.⁴¹³

Trata-se de princípio de índole constitucional o que, por si só, ultrapassaria a discussão acerca da extensão dos princípios próprios do Direito Penal ao Direito Administrativo. Fábio Osório Medina destaca que o princípio da culpabilidade se apresenta em três acepções distintas, interligadas, ora funcionando como fundamento para a imposição de pena, ora como critério de sua dosimetria ou como ideário negacionista da responsabilidade objetiva.⁴¹⁴

Enquanto fundamento da pena, a culpabilidade, na seara do Direito Administrativo Sancionador, volta-se para a realização de interesses sociais e públicos despidos da finalidade de castigar o indivíduo, em um contexto dissuasório da conduta indesejada.⁴¹⁵ Cabe enfatizar, todavia, que a parcela majoritária da doutrina,

⁴¹² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 296. ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 616.

⁴¹³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018. p. 366.

⁴¹⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018. p. 375.

⁴¹⁵ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 100.

apesar de não negar a finalidade alvitrada, vê na sanção imposta pelo Direito Administrativo conteúdo aflitivo e retributivo ao indivíduo.⁴¹⁶

Como critério de dosimetria, a culpabilidade está assentada na existência de uma conduta típica, antijurídica e reprovável⁴¹⁷, sem a qual se torna impossível atribuir a responsabilidade jurídica a alguém. Tanto o Direito Penal como o Direito Administrativo Sancionador incidem sobre a evitabilidade do fato contrário ao padrão de conduta esperado pela lei praticado por alguém⁴¹⁸. Vale dizer: verificada a tipicidade material e formal da conduta e inaplicáveis as causas excludentes de ilicitude e as escusas absolutórias em sentido estrito, nasce o dever jurídico de imposição da sanção, por determinação do artigo 37, parágrafo 4º da Constituição da República.⁴¹⁹, atualmente mitigados pela recepção de instrumentos consensuais de reparação das consequências do ilícito.

O processo de quantificação da sanção é complexo e permeado por um denso ônus argumentativo ao aplicador do Direito, em homenagem à segurança jurídica e ao princípio da individualização da pena. Carreado de conceitos vagos e indeterminados, o intérprete deve se valer de diversos postulados hermenêuticos para a fixação da sanção em um juízo tipicamente discricionário, onde o princípio da proporcionalidade calibrará o exercício do exegeta. Rafael Munhoz de Melo leciona que “o princípio da proporcionalidade veda a imposição de sanções administrativas excessivas e desproporcionais à situação fática que serve de motivo para a imposição da punição”⁴²⁰. Diante disso, conclui o autor que “a intensidade da sanção administrativa deve corresponder à gravidade da conduta ilícita praticada pelo infrator”⁴²¹.

⁴¹⁶ Nesse sentido, confira-se Rafael Munhoz de Mello para quem a sanção administrativa retributiva esgota-se na aplicação de um mal ao infrator. (MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez. 2005).

⁴¹⁷ FERREIRA, Daniel. Infrações e sanções administrativas. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/107/edicao-1/infracoes-e-sancoes-administrativas>. Acesso em: 01. Set. 2020.

⁴¹⁸ OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018. p. 374.

⁴¹⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 295.

⁴²⁰ MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez. 2005.

⁴²¹ MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez. 2005.

As sanções nos domínios da Lei Federal n.º 8.429/92 estão dispostas em “três blocos sancionatórios”⁴²², que variam em função da natureza do ato de improbidade, dispostos em grau de gravidade e lesividade aos valores subjacentes à tutela da improbidade administrativa, veiculadas nos três incisos insertos no artigo 12 da lei. Todavia, apesar do protagonismo da referida disposição legal, assiste razão à observação de Francisco Octávio de Almeida Prado para quem os artigos 5º, 6º, 8º, 20 e 21 da Lei Federal n.º 8.429/92 contêm preceitos relacionados às consequências das sanções e não podem ser menosprezados na decisão judicial.⁴²³

A Lei Federal n.º 8.429/92 delegou ao juiz a tarefa de realizar o sopesamento das punições aos agentes públicos, havendo vinculação entre a modalidade da conduta praticada com cada categoria de pena disposta nos incisos que compõem o artigo 12 da lei. A discricionariedade se refere tanto à eleição do *quantum* da pena aplicável a partir das características do caso concreto, como também às espécies de sanções aplicáveis, não havendo o dever de cumulação de todas as reprimendas especificadas nos incisos⁴²⁴. Emerson Alves e Rogério Garcia sugerem a utilização de técnica que congregue a aplicação da sanção em patamares mínimos, majorada a partir da identificação dos efeitos da conduta, em grau crescente de lesividade ao bem jurídico tutelado⁴²⁵, cabendo ao magistrado fundamentar o acréscimo em relação ao piso da cominação. Conforme observa Marino Pazzaglini Filho⁴²⁶, a técnica é similar àquela adotada no âmbito do processo penal, por meio da aplicação do artigo 59 do Código Penal, a que José dos Santos Carvalho Filho entende ser aplicável por analogia⁴²⁷.

⁴²² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 296.

⁴²³ PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 141.

⁴²⁴ A tese n.º 11 da Edição n. 40 da publicação “Jurisprudência em tese” veiculada pelo Superior Tribunal de Justiça estabelece que “O magistrado não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração”. Registre-se, todavia, a existência de posicionamentos da doutrina em sentido contrário, isto é, pela necessidade de aplicação de todas as espécies de sanções arroladas pelo artigo 12, como se extrai de: MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 304. DECOMAIN. Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 214.

⁴²⁵ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 614.

⁴²⁶ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 161.

⁴²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 1179.

Destarte, a decisão judicial, além de avaliar a presença dos pressupostos para a aplicação da sanção, deverá considerar, para sua delimitação, a gravidade da conduta, a extensão do dano causado e o proveito econômico obtido pelo requerido, consoante disposto pelo parágrafo único do artigo 12 da Lei Federal n.º 8.429/92.

Os atos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito são os mais graves, o que leva Marino Pazzaglini Filho a sugerir a responsabilidade integral do autor do ato de improbidade nessas condições, isto é, mediante a cominação de todas as espécies sancionatórias, sendo que a gravidade concreta do ato será ponderada apenas nas cominações que comportem quantificação, como é o caso da suspensão dos direitos políticos⁴²⁸. Não se perfilha da referida conclusão, uma vez que a presunção legal de gravidade estabelecida pela lei aos atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito não é capaz de afastar o primado da culpabilidade e da individualização da pena, devendo o magistrado aplicar ao caso concreto os vetores objetivos e subjetivos de punibilidade estabelecidos pelo artigo 12, fundamentando-os à luz dos elementos normativos depurados do fato ilícito e de suas consequências.

Apesar do artigo 12 silenciar-se quanto à possibilidade de desfazimento do ato ilícito maculado pela conduta ímproba, tendo como objetivo principal a aplicação das sanções arroladas, Emerson Alves e Rogério Garcia consideram que a decisão judicial, quando for o caso, poderá ostentar efeito desconstitutivo, ao determinar a nulidade do ato jurídico maculado pela improbidade administrativa.

Filia-se a tal posição doutrinária, inclusive por força da aplicação de regras processuais, derivadas do microsistema de tutela coletiva, resultante da aplicação do artigo 3º da Lei Federal n.º 7.347/1985, combinado com o artigo 292 do Código de Processo Civil e artigo 84 da Lei Federal n.º 8.078/1990⁴²⁹. Acrescenta-se observação quanto aos efeitos processuais extraordinários, decorrentes da

⁴²⁸ PAZZAGLINI FILHO. Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 161.

⁴²⁹ ALVES. Emerson. GARCIA. Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 980. No mesmo sentido: PAZZAGLINI FILHO. Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 225.

exigência de formação de litisconsórcio passivo necessário para integração dos sujeitos que tenham interesse jurídico no ato que se pretende desconstituir.

Fincado os aspectos mais controvertidos acerca da dosimetria da sanção, enquanto faceta da culpabilidade, resta-nos avaliar o respectivo princípio sob a óptica do ideário negacionista da responsabilidade objetiva. Em relação aos atos de improbidade praticados por pessoas físicas, seja na condição de agente público ou por meio da norma de extensão prevista no artigo 3º da Lei Federal n.º 8.429/92, crê-se não haver grandes dificuldades teóricas em se sustentar a aplicação plena do postulado da responsabilidade subjetiva dos autores ou partícipes do fato ilícito, conquanto apenas condutas voluntárias e conscientes da transgressão de um preceito proibitivo legal são passíveis de responsabilização.

Dentre diversos fundamentos, cabe a constatação de que a responsabilidade civil prevista no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição da República, prescreve a demonstração de dolo ou culpa do agente público que tenha ocasionado dano a terceiro como requisito ao direito de regresso da Administração Pública, consagrando sua responsabilidade subjetiva. Nesse sentido, o direito punitivo, voltado ao agente público, não poderia prescindir da mesma demonstração, sob pena de violação à proporcionalidade, ao devido processo legal e à legalidade.⁴³⁰ Evidentemente, a voluntariedade e a consciência da conduta são extraídas da interpretação dos fatos que circunscrevem o caso concreto, através da avaliação do modo e da forma de realização do fato⁴³¹, admitida a imputação a partir da prova indireta ou indiciária.

A questão ganha colorido especial, entretanto, quando uma pessoa jurídica seja coautora, partícipe ou beneficiária do ato de improbidade, sobretudo diante da necessidade de harmonização do microssistema de improbidade administrativa com o advento da Lei Federal n.º 12.846/13, que cuida da Lei de Improbidade das Pessoas Jurídicas, ao instituir a responsabilidade objetiva dessas organizações pela prática de atos lesivos.

⁴³⁰ OSÓRIO. Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018. p. 254.

⁴³¹ ALVES. Emerson. GARCIA. Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 437. OSÓRIO. Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018. p. 250.

4.1. Responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas e sanções aplicáveis

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas foi objeto de grandes controvérsias no passado, uma vez faltar o elemento anímico à sua estrutura ficcional, o que levou a parcela da doutrina a se posicionar pela impossibilidade de se aplicarem penas a essas organizações no bojo do Direito Penal. Todavia, a expressa previsão contida no artigo 225, parágrafo 3º da Constituição da República, regulamentada no artigo 3º da Lei Federal n.º 9.065/98, colocou pá de cal na discussão, tendo os Tribunais Superiores e a doutrina penal majoritária se consolidado no sentido da possibilidade de que as pessoas jurídicas respondam criminalmente.

A doutrina brasileira especializada foi influenciada a dispensar um tratamento integrado aos princípios do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador, conquanto exteriorizam expressão do Direito Punitivo Estatal, inclusive sob a justificativa da constitucionalização do Direito Administrativo⁴³², o que conduziria a uma aplicação expansionista de diversos princípios enraizados em direitos e garantias de primeira geração, como o devido processo legal e a presunção de não culpabilidade, com larga margem de aplicação no bojo do Direito Penal. Por isso, a avaliação da responsabilidade da pessoa jurídica perpassa necessariamente pela remissão a princípios exercitados com maior intensidade naquele ramo do Direito.

A leitura contemporânea do Direito Administrativo Sancionador requer, porém, uma adaptação aos alicerces do Direito Administrativo, cuja missão é a conformação da conduta dos sujeitos passivos aos objetivos de interesse público, definidos pelo ordenamento jurídico, dissociada de um juízo de reprovabilidade moral imediato. Com efeito, o Direito Administrativo Sancionador parte da ideia de preservação do interesse público e não de um ideário de garantia de direitos individuais.

Embora não se negue a incidência dos aludidos direitos fundamentais no bojo do Direito Administrativo Sancionador, dentre os quais se situa a culpabilidade, enquanto princípio, sua aplicação deve ser flexível, em extensão e

⁴³² GARCIA, Flávio Amaral. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Principiologia No Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, p. 9-28, out./dez. 2013. MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez. 2005.

alcance colmatado pelo interprete, sem que sua atenuação a determinadas circunstâncias funcionais represente qualquer violação à força normativa que a justifica.

Neste cenário, é que se propõe a leitura e a interpretação do artigo 2º da Lei Federal n.º 12.846/13, que comina a responsabilidade objetiva pelos atos praticados pelas pessoas jurídicas em seu benefício.

Embora o tema seja extenso e possa ser tratado em monografia própria pelas diversas nuances que apresenta, interessa avaliar a possibilidade de as pessoas jurídicas serem partícipes do ato de improbidade administrativa que causa enriquecimento ilícito ao agente público, por aumento patrimonial desproporcional à remuneração, sobretudo quando utilizadas como meio de aumento patrimonial indireto do agente público.

Nessas condições, a responsabilidade da pessoa jurídica em suas diversas formas de organização empresarial admitidas, o que inclui as sociedades despersonificadas, será apurada com fundamento no artigo 3º da Lei Federal n.º 12.846/13, com as sanções cominadas nos artigos 6º e 19 da mesma lei, havendo uma bifurcação entre os regimes de responsabilidade⁴³³, uma vez que a tipificação da conduta praticada pelo agente público permanecerá submetida ao regime da responsabilidade subjetiva, próprio do artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92.

A interpretação do regime de responsabilidade objetiva para pessoas jurídicas que tenham praticado ato de improbidade administrativa acompanha os propósitos que animaram a elaboração da Lei Federal 12.846/13, que deu concretude ao compromisso assumido pelo Brasil na Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), incorporado ao Direito Brasileiro por meio dos Decreto 3.678/2000. Não se olvide, ainda o compromisso imposto pelo artigo 26 da Convenção de Mérida, internalizada pelo Decreto 5.687/2006, que atribui aos Estados signatários o dever de adotar sanções não penais eficazes, proporcionais e dissuasivas às pessoas jurídicas que participem de atos de corrupção previstos na referida convenção.

⁴³³ Tratamos da questão no capítulo anterior, adotando posição de OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção, na atuação cível do Ministério Público Federal, nos 30 anos da Constituição Federal. In: HIROSE. Regina Yamani. *Carreiras típicas de Estado: desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 181-198.

Conquanto o instrumento da convenção internacional não tenha detalhado qual deveria ser o regime de responsabilidade a ser adotado por cada Estado signatário, o artigo 2º do referido instrumento previu a obrigação de que fossem estabelecidas responsabilidades de pessoas jurídicas pela prática de corrupção. Embora a regra de extensão disposta no artigo 3º da Lei Federal n.º 8.429/92 já alcançasse as pessoas jurídicas pela prática de atos de improbidade administrativa, o regime de responsabilidade ali reservado não era totalmente compatível com a estrutura jurídica ficta reservada a essas organizações.

De mais a mais, a necessidade de prevenção e combate aos atos de corrupção no plano internacional e interno fundamentaram a opção legislativa para que bastasse a verificação da existência do ato lesivo praticado por prepostos da pessoa jurídica, independentemente da comprovação de dolo ou culpa. A opção tem efeito pedagógico, destinada a sinalizar para que tais agentes privados adotem mecanismos que visem a tutelar a integridade dos atos praticados pelos seus colaboradores nas relações travadas com Poder Público e seus agentes⁴³⁴, de sorte a evitar escusas quanto à ausência de culpa *in vigilando*. Trata-se de técnica que melhor prestigia a eficácia desejada pelo artigo 26 da Convenção de Mérida.

Note-se que a técnica da responsabilidade objetiva de terceiros que ajam no interesse da pessoa jurídica já é seguida no âmbito da responsabilidade civil extracontratual que, ao adotar a teoria do risco, atribuiu à pessoa jurídica a sujeição pelos efeitos jurídicos dos atos praticados pelos seus prepostos, a teor do artigo 932, inciso III, sem prejuízo do artigo 931 do Código Civil, como observa Maurício Zockun⁴³⁵. Eis, aqui, a demonstração preordenada e funcional pragmática do Direito Administrativo Sancionador ora defendido, com esteio nas lições já alinhavadas de Alice Voronoff.

A responsabilidade objetiva ora presidida pelo artigo 3º é autônoma, prescindindo a indicação da pessoa física que tenha praticado o ato, uma vez superada pelos Tribunais Superiores a teoria da dupla imputação para a responsabilização dos atos das pessoas jurídicas⁴³⁶. A exigência de imputação do ato à

⁴³⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentário ao Art. 2. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 21-45.

⁴³⁵ ZOCKUN, Maurício. Comentário ao Art. 1. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 21-45.

⁴³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 548181. Julgado em 06 ago. 2013. Disponível em:

pessoa jurídica e à pessoa física de modo simultâneo prejudicaria a efetividade da proteção ao bem jurídico tutelado pela Constituição da República que, no caso dos precedentes, se voltava ao direito ao meio ambiente saudável e equilibrado⁴³⁷. O entendimento pretoriano veiculado no julgamento de ações penais fundamentadas no artigo 3º da Lei Federal n.º 9.065/98 é plenamente extensível à responsabilização objetiva da pessoa jurídica em matéria de improbidade administrativa, haja vista sua sede constitucional fincada no artigo 37, parágrafo 4º da Constituição da República, portadora de força normativa equivalente à tutela do meio ambiente.

Com efeito, bastará a identificação da pessoa jurídica responsável pelo ato lesivo praticado, em participação ou não com o agente público, a indicação do benefício ou do interesse da pessoa jurídica a ser atendido pela conduta e a existência de nexo de causalidade entre ambos.

A crítica à fragilização da culpabilidade decorrente da imputação do regime de responsabilidade objetiva aos atos de improbidade praticados pela pessoa jurídica não deve proceder. Resgatando a autonomia do Direito Administrativo Sancionador frente ao Direito Penal e suas nuances pragmáticas e funcionais, adere-se à posição de Fábio Osório Medina para quem a exigência da culpabilidade, de imposição constitucional atrelada ao devido processo legal substantivo, não deve ser aplicada com mesmo alcance entre pessoas físicas e jurídicas: “a culpabilidade das pessoas jurídicas remete à evitabilidade do fato e aos deveres de cuidado objetivos que se apresentam encadeados na relação causal”⁴³⁸.

Ademais, cite-se que a responsabilidade objetiva no âmbito do Direito Administrativo Sancionador não foi pioneiramente tratada na Lei Federal n.º 12.846/13. Como aponta José Roberto Pimenta Oliveira, a responsabilidade

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20548181%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança 39.173/BA. Julgado em 06 ago. 2015. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201202031379&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁴³⁷ Eis o trecho da ementa do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no citado RE 548181 “(...)3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental(...)”.

⁴³⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018. p. 399.

objetiva de cunho sancionador à pessoa jurídica foi disciplinada no artigo 36 da Lei Federal n.º 12.529/2011 (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) no tocante à repressão de infrações à ordem econômica, onde o próprio dispositivo legal é expresso em dispensar a indicação do elemento subjetivo para a responsabilização.

Para os fins do presente trabalho, conclui-se que a pessoa jurídica que figurar como partícipe do ato de improbidade administrativa que importe em enriquecimento ilícito derivado do aumento patrimonial desproporcional à remuneração do agente público, por força do artigo 3º da Lei Federal n.º 8.429/92, estará submetida ao regime jurídico da responsabilidade sancionadora objetiva, alicerçada no artigo 2º da Lei Federal n.º 12.846/13, componente do sistema constitucional da responsabilidade por improbidade administrativa. Resta investigar se a pessoa jurídica pode ser sancionada por ato de enriquecimento ilícito isoladamente na hipótese em questão.

Apesar de não se vislumbrar o enriquecimento ilícito por aumento patrimonial desproporcional à remuneração no rol dos atos lesivos previstos no artigo 5º da Lei Federal n.º 12.846/13, inclusive por uma perspectiva lógica, parece ser possível cogitar que a pessoa jurídica possa estar incurso no artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92, por força da regra de extensão contida no artigo 5º da Lei Federal n.º 12.846/13.

Primeiramente, faz-se coro à lição de José Roberto Pimenta Oliveira para quem a Lei Federal n.º 12.846/13, embora tenha criado rol de tipos próprios no citado artigo 5º, não afastou a incidência dos ilícitos praticados na Lei Federal n.º 8.429/92, por força da regra de extensão contida no artigo 3º deste diploma legal.⁴³⁹ Ademais, José Roberto Pimenta Oliveira afirma que o *caput* do artigo 5º da Lei Federal n.º 12.846/13 “impõe uma complementação obrigatória da tipificação, não só pela legislação de improbidade administrativa, mas igualmente por uma análise adequada das convenções internacionais da OCDE, OEA e ONU”⁴⁴⁰.

⁴³⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção, na atuação cível do Ministério Público Federal, nos 30 anos da Constituição Federal. In: HIROSE. Regina Yamani. *Carreiras típicas de Estado: desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 181-198.

⁴⁴⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção, na atuação cível do Ministério Público Federal, nos 30 anos da Constituição Federal. In: HIROSE. Regina Yamani. *Carreiras típicas de Estado: desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 181-198.

Viu-se que a Convenção das Organizações das Nações Unidas contra a Corrupção, em que seu artigo 20, condenou o enriquecimento ilícito de agentes públicos nas hipóteses em que haja o incremento significativo do seu patrimônio e que não possam ser razoavelmente justificados pela sua remuneração.

Desse modo, entende-se que o artigo 20 da Convenção de Mérida, que encontra ressonância no artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92, pode ser aplicado às pessoas jurídicas por remissão autorizada pelo artigo 5º, *caput* da Lei Federal n.º 12.846/13, tudo dentro do sistema de responsabilidade por improbidade administrativa.

Apesar de desafiar a lógica da tipicidade e da literalidade do artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92 que estaria voltada à atuação do agente público enquanto pessoa física, nada impede que este se valha de instrumentos dissimulatórios da fruição da universalidade de direitos que estariam ínsitos no tipo material em perspectiva, utilizando, dentre outros instrumentos, de pessoas jurídicas para acobertar seu aumento patrimonial.

Admitir que a pessoa jurídica que congregue a universalidade de direitos em benefício de agente público fosse sujeito ativo da prática de ato de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito fundamentado no artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92, autorizaria a aplicação das sanções ventiladas no artigo 6º e 19 da Lei Federal n.º 12.846/13 por intermédio da responsabilidade objetiva.

Nessas condições, a imputação dependeria da constatação da existência de acervo patrimonial incompatível com as atividades da pessoa jurídica, desde que, evidentemente, haja algum contexto que demonstre que os benefícios ou interesses auferidos pela pessoa jurídica em suas atividades sejam extensíveis a agentes públicos.

Por fim, registre-se que o artigo 5º, inciso I da Lei Federal n.º 12.846/13 admite expressamente a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica em razão da promessa ou oferecimento de vantagem indevida a agente público ou a terceira pessoa a ele relacionada de modo direto e indireto. Essa circunstância albergaria a hipótese em que haja a prática, por pessoa jurídica que desenvolva atividade empresária lícita e regular, mas que seja utilizada por um de seus sócios ou administradores, sem a ciência dos demais, para custear vantagens indevidas a agente público. Trata-se de incidência de concurso de agentes obrigatório e o agente público ou o terceiro a ele

relacionado deve estar identificado, respondendo nos termos do artigo 9º *caput* da Lei Federal n.º 8.429/92.⁴⁴¹

Traçado o breve panorama relacionado à responsabilidade da pessoa jurídica, com ênfase aos atos que acarretem vantagem patrimonial indevida ao agente público, passa-se à avaliação das sanções específicas colimadas pela Lei Federal n.º 12.846/13, a serem imputadas a tais pessoas, isoladamente ou em conjunto com o agente público, mediante aplicação do artigo 3º da Lei Federal n.º 8.429/92.

Principiando pela multa civil, por um critério de especialidade, aplica-se o artigo 6º, inciso I e parágrafo 4º da Lei Federal n.º 12.846/13 às pessoas jurídicas pela prática de atos de improbidade administrativa, afastando-se a multa tipificada no artigo 12 da Lei Federal n.º 8.429/92. Como se nota do aludido parágrafo 4º, a multa civil tipificada na Lei Federal n.º 12.846/13 é mais aderente à realidade das pessoas jurídicas e, por isso, se revela mais proporcional a partir da adequada dosimetria que deva ser efetivada. Nesta seara, para a definição do *quantum* e das modalidades das penas, repisam-se os mesmos argumentos aplicáveis para a incidência do artigo 12 da Lei Federal n.º 8.429/92, por força do disposto no parágrafo 1º do artigo 6º da Lei Federal n.º 12.846/13.

No tocante ao perdimento de bens, o artigo 19, inciso I da Lei Federal n.º 12.846/13, prepondera sobre a aplicação do artigo 12 da Lei Federal n.º 8.429/92. Isso porque, pelos mesmos motivos mencionados no parágrafo anterior, a Lei Federal n.º 12.846/13 forjou o instituto de modo aderente ao regime de responsabilidade incidente para as pessoas jurídicas, descrevendo com maior precisão as balizas sobre as quais o perdimento de bens será decretado. Com efeito, ele estará restrito à vantagem ou ao proveito direta ou indiretamente obtidos da infração. José Roberto Pimenta Oliveira, quanto ao perdimento de bens, entende que o artigo 12 da Lei Federal n.º 8.429/92 foi revogado pela Lei Federal n.º 12.846/13⁴⁴², o que leva a concluir que mesmo nas hipóteses em que haja a imputação ao agente público isoladamente, deverão ser levados

⁴⁴¹ ANYFANTIS. Spiridom Nicofotis. MOTTA. Fabrício. Comentário ao Art. 5. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 81-112.

⁴⁴² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção, na atuação cível do Ministério Público Federal, nos 30 anos da Constituição Federal. In: HIROSE. Regina Yamani. *Carreiras típicas de Estado: desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 181-198.

em consideração os parâmetros definidos na Lei Federal n.º 12.846/13, uma vez integrante do sistema de responsabilidade por improbidade administrativa.

No mais, vale referência às sanções específicas trazidas pela Lei Federal n.º 12.846/13 e apenas aplicáveis às pessoas jurídicas, consistentes na publicação extraordinária de decisão condenatória, suspensão ou interdição parcial de suas atividades, dissolução compulsória da pessoa jurídica e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Traçado o breve panorama da responsabilidade da pessoa jurídica no âmbito de aplicação do sistema de Direito Sancionador Anticorrupção mediante a aplicação supletiva da Lei Federal n.º 12.846/13 à Lei Federal n.º 8.429/92, passa-se ao tratamento das sanções aplicáveis.

4.2. Perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente e ressarcimento do Erário

A perda de bens ou valores é sanção pessoal tratada no artigo 12, incisos I e II da Lei Federal n.º 8.429/92, aplicável à prática de atos de improbidade administrativa que causem enriquecimento ilícito e lesão ao Erário. Viu-se que a legislação brasileira de combate ao enriquecimento ilícito de agentes públicos foi erigida a partir desta modalidade de sanção, desde o Decreto-Lei Federal n.º 3.240 de 08 de maio de 1941, que cominava o sequestro e a perda dos bens que fossem produto, ou adquiridos com o produto do ato, cuja repercussão jurídica, até então, era apenas criminal.

José Roberto Pimenta Oliveira leciona que a perda de bens tem natureza de sanção em sentido estrito, de natureza real, isto é, perseguindo o patrimônio oriundo da conduta ilícita independentemente da sua titularidade. A fonte normativa implícita é constitucional, relacionada à proteção da moralidade administrativa, vinculando-se à previsão da indisponibilidade de bens prevista no artigo 37, parágrafo 4º da Constituição da República. Diante disso, conclui-se que a sanção faz uma “alusão implícita ao patrimônio obtido por agentes públicos desonestos,

submetendo-lhes à restrição gravosa do direito de propriedade”⁴⁴³, pressupondo a obrigatoriedade da perda dos bens adquiridos indevidamente em favor do ente juridicamente lesado pela prática do ato de improbidade⁴⁴⁴, consoante prescrito pelo artigo 18 da Lei Federal n.º 8.429/92.

Perda de bens não se confunde com a pena de confisco, tratada no Código Penal como efeito da condenação, nos termos do artigo 91, inciso II, alíneas “a” e “b”. Naquela a seara, a sanção de natureza pessoal recai tanto sobre a perda dos instrumentos do crime quanto sobre a perda do produto do crime. Consoante ressalta Roberto D’Oliveira Vieira, a perda do instrumento do crime abrangida pelo confisco se refere à subtração de um bem cuja posse não seja tolerada pelo ordenamento jurídico. Nessa medida, um bisturi usado por um cirurgião para a prática do homicídio culposo não poderia ser sujeita à expromissão como a arma de fogo usada para a mesma prática quando o sujeito ativo da conduta não detenha sua posse ou registro.⁴⁴⁵

De fato, percebe-se da própria evolução legislativa de combate ao enriquecimento ilícito de agentes públicos que a perda de bens ou valores acrescidos com a prática do ato de improbidade deverá ser aplicada pelo juiz quando houver a capitulação da conduta perante o artigo 9º e, consequentemente, artigo 12, inciso I, ambos da Lei Federal n.º 8.429/92, não havendo margem de discricionariedade para exclusão desta sanção por ocasião do procedimento de individualização da pena, o que é confirmado pelo artigo 6º da Lei Federal n.º 8.429/92.

José Roberto Pimenta Oliveira aduz que a sanção de perda de bens e valores tem conteúdo e objeto determinado, incidindo sobre o patrimônio acrescido ilicitamente, o que requer a prova de domínio do agente público sobre os bens ou a prova da fraude quando os bens estiverem em nome de terceiros, cabendo a este sofrer os efeitos da sanção ainda que não tenha sido partícipe do ato de improbidade na forma do artigo 3º da Lei Federal n.º 8.429/92⁴⁴⁶, o que terá efeitos processuais extraordinários em razão da necessidade de ampliação do polo passivo da ação de improbidade administrativa, mediante a formação de litisconsórcio necessário.

⁴⁴³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 307.

⁴⁴⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 307.

⁴⁴⁵ VIEIRA, Roberto D’Oliveira. *Confisco Alargado de Bens*. Salvador: Juspodvim, 2019. p. 34

⁴⁴⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 308.

Diante da natureza real da sanção de perda de bens e valores, José Roberto Pimenta Oliveira entende ser possível que o patrimônio atingido pela decisão judicial já esteja sob o domínio de terceiros, inclusive eventuais herdeiros dos agentes públicos, podendo ser aplicada a sanção, nesta hipótese, aos sucessores até o limite dos valores dos bens herdados.

Por outro lado, Francisco Octávio de Almeida Prado julga que o princípio da pessoalidade das sanções elide a transmissão dos efeitos da sanção de quaisquer das penas dispostas no artigo 12 da Lei Federal n.º 8.429/92, salvo nos casos de perda de bens e valores a terceiros e do ressarcimento dos danos, vinculando-se os sucessores apenas quando as sanções tiverem sido aplicadas ao agente público antes da abertura da sucessão. Vale dizer: a morte do agente público no curso do processo extinguiria a punibilidade, vedando a aplicação das sanções de conteúdo patrimonial aos sucessores.⁴⁴⁷

A celeuma parece ser dirimida a partir da interpretação conjugada do artigo 5º, inciso XLV da Constituição da República e do artigo 8º da Lei Federal n.º 8.429/92, sob a óptica do direito material. A harmonização da vedação da alteridade da pena prescrita na disposição constitucional, em referência à norma de extensão disposta na Lei Geral de Improbidade Administrativa, implicaria na conclusão de que a superveniência da morte do agente público no curso do processo seria capaz de elidir a transmissão das sanções de natureza pessoal que seriam aplicáveis aos sucessores.

O artigo 8º da Lei Federal n.º 8.429/92 se dirige expressamente ao sucessor daquele que cometera enriquecimento ilícito ou que tenha causado dano ao Erário, por considerar que tais atos, inegavelmente, causam repercussões econômicas que necessitam ser reestabelecidas por mecanismos legais de ressarcimento em favor da pessoa lesionada. Nesse sentido, convém aludir a distinção entre sanções de natureza retributiva e ressarcitória trazida por Rafael Munhoz de Mello, onde a primeira volta-se à pessoa do infrator, afligindo-lhe um mal pela prática do ato repudiado e a segunda volta-se à pessoa que sofreu o dano, obrigando o infrator a repará-lo.⁴⁴⁸

⁴⁴⁷ PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 143.

⁴⁴⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez. 2005.

Nesse compasso, a sanção de perda de bens de valores acrescidos ilicitamente estaria voltada ao patrimônio do agente público e não propriamente à sua personalidade jurídica. Logo, assim como admitida a transmissibilidade de seu patrimônio *post mortem*, a sanção ressarcitória teria o direito de sequela, até o limite do valor da herança, para garantir a finalidade, de um lado, da recomposição econômica causada pelo ato de improbidade e, por outro preservar o patrimônio pessoal dos sucessores, em garantia à pessoalidade da sanção.

Vale lembrar, na esteira de Emerson Alves e Rogério Pacheco Garcia que, igualmente comungam com a tese da transmissibilidade das sanções de natureza econômica prescritas no artigo 12 da Lei Federal n.º 8.429/92 aos sucessores dos agentes públicos, que a finalidade do artigo 8º da Lei Federal n.º 8.429/92 não é única. Há no sistema jurídico outras regras que estendem a sanção pecuniária aos sucessores do titular da posição jurídica, como é o caso do artigo 131, inciso II do Código Tributário Nacional, que cuida da transmissibilidade de penalidades pecuniárias resultantes do descumprimento das obrigações tributárias, como também da transmissibilidade dos efeitos das cláusulas penais em contratos civis aos herdeiros dos contraentes.⁴⁴⁹

Posto isto, considerando que a norma extensiva de solidariedade não se presume, devendo resultar diretamente da lei, a teor de regra geral de direito prevista no artigo 265 do Código Civil, o artigo 8º da Lei Federal n.º 8.429/92 impede seja aplicada a responsabilidade solidária. Consoante afirma José Roberto Pimenta Oliveira, apesar da índole patrimonial da sanção de perda de bens ser transmissível aos herdeiros, a penalidade ressarcitória é “intransmissível a terceiros envolvidos na cadeia de atos ímprobos censurada, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da pessoalidade da sanção.”⁴⁵⁰

O ressarcimento de danos é tratado pela doutrina majoritária não como forma de sanção, mas como indenização, derivada da prática de danos causados a outrem, tendo fonte normativa explícita no artigo 37, parágrafo 4º da Constituição da República. Como observam Emerson Alves e Rogério Garcia, trata-se de categoria de princípio geral de direito, vocacionado à reposição do *status quo ante* da

⁴⁴⁹ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 372.

⁴⁵⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 309.

conduta ilícita praticada, o que impede seja classificado como sanção, ainda que de natureza ressarcitória.⁴⁵¹

Em quaisquer modalidades de improbidade administrativa haverá o dever de ressarcimento de danos quando a conduta for capaz de trazer prejuízo ao sujeito passivo da conduta, que será o beneficiário dos valores apurados, consoante disposto no artigo 18 da Lei Federal n.º 8.429/92. Nesse aspecto, cabe enfatizar que diante das condutas tipificadas pelo artigo 10 da Lei Federal n.º 8.429/92, haverá obrigatoriamente a incidência da condenação à indenização, como consequência da prática de ato que cause dano ao Erário. Nesse aspecto, concorda-se com Wallace Paiva Martins Júnior para quem o ressarcimento de danos é presumido diante da tipificação ao artigo 10 da Lei Federal n.º 8.429/92.⁴⁵²

Entende-se que o ressarcimento de danos, por não constituir sanção propriamente dita, admite a solidariedade entre o sujeito ativo da conduta e eventuais terceiros que haja se beneficiado ou participado da conduta, aplicando-se preponderantemente as regras dispostas no artigo 927 e seguintes do Código Civil, com destaque, quanto ao ponto, ao artigo 942⁴⁵³.

José Roberto Pimenta Oliveira aceita o ressarcimento de danos da improbidade administrativa como indenização por danos materiais causados pelo agente⁴⁵⁴, compreendendo a reparação específica do bem lesado ou sua conversão em perdas e danos. Admite-se ainda a cumulação de pedido autônomo para indenização por danos morais, quando presente a ofensa aos atributos objetivos da personalidade da pessoa jurídica lesada pelo ato ímprobo, também tutelada pela Constituição da República e pelo Código Civil, que orientará o detalhamento e o tratamento mais

⁴⁵¹ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 644. Do mesmo modo: MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Sanções por ato de improbidade administrativa. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/29/edicao-1/sancoes-por-ato-de-improbidade-administrativa>. Acesso em 10. Set. 2020. PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 171. PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 146.

⁴⁵² MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 352.

⁴⁵³ O artigo 942 do Código Civil estabelece expressamente a responsabilidade patrimonial e a solidariedade entre os autos do evento danoso.

⁴⁵⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 309.

pormenorizado dos elementos ressarcitórios⁴⁵⁵. No tocante à responsabilidade por dano moral das pessoas jurídicas, sua admissibilidade é reconhecida pela súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça.

José Roberto Pimenta Oliveira entende que nas hipóteses em que o sujeito passivo da conduta seja pessoa jurídica não integrante da Administração Pública, inserida, pois, no rol do parágrafo único do artigo 1º da Lei Federal n.º 8.429/92, a extensão da indenização deverá ser proporcional à repercussão do ilícito.⁴⁵⁶

Posiciona-se no sentido da integralidade do ressarcimento de danos mesmo nessas hipóteses, uma vez que o ressarcimento de danos não possui a natureza sancionatória delimitada pelo parágrafo único do artigo 1º da Lei Federal n.º 8.429/92. Ademais, a extensão do prejuízo a ser reparado pela indenização é única, não sendo crível admitir que a restituição do dano deixe de ser integral (o que, aliás, é o fundamento do instituto) para acompanhar a proporção em que a Administração Pública contribua financeiramente para a pessoa jurídica lesada.

Por fim, registre-se que a pretensão de obtenção do ressarcimento integral do dano provocado pelo ato de improbidade administrativa é imprescritível, a teor do disposto no artigo 37, parágrafo 5º da Constituição da República, conquanto tal pretensão não deva ser veiculada exclusivamente no âmbito da ação civil de improbidade administrativa, sobretudo, quando houver a prescrição da pretensão punitiva.

4.2.1. Visão geral do procedimento de indisponibilidade de bens

Com o intuito de preservar o patrimônio a ser afetado pelas sanções estipuladas pela improbidade administrativa, sobretudo nas hipóteses de condutas relacionadas ao enriquecimento ilícito ou que causem danos ao Erário, caracterizadas pelos efeitos materiais e patrimoniais provocados, a Lei Federal n.º 8.429/92 admitiu em seu artigo 7º e 16, a possibilidade de manejo de medidas processuais assecuratórias, destinadas à decretação da indisponibilidade de bens ou

⁴⁵⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 310.

⁴⁵⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 311.

direitos do agente público ou de terceiro participe do ato, aplicáveis prévia ou posteriormente ao procedimento jurisdicional sancionatório.

A matéria comporta uma série de interpretações conferidas pelo Poder Judiciário, sobretudo diante do matiz processual inerente. Convém recortar a matéria no campo de incidência dos desdobramentos das condutas relacionadas ao enriquecimento ilícito em razão da pertinência à pesquisa ora efetuada.

Inicialmente, verifica-se que a indisponibilidade de bens não deve ser entendida como sanção, mas como medida acautelatória destinada a garantir a existência de patrimônio suficiente do sujeito ativo para efeitos de aplicação das sanções e ressarcimento de prejuízos eventualmente causados ao patrimônio do sujeito passivo. Como medida cautelar, sua decretação prescinde de dilação probatória, isto é, basta a existência de indícios hábeis a demonstrar a existência de uma conduta típica (plausibilidade do direito), como também o perigo de lesão ao resultado útil do processo, que é presumido na visão do Superior Tribunal de Justiça⁴⁵⁷. Com efeito, não há necessidade de demonstração de dilapidação patrimonial pelo sujeito ativo da conduta, não sendo razoável aguardar atos concretos direcionados à sua diminuição ou dissipação, tratando-se de circunstância implícita do artigo 7º da Lei Federal n.º 8.429/92, conforme dicção do artigo 37, parágrafo 4º da Constituição da República.

Como medida cautelar, a indisponibilidade de bens dispensa a prévia oitiva do sujeito ativo da conduta, ficando sujeito ao contraditório diferido, preservando-se o direito fundamental do acusado ao devido processo legal. A indisponibilidade sobre bens também pode recair sobre aqueles que o acusado possuía antes da suposta prática do ato de improbidade⁴⁵⁸, em valor superior ao mencionado na petição inicial da ação de improbidade⁴⁵⁹, sendo dispensada determinação prévia do patrimônio a ser afetado pela medida⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.229.942/MT, Brasília, 6 dez. 2012.

⁴⁵⁸ O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.287.422/SE, sob a relatoria da Ministra Eliana Calmon, entende que o bem de família pode ser objeto de indisponibilidade de bens, já que a medida não representa penhora, mas apenas a impossibilidade de sua alienação. Todavia questiona-se se a medida seria eficaz, justamente diante da impossibilidade da incidência da expromissão do bem para garantia das sanções eventualmente aplicáveis.

⁴⁵⁹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 11.176.440/RO, Brasília, 17 set. 2013.

⁴⁶⁰ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.311.013/RO, Brasília, 4 dez. 2012.

4.3. Perda da função pública e suspensão de direitos políticos

A perda da função pública é modalidade autônoma de sanção que extingue o vínculo jurídico do agente público perante a Administração Pública, provocada pelo ato de improbidade administrativa violador dos deveres fundamentais exigíveis para o regular desempenho da atividade pública⁴⁶¹. Trata-se de sanção própria, aplicável apenas ao sujeito ativo que detenha o atributo de agente público⁴⁶², cuja eficácia depende do trânsito em julgado da sentença condenatória, a teor do artigo 20 da Lei Federal n.º 8.429/92.

Apesar da condição suspensiva à eficácia da sanção, convém registrar que tanto a Administração Pública, por meio de procedimento administrativo, como o Poder Judiciário no âmbito processual, podem, cautelarmente, determinar o afastamento do agente público de suas funções sem prejuízo de sua remuneração, quando se revelar a medida adequada para a instrução processual.

O afastamento provisório se justifica diante da potencialidade do acusado interferir nas fontes probatórias que alicerçam a imputação, evitando a desnaturação do substrato fático, sobretudo diante de sua posição hierárquica na Administração Pública. Trata-se, todavia, de medida excepcional e que deve ser aplicada a partir de evidências concretas da potencialidade lesiva da interferência do servidor acusado, por prazo razoável⁴⁶³, justificável especialmente por ocasião da etapa de instrução processual, tendo o Superior Tribunal de Justiça fixado entendimento de que o afastamento cautelar não pode ser superior a 180 (cento e oitenta) dias, sem prejuízo de sua remuneração.⁴⁶⁴

Questão relevante diz respeito à exoneração ou inatividade do agente público antes da sentença ou trânsito em julgado da ação de improbidade administrativa ou até mesmo quando agente público esteja ocupando função pública diversa daquela em que praticara o ilícito.

⁴⁶¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 297.

⁴⁶² ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 670.

⁴⁶³ ANDRADE, Adriano. ANDRADE, Landolfo. MASSON, Cleber. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 811.

⁴⁶⁴ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental na Suspensão Liminar de Segurança 1957/PB, Brasília, em 17 dez. 2014.

José Roberto Pimenta Oliveira leciona que a penalidade tem incidência apenas sobre o exercício de função pública desempenhada por ocasião do cometimento do ato ímprobo, não alcançando o cargo atual ocupado pelo agente público, se diverso. Isso porque, a sanção recai sobre o exercício da função pública em que o ato de improbidade foi cometido e não sobre a pessoa do servidor, sob pena de se tornar a sanção perene no tempo.⁴⁶⁵ Ressalva, todavia, ser passível de extensão a outro cargo ou função pública quando houver vinculação funcional entre ambos, tal qual a hipótese em que o agente público exerce função comissionada, ocasião em que, praticado o ato de improbidade administrativa nessa condição, haveria a decretação da perda tanto do cargo como da função simultaneamente.⁴⁶⁶

Posição diversa, entretanto, é sustentada por Emerson Alves e Rogério Garcia, para quem a sanção estabelece a incompatibilidade da personalidade do agente e com a gestão da coisa pública, de tal modo que seus efeitos se espargem a todos os vínculos laborais mantidos pelo agente público.⁴⁶⁷

José Roberto Pimenta de Oliveira entende que a sanção se aplica ao agente público que tenha sido jubulado, mediante a decretação da pena de cassação de aposentadoria⁴⁶⁸, filiando-se à posição majoritária na doutrina.⁴⁶⁹

Por seu turno, a penalidade de suspensão dos direitos políticos surge como sanção de inquestionável gravidade no arcabouço jurídico brasileiro, subtraindo temporariamente o condenado do direito subjetivo à participação na vida democrática do país. José Roberto Pimenta Oliveira leciona que a justificativa deontológica da sanção se centra no fato de que a improbidade é uma conduta violadora

⁴⁶⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 298.

⁴⁶⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 298.

⁴⁶⁷ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 676. Também sustentam a mesma posição: DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. p.208. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 364.

⁴⁶⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 299.

⁴⁶⁹ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 676. Também sustentam a mesma posição: DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. p.208. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 364.

das “estruturas constitucionais de um regime democrático” e dos “valores éticos positivados que norteiam a condução da *res publica*”.⁴⁷⁰

Emerson Alves e Rogério Garcia enumeram as limitações decorrentes da sanção em voga, dentre as quais, pode-se citar a suspensão do direito de votar e de ser votado; o direito de iniciativa de propostas legislativas, nos casos e na forma previstos na Constituição da República; o direito de ajuizar a ação popular; a possibilidade de ocupar o cargo na Administração Pública; o direito de criar e integrar partidos políticos e a impossibilidade de provocar a esfera de responsabilidade político-administrativa dos agentes políticos a ela submetidos.⁴⁷¹

A limitação ao direito político, sem prejuízo da expressa cominação na matriz constitucional da tutela da probidade administrativa (artigo 37, parágrafo 4º da Constituição da República), está em compasso com o artigo 14, parágrafos 9º e 15, inciso V da Constituição da República, que também determinam a suspensão dos direitos políticos por atos de responsabilidade de agentes políticos que ofendem a probidade administrativa.

A sanção tem a potencialidade de incidir em todas as modalidades de ato de improbidade administrativa arrolados pelos artigos 9º a 11 da Lei Federal n.º 8.429/92, tendo o artigo 12 da citada lei fixado o parâmetro temporal mínimo e máximo aplicável a cada hipótese, a ser articulado de acordo com a gravidade da conduta examinada na dosimetria da pena pelo juiz. Consoante adverte Emerson Alves e Rogério Garcia, a sanção precisa ser expressamente prevista na sentença condenatória para ser aplicada, não sendo efeito secundário da pena, como ocorre no âmbito da esfera de responsabilidade penal.⁴⁷² A efetividade da suspensão dos direitos políticos prescinde do concurso da jurisdição eleitoral.

Nos termos do artigo 20 da Lei Federal n.º 8.429/92, a sanção de suspensão dos direitos políticos apenas terá eficácia com o trânsito em julgado da sentença condenatória da ação civil pública de improbidade administrativa.

⁴⁷⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 305.

⁴⁷¹ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 700.

⁴⁷² ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 702.

4.4. Multa Civil

A multa civil é penalidade de natureza pecuniária, com caráter sancionatório destinada a atingir o patrimônio do agente ímprobo⁴⁷³. Seu papel punitivo sobre o infrator emerge tanto de sua posição topográfica no rol das sanções previstas no artigo 12 da Lei Federal n.º 8.429/92, como também de seu efeito intimidativo⁴⁷⁴. Apesar de ser instrumento de arrecadação ao Ente Federativo lesado, para o qual é revertido o valor arrecadado, José Roberto Pimenta Oliveira lembra que a multa civil não é sucedâneo do ressarcimento ao Erário, que deflui da responsabilidade civil com matriz reparatória, distinta, portanto, da natureza jurídica essencialmente punitiva da multa civil⁴⁷⁵, o que leva à afirmação de que a multa civil e o ressarcimento ao Erário são instrumentos distintos e podem ser aplicados simultaneamente ao caso concreto.

Emerson Alves e Rogério Garcia, igualmente, lecionam que a multa tem natureza civil e sancionatória, o que justifica sua incidência mesmo quando houver a superveniência de multa aplicada na esfera de responsabilização penal. Tal fator também respalda a transmissão da multa civil aos herdeiros do ímprobo falecido, sendo impróprio avocar o princípio da intranscendência da pena para impedir a responsabilidade derivada da sucessão.⁴⁷⁶

Nesse tocante, conquanto possa parecer contraditória a conclusão pela transmissibilidade da multa civil aos herdeiros quando examinada sobre o prisma de parte da doutrina, que classifica as sanções entre retributivas e reparatórias, inserindo-se a pena ora examinada na primeira categoria, o fato é que a multa não incide sobre a pessoa do agente público, mas sobre o seu patrimônio, universalidade de bens que justamente é objeto da sucessão.

Ademais, apesar da multa civil estabelecida pelo artigo 12 da Lei Federal n.º 8.429/92 ser autônoma, a sua natureza jurídica pode ser extraída das cláusulas penais do Código Civil, previstas no artigo 408 e seguintes. Nesse aspecto,

⁴⁷³ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 704.

⁴⁷⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 315.

⁴⁷⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 315.

⁴⁷⁶ ALVES, Emerson. GARCIA, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.706.

consoante precedente fixado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n.º 951.389/SC⁴⁷⁷, sob a Relatoria do Ministro Herman Benjamin, fixou-se que o artigo 8º da Lei Federal n.º 8.429/92, ao adotar a expressão “cominações” no enunciado normativo, pretendeu atribuir ampliar a transmissibilidade das sanções de natureza pecuniária para além da hipótese de ressarcimento da Administração Pública derivada de condutas que geram enriquecimento ilícito ou dano ao Erário. Para o Tribunal, conquanto a multa civil tenha caráter pessoal, ela não é dotada de feição personalíssima.

Portanto, a classificação da multa civil como pena de caráter retributivo ou reparatório não pode ser integralmente aproveitada considerando a interpretação teleológica da sanção que, voltada ao patrimônio do agente público que tenha se enriquecido ilicitamente ou ocasionado dano ao Erário, obriga-se sua universalidade de bens a responder pela conduta repudiada pelo ordenamento jurídico, nos termos do artigo 8º da Lei Federal n.º 8.429/92.

Por outro lado, entende-se impossível sustentar a solidariedade da obrigação decorrente da multa civil, considerando que a Lei Federal n.º 8.429/92 não contém qualquer previsão autorizativa, não sendo lícito presumi-la, a teor de regra geral de direito prevista no artigo 265 do Código Civil.

CAPÍTULO 5 - ASPECTOS GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE PENAL DECORRENTE DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

Conforme leciona José Roberto Pimenta Oliveira, o ordenamento jurídico “individualiza o conjunto de normas regentes da aplicação das sanções punitivas ou reparatórias em face do descumprimento de deveres jurídicos funcionais”.⁴⁷⁸

A Constituição da República é o fundamento de todas as ordens de responsabilização, instituindo os bens jurídicos mais proeminentes à organização e defesa da sociedade e do Estado Democrático. A partir de tais valores

⁴⁷⁷ STJ - REsp: 951389 SC 2007/0068020-6, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 09/06/2010, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 04/05/2011.

⁴⁷⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 414.

jurídicos, são construídos sistemas institucionais próprios de proteção, defesa, reação e punição.⁴⁷⁹

Nessa esteira, existem diversas espécies de sistemas sancionatórios, cada qual responsável pela tutela específica de um bem jurídico consagrado na Constituição, diversos, inclusive, em relação ao conteúdo da sanção jurídica e dos pressupostos subjetivos, objetivos, teleológicos e processuais imanescentes.⁴⁸⁰

Já se afirmou que o artigo 37, parágrafo 4º da Constituição da República fundamenta o sistema autônomo da responsabilidade por improbidade administrativa. Nesta quadra, cabe diferenciá-lo dos principais sistemas repressivos de condutas congêneres ou continentes ao enriquecimento ilícito de agentes públicos.

No tocante à concomitância entre o sistema penal de repressão e o sistema da improbidade administrativa, há uma independência explícita da jurisdição criminal derivada do aludido dispositivo constitucional, que ressalva a incidência da “ação penal cabível” às sanções decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa.

O bem jurídico tutelado pelos crimes contra a Administração Pública é a sua normalidade funcional, probidade, moralidade, eficácia e incolumidade⁴⁸¹, enquanto, na improbidade administrativa, a objetividade jurídica busca tutelar a honestidade funcional do exercício da competência pública. José Roberto Pimenta Oliveira, quanto ao bem jurídico, entende que não há diferença entre os contornos materiais do bem jurídico, uma vez que o regime civil de tutela da improbidade administrativa estende sua ação punitiva a todos os domínios funcionais do Estado, como também a implicação de uma conduta como crime funcional, estende-se ao domínio do sistema da improbidade administrativa.⁴⁸²

Quanto à configuração dos ilícitos, José Roberto Pimenta Oliveira leciona que a análise comparativa dos crimes arrolados no Título XI, Capítulo 1, do Código Penal, mostra que as condutas penalmente censuradas podem ser

⁴⁷⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 414.

⁴⁸⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 414.

⁴⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeito*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 39.

⁴⁸² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 434.

albergadas pelas categorias típicas de improbidade, sendo que o grupo dos atos que importam em enriquecimento ilícito, tutelado pelo artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92 podem ser agrupados pelos crimes de peculato (artigo 312), pela corrupção passiva (art. 317) e pela concussão (artigo 316).⁴⁸³

Nesse aspecto, o autor chama a atenção para o fato de que não há uma identidade das condutas em tese consagradas como improbidade e os crimes funcionais contra a Administração em geral. Destarte, as condutas praticadas por agentes públicos fora do exercício funcional, como a concussão, não seriam objeto da tutela da improbidade administrativa. Igualmente, o enriquecimento ilícito por patrimônio desproporcional previsto no artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92 não foi capitulado como crime pelo Código Penal ou mesmo pela legislação extravagante.⁴⁸⁴

O quadro legislativo penal atual exige, portanto, que o enriquecimento do agente público seja concretizado a partir de uma conduta especificamente identificada o que poderá conduzir à incidência da tipificação do peculato ou da corrupção passiva. A incidência, entretanto, dependerá do preenchimento de determinados requisitos normativos do tipo penal e que, não preenchidos, poderão resultar na atipicidade da conduta, embora tal circunstância não afaste a incidência da tutela do sistema de improbidade administrativa.

Para corroborar a afirmação, convém fazer um breve apanhado da tipicidade objetiva do crime de corrupção passiva. Inicialmente, cabe o exame da forma típica:

Corrupção passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.⁴⁸⁵

Conforme leciona Cezar Roberto Bitencourt, a corrupção passiva consiste em “solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, para

⁴⁸³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 434.

⁴⁸⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 434.

⁴⁸⁵ BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 07 out. 2020.

si ou para outrem, em razão da função pública exercida pelo agente, mesmo que fora dela, ou antes de assumi-la, mas, de qualquer sorte, em razão da mesma.”⁴⁸⁶

A tipicidade, portanto, depende da identificação do ato por meio do qual o agente público mercantilizou a atribuição legal, recebendo vantagem indevida, seja para prática de conduta ilícita ou lícita, isto é, recebendo quantia indevida previamente ao exercício de ato material que seu estatuto funcional determinava fazê-lo.

Disso resulta duas consequências. A primeira é determinar que o ato praticado pelo sujeito ativo do crime deve estar no círculo de suas atribuições funcionais, isto é, deve haver uma relação de causalidade entre o exercício da função e o fato imputado, revelada por meio da expressão “em razão dela [função]” contida no artigo 317 do Código Penal.⁴⁸⁷

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.745.410/SP⁴⁸⁸, afastou o requisito do nexo entre o recebimento da vantagem e a atribuição do funcionário público para praticá-lo, afirmando na decisão que a consumação do crime se satisfaz com atos que formalmente não se inserem nas atribuições do agente público, mas que, em razão da função pública, materialmente implicam em alguma forma de facilitação da prática da conduta almejada.

A segunda diz respeito à controvérsia existente quanto à tipificação da corrupção subsequente, isto é, aquela em que o agente público exerce o ato de ofício, sem aceitar qualquer promessa de vantagem antes de determiná-lo, mas, posteriormente, acaba sendo agraciado pelo interessado. Cezar Roberto Bitencourt e Guilherme de Souza Nucci entendem que nessas hipóteses o fato é atípico, na medida que o ato de ofício não foi viciado pela esperança da obtenção de um proveito ⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeito*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 115.

⁴⁸⁷ BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeito*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 115. MASSON. Cleber. *Direito Penal: parte especial (arts. 213 a 359-H)*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 624.

⁴⁸⁸ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º 1745410/SP, Brasília, 2 out. 2018. Acesso em: 06 out. 2020.

⁴⁸⁹ BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeito*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 118. NUCCI. Guilherme de Souza. *Curso de direito parte especial: arts. 213 a 361 do código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 517. Registra-se, todavia, que Cleber Masson inclina-se pela tipicidade da corrupção subsequente, amparando-se em Nelson Hungria, que recriava a expectativa de recebimento da vantagem. Nesse sentido: MASSON. Cleber. *Direito Penal: parte especial (arts. 213 a 359-H)*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 619.

Diante desse quadro, é possível sustentar que a imputação de enriquecimento ilícito do agente público pode absorver as hipóteses em que ele tenha recebido vantagem patrimonial ilícita decorrente da corrupção passiva derivada de atos que não tenham correlação com o exercício de sua atividade funcional ou mesmo posteriores à sua prática, com fundamento no artigo 9º *caput*, incisos I e VII da Lei Federal n.º 8.429/92, o que não seria indene de discussões no âmbito de aplicação do Código Penal.

Quanto à imputação das hipóteses retratadas no artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92, registra-se, contudo, a posição sustentada no Capítulo 3, da necessidade de comprovação do nexo de causalidade do enriquecimento ilícito com o exercício da função pública, o que não implica na necessidade de identificação do ato ou fato que deu azo ao acúmulo patrimonial desproporcional à remuneração do agente público e, conseqüentemente, passa ao largo da discussão quanto à aderência das atribuições funcionais em relação ao ato mercantilizado.

Em relação ao tema das sanções, remete-se ao Capítulo 4, cabendo nesta etapa enfatizar a autonomia entre os sistemas de responsabilidade civil por improbidade administrativa e o sistema de responsabilidade penal, incidindo as penas decorrentes de processo por delitos correlatos, cuja marcha processual é igualmente independente.

Desta feita, diante do exposto reconhecimento do artigo 12, *caput* da Lei Federal n.º 8.429/92, por meio da ressalva extraída da expressão “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica”, frisa-se a independência entre si das esferas penal e administrativa, razão pela qual não caracteriza *bis in idem* a cumulação de punições no bojo da ação criminal e da ação civil pública por improbidade administrativa, consoante pondera Marino Pazzaglini Filho⁴⁹⁰.

Observa-se, contudo, que a única hipótese em que a punição no âmbito do sistema de responsabilidade por improbidade administrativa deixa de ser independente decorre da vinculação da eficácia da sentença penal absolutória, fundada na negativa do fato ou na negativa de autoria, onde haverá a imposição da

⁴⁹⁰ PAZZAGLINI FILHO. Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 501.

decisão absolutória no juízo cível, obstando qualquer discussão a respeito, por determinação do artigo 935 do Código Civil.

Nas demais hipóteses, portanto, fica afastada a conjectura acerca da incidência do *bis in idem*, vedado por desdobramento do princípio da legalidade e da tipicidade, quando a mesma conduta estiver sujeita à diversidade de sistemas sancionatórios autônomos.⁴⁹¹

Traçado o breve panorama de incidência dos tipos penais mais suscetíveis à conexão com os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito e verificada a ausência de um tratamento criminal específico em vigor para a repressão deste fenômeno, a despeito dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil para a repressão à corrupção, passa-se a avaliação do Projeto de Lei n.º 4.850/2016, em tramitação na Câmara dos Deputados e que alberga as “Dez Medidas” contra a corrupção, em razão da proposta de criminalização do enriquecimento ilícito nele contida.

5.1. As “Dez Medidas” contra a corrupção e a proposta de criminalização do Enriquecimento Ilícito

A operação “Lava Jato” deflagrada pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal no ano de 2014 foi mundialmente conhecida por revelar atos de corrupção envolvendo diversos agentes públicos e empresários no âmbito das contratações públicas que envolveram a Petrobras, iniciando um movimento popular destinado ao aperfeiçoamento da legislação e criminalização de desvios da espécie.

Em 2015 o Ministério Público Federal lançou uma frente com propostas para recrudescer a punição contra atos de corrupção, concentradas em dez medidas que passaram a ser objeto de um projeto de lei fruto de iniciativa popular, autuado no PL 4850/2016 e em tramitação na Câmara dos Deputados.

As medidas são: (i) prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação; (ii) criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos; (iii) aumento das penas e crime hediondo para a corrupção de altos valores; (iv) eficiência dos recursos no processo penal; (v) celeridade nas ações de improbidade

⁴⁹¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 230.

administrativa; (vi) reforma no sistema de prescrição penal; (vii) ajustes nas nulidades penais; (viii) responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa dois; (ix) prisão preventiva para assegurar a devolução do dinheiro desviado; e (x) recuperação do lucro derivado do crime.

A proposta de criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos endereçada ao Projeto de lei n.º 4.850/2016 previu a inclusão do artigo 312-A, com a seguinte redação:

“Enriquecimento ilícito

Art. 312-A. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir, de maneira não eventual, bens, direitos ou valores cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por pessoa a ele equiparada, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou auferidos por outro meio lícito:

Pena – prisão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.

§ 1º Caracteriza-se o enriquecimento ilícito ainda que, observadas as condições do caput, houver amortização ou extinção de dívidas do servidor público, ou de quem a ele equiparado, inclusive por terceira pessoa.

§ 2º As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas.”⁴⁹²

Quanto ao crime em referência, a exposição de motivos do Projeto de lei n.º 4.850/2016 justificou a proposta legislativa da seguinte forma:

O enriquecimento ilícito de servidor público decorre comumente da prática de corrupção e crimes conexos. No entanto, como ressaltado no projeto, é muito difícil punir o crime de corrupção, salvo quando uma das partes revela sua existência, o que normalmente não acontece. Por outro lado, o enriquecimento ilícito, além de ser prova indireta da corrupção, é em si mesmo desvalorado, pois revela um agir imoral e ilegal de servidor público, de quem se espera um comprometimento mais significativo com a lei do que se espera do cidadão comum.⁴⁹³

⁴⁹² BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n.º 4.850, de 29 de março de 2016. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>. Acesso em: 30 out. 2020.

⁴⁹³ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n.º 4.850, de 29 de março de 2016. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>. Acesso em: 30 out. 2020.

Preliminarmente, observa-se que a proposta legislativa para criminalização do enriquecimento ilícito funda-se na dificuldade de se comprovar o crime de corrupção e nos benefícios gerados à pretensão punitiva, já que as condutas tipificadas funcionam como prova indireta da corrupção.⁴⁹⁴

Fábio André Guaragani e Luis Otávio Sales da Silva Júnior chamam a atenção de que a pena mínima estabelecida para o crime de enriquecimento ilícito na proposta legislativa é superior à pena mínima dos crimes de corrupção passiva ou peculato previstos no Código Penal, o que indica uma desproporcionalidade no caráter subsidiário atribuído para a figura típica.⁴⁹⁵

Gustavo Badaró critica a proposta de criminalização do enriquecimento ilícito, que ficaria classificado como “crime de suspeita”, punindo um estado individual, sem a necessidade de demonstração de uma infração a um comando legal, pois é incriminado simplesmente pela suspeita da situação descrita.⁴⁹⁶

Segundo o autor, a proposta traz para o direito penal as diversas críticas relacionadas à inversão do ônus da prova, desincumbindo a acusação de demonstrar a posse e eventuais condições, objetivas ou subjetivas, que tornam a conduta ilegítima. Carreando ao acusado o ônus de provar que os verbos nucleares estão cobertos por outras fontes de renda lícitas, o tipo em voga, para o autor, viola princípios caros ao processo penal, como a presunção de inocência, o *in dubio pro reo*, a garantia a não produção de prova contra si e a busca da verdade real, seja diante da suposição de que o patrimônio incompatível adviria de uma conduta criminosa pretérita e desconhecida, seja diante da dúvida quanto ao juízo condenatório ou absolutório a ser atribuído sobre a comprovação da origem lícita do patrimônio capaz de custear os verbos nucleares trazidos pela defesa.⁴⁹⁷

⁴⁹⁴ GUARAGNI, Fábio André. SILVA JUNIOR, Luis Otávio Sales da. A (i)legitimidade do delito de enriquecimento ilícito sob as perspectivas de crime de suspeita e de crime de estado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, vol. 145. p. 459 - 486. Jul. 2018.

⁴⁹⁵ GUARAGNI, Fábio André. SILVA JUNIOR, Luis Otávio Sales da. A (i)legitimidade do delito de enriquecimento ilícito sob as perspectivas de crime de suspeita e de crime de estado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, vol. 145. p. 459 - 486. Jul. 2018.

⁴⁹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O crime de enriquecimento ilícito no projeto de código penal, em face da presunção de inocência. *Tribuna Virtual IBCCRIM*. Ano 1, jan./fev. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5320949/mod_resource/content/2/Badaro_-_O_crime_de_enriquecimento_ilici.pdf. Acesso em: 31. Out. 2020.

⁴⁹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O crime de enriquecimento ilícito no projeto de código penal, em face da presunção de inocência. *Tribuna Virtual IBCCRIM*. Ano 1, jan./fev. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5320949/mod_resource/content/2/Badaro_-_O_crime_de_enriquecimento_ilici.pdf. Acesso em: 31. Out. 2020.

De modo semelhante, Fábio André Guaragani e Luis Otávio Sales da Silva Júnior, em uma visão geral, sustentam que a criação de figuras penais de direito material para a compensação de dificuldades processuais deve ser vista com reservas porque as garantias probatórias derivadas do sistema processual penal acusatório são severamente mitigadas. A criação de crimes de suspeita, se admitida fosse pelo sistema jurídico, só pode ser vocacionada à tutela de bem jurídicos em situações excepcionais, a título de exceção, isto é, quando seja evidente a insuficiência de outros ramos do direito para a prevenção da conduta indesejada e a inexistência de institutos menos drásticos aos direitos fundamentais do indivíduo, em atenção aos princípios da proporcionalidade, da subsidiariedade e da intervenção mínima.

Ao juízo dos autores, no Brasil, levando em conta o conflito efetivo do crime de suspeita com a presunção de inocência, a legitimidade da figura penal pode não se sustentar, inclusive porque não justificada a subsidiariedade da tutela penal, diante da previsão do artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92 que seria mais proporcional à proteção do bem jurídico frente à política de encarceramento.⁴⁹⁸

O Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC) elaborou relatório sobre a implementação da Convenção de Mérida pelos países signatários e identificou que os membros da América Latina e do Caribe foram os que mais incorporaram em sua legislação a criminalização do enriquecimento ilícito, enquanto os Estados Partes que compõem o grupo da Europa Ocidental são mais propensos a rejeitá-la. Tal constatação pode estar relacionada à incidência da Convenção Interamericana contra a Corrupção, cujo artigo IX é mais assertivo quanto à criminalização do delito em relação à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, cujo artigo 20 não é mandatório quanto ao ponto.⁴⁹⁹

⁴⁹⁸ Tratando-se de um artigo de Direito Penal, os autores classificam a proposta de criminalização do enriquecimento ilícito como “crime de estado”, cuja conduta ilícita seria meramente o agente público patrimônio incongruente com os rendimentos lícitos. Nessa condição, os autores entendem que o crime não infringiria a presunção de inocência, pois não se está vinculando a irregularidade do patrimônio ostentado a algum crime pretérito, mas à ausência de origem que corresponda aos ganhos lícitos auferidos pelo agente, ausente, portanto, qualquer presunção de que a prática de conduta anterior seja tipificada como crime funcional. Não obstante, se assim fosse classificado, a tutela penal não preencheria sua finalidade funcional, uma vez ausente o nexo de proteção ao bem jurídico (tutela do serviço público republicano). GUARAGNI. Fábio André. SILVA JUNIOR. Luis Otávio Sales da. A (i)legitimidade do delito de enriquecimento ilícito sob as perspectivas de crime de suspeita e de crime de estado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, vol. 145. p. 459 - 486. Jul. 2018.

⁴⁹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *State Of Implementation Of The United Nations Convention Against Corruption. Criminalization, Law Enforcement And International Cooperation*.

O relatório aponta que muitos Estados Partes consideraram a possibilidade de criar um crime de enriquecimento ilícito, mas concluíram que a medida não seria compatível com seu sistema jurídico nacional ou tiveram sérias dúvidas sobre a percepção de que a tipificação teria em relação à violação aos princípios fundamentais, sobretudo, ao direito da presunção de inocência.⁵⁰⁰ Ressalta, ainda, que o tipo traz consigo a inversão do ônus da prova, a que muitos Estados signatários consideraram incompatível com os princípios fundamentais do sistema jurídico interno, gerando “um risco significativo de condenar indivíduos inocentes quando sua explicação simplesmente não é acreditada”.⁵⁰¹

Considerando o caráter facultativo da criminalização disposta no artigo 20 da Convenção de Mérida, em geral, os comissários das Nações Unidas aceitaram tais argumentos quanto à recusa na incorporação na ordem jurídica interna da criminalização do enriquecimento ilícito, não obstante tenham recomendado alternativas legislativas para atribuir transparência sobre o patrimonial de agentes públicos, visando o combate à corrupção.⁵⁰²

Ademais, o referido estudo das Nações Unidas constatou que, mesmo nos Estados Partes que reconhecem o enriquecimento ilícito como conduta típica, seus efeitos circunscrevem-se ao debate nos círculos acadêmicos e judiciais. As autoridades que buscaram direcionar a aplicação e a interpretação do enriquecimento ilícito de acordo com os direitos e as garantias fundamentais vigentes no sistema jurídico nacional concluíram pela aplicação limitada da repressão ao crime. Em alguns Estados Partes o estudo revela que as disposições nunca foram aplicadas na prática, em

Viena, 2017. p. 51. Disponível em: < https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session7/V.17-04679_E-book.pdf>.. Acesso em 31 out. 2020. p. 51.

⁵⁰⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *State Of Implementation Of The United Nations Convention Against Corruption. Criminalization, Law Enforcement And International Cooperation*. Viena, 2017. p. 51. Disponível em: < https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session7/V.17-04679_E-book.pdf>. Acesso em 31 out. 2020. p. 52.

⁵⁰¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *State Of Implementation Of The United Nations Convention Against Corruption. Criminalization, Law Enforcement And International Cooperation*. Viena, 2017. p. 51. Disponível em: < https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session7/V.17-04679_E-book.pdf>. Acesso em 31 out. 2020. p. 52.

⁵⁰² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *State Of Implementation Of The United Nations Convention Against Corruption. Criminalization, Law Enforcement And International Cooperation*. Viena, 2017. p. 51. Disponível em: < https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session7/V.17-04679_E-book.pdf>. Acesso em 31 out. 2020. p. 52.

razão de preocupações relacionadas à compatibilidade do tipo com princípio da legalidade, sendo que apenas poucos Estados Signatários forneceram estatísticas, relataram sucessos ou indicaram a existência de casos pendentes no tribunal.⁵⁰³

Diante de todas as opiniões científicas e experiências internacionais relatadas pela Organização das Nações Unidas, fica evidente que a tutela da probidade administrativa pela repressão ao enriquecimento ilícito de agentes públicos deve preterir a via penal, sobretudo diante da manifesta desproporcionalidade da resposta estatal ao problema pela política de encarceramento.

Nesta esteira, a criminalização do enriquecimento ilícito revela-se medida desnecessária, porquanto existente no ordenamento jurídico instrumentos capazes de garantir a probidade administrativa, prevista no sistema de responsabilidade por improbidade administrativa, revelado pelo artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92. Com efeito, a proposta sucumbiria frente aos postulados penais da fragmentariedade.

Não bastasse a política criminal ser inadequada para o enfrentamento do enriquecimento ilícito, terá efeitos simbólicos, inflacionando o sistema carcerário e jurisdicional, que se verá premido pela aplicação de um sistema processual muito mais hipertrófico aos direitos do acusado, sem prejuízo das diversas controvérsias que recaem sobre o tipo material frente aos direitos e as garantias fundamentais do acusado. Ademais, o artigo 12 da Lei Federal n.º 8.429/92 prevê sanções igualmente compatíveis com aquelas que seriam incidentes na seara penal para a repressão de ilícitos de natureza patrimonial, prevendo diversas sanções de cunho pecuniário e admoestatórias capazes de fazer cessar a periculosidade carreada pelo agente ímprobo ao serviço público.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito também é fragilizada pela criminalização do enriquecimento ilícito, diante do desbalanceamento entre o fim, consistente na proteção da profanação da Administração Pública, e os meios para tanto, isto é, a inédita incidência da tutela penal e processual penal quando já existe um sistema de responsabilidade por improbidade administrativa previsto na Lei Federal n.º 8.429/92, coerente com o artigo 37, parágrafo 4º da Constituição da República e com

⁵⁰³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *State Of Implementation Of The United Nations Convention Against Corruption. Criminalization, Law Enforcement And International Cooperation*. Viena, 2017. p. 51. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session7/V.17-04679_E-book.pdf>. Acesso em 31 out. 2020. p. 59.

as diversas Convenções Internacionais aplicáveis sobre tema, coeso com medidas de caráter preventivo (artigo 13 da Lei Federal n.º 8.429/92) e repressivo.

5.2. O Confisco Alargado frente ao Enriquecimento Ilícito por patrimônio desproporcional à remuneração de agente público

A Lei Federal n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019, denominada Lei Anticrime, trouxe diversas alterações visando tornar mais efetiva a persecução penal. Dentre diversas alterações formuladas, a lei introduziu o artigo 91-A no Código Penal, incorporando um novo efeito extrapenal da sentença condenatória, conhecido como confisco alargado.

Segundo leciona Roberto D'Oliveira Vieira, a figura tem inspiração remota na Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, incorporada no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto Federal n.º 154 de 26 de junho de 1991, em seu artigo 5º, parágrafo 7º, cujo instrumento patrocinado pela Organização das Nações Unidas, ao tratar das medidas de confisco, urgia aos Estados Partes inverter “o ônus da prova com respeito à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confisco”⁵⁰⁴ caso fosse compatível com os princípios de direito interno.⁵⁰⁵

O autor leciona, ainda, que as Convenções das Nações Unidas de Palermo e de Mérida repetiram a norma a respeito do confisco alargado, nos artigos 12, parágrafo 7º e 31, parágrafo 8º, respectivamente, reportando, ainda que o GAFI-FATF (*Financial Action Task Force*) expediu recomendação aos países membros para “adotarem medidas de confisco sem a necessidade de condenação criminal ou que requeiram que o ofensor demonstre a origem lícita da propriedade vinculado ao confisco”⁵⁰⁶.

Trata-se de forma de perdimento de bens incidente sobre os crimes cuja pena máxima cominada em abstrato seja superior a 6 (seis) anos de reclusão. O confisco alargado terá como base de cálculo a diferença entre o valor do

⁵⁰⁴ BRASIL. Federal n.º 154 de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Brasília, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em: 27 de novembro de 2020.

⁵⁰⁵ VIEIRA. Roberto D'Oliveira. *Confisco Alargado de Bens*. Salvador: Juspodvim, 2019. p. 43.

⁵⁰⁶ VIEIRA. Roberto D'Oliveira. *Confisco Alargado de Bens*. Salvador: Juspodvim, 2019. p. 45.

patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito. A previsão legal determina que o Ministério Público deverá requerê-la expressamente na denúncia e o juiz, na sentença penal, deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda será decretada, vertendo-os da União ou do Estado, a depender do regime de competência funcional a que está submetido o processo penal.

Apesar do objetivo e do resultado do confisco alargado serem semelhantes ao enriquecimento ilícito por patrimônio desproporcional capitulado como improbidade administrativa, tendo ambos a natureza jurídica remota de direito privado⁵⁰⁷, há várias distinções entre os institutos.

Primeiramente, percebe-se que o artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92 não preestabelece quais seriam os atos ilícitos capazes de atrair a aplicação do perdimento de bens como o faz o confisco alargado.

Além disso, os efeitos do ato de improbidade administrativa prescindem de requerimento processual expresso pelo autor da ação, como também o destino de tais bens será em favor do sujeito passivo lesado, a teor do artigo 18 da Lei Federal n.º 8.429/92, não havendo necessidade da especificação do acervo patrimonial a ser expropriado na sentença. Por fim, no confisco alargado, apenas os bens adquiridos ou transferidos após o início da atividade criminal subjacente poderão ser objeto da expromissão, circunstância inexistente no âmbito do procedimento civil cotejado.

Em relação às similaridades, em ambos os procedimentos penal e civil deverá haver a observância do devido processo legal, conferindo-se ao réu a possibilidade de provar a inexistência de incompatibilidade patrimonial ou procedência lícita do patrimônio.

A visão panorâmica do instituto permite afirmar que seu objetivo se presta à dissuasão da finalidade de grande parte dos crimes contra Administração Pública, que consiste na profanação do bem jurídico tutelado, desviado em proveito pessoal do funcionário público, circunstância comum à finalidade do sistema de responsabilidade por improbidade administrativa.

⁵⁰⁷Roberto D'Oliveira Vieira, a partir do julgado no acórdão 392/2015 do Tribunal Constitucional de Portugal e das discussões assentadas na doutrina jurídica lusitana, conclui que o confisco alargado é uma consequência do fato penal, destinado a restaurar a situação anterior à prática do delito, não servindo como instrumento de censura ou culpabilidade. VIEIRA, Roberto D'Oliveira. *Confisco Alargado de Bens*. Salvador: Juspodvim, 2019. p. 185.

Viu-se que o enriquecimento ilícito ainda não foi positivado como crime autônomo no sistema de responsabilidade penal, de tal forma que a figura extrapenal pode suprimir parcialmente a lacuna em razão da identidade da finalidade preventiva geral, que fundamentaria a tipificação do delito em questão, conquanto o confisco alargado não tenha caráter punitivo, diante de seus efeitos inegavelmente patrimoniais.

Deve-se frisar que a figura do confisco alargado é questionada no Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6304, movida pela Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux.

Malgrado não tenha sido suspensa a eficácia da lei em questão pelo Supremo Tribunal Federal, sem levar em conta as discussões relacionadas aos princípios constitucionais da presunção de inocência, privacidade e devido processo legal, pela vedação a não incriminação, o confisco alargado pode ser considerado medida adequada para suprir a lacuna da criminalização do enriquecimento ilícito no que tange à sua aplicabilidade aos crimes contra a Administração Pública, sobretudo se relacionados ao peculato, à corrupção passiva e à concussão, ou mesmo lavagem de capitais ou organizações criminosas decorrentes dessas condutas.

Isso porque, embora não se possa afastar a incidência do regime de responsabilidade por improbidade administrativa decorrente do enriquecimento ilícito por patrimônio desproporcional à remuneração de agente público nas circunstâncias de comprovação de tais ilícitos penais funcionais, o confisco alargado admitiria que o próprio sistema de responsabilidade penal fosse capaz de acomodar a perda de bens e valores acrescida ilicitamente de modo economicamente mais eficiente.

Por outro lado, tal vantagem não parece ser suficiente para afastar o potencial efeito processual dilatório adverso, decorrente das questões técnicas e probatórias incidentes acerca das questões dominiais e contábeis que recaem sobre a aplicação do confisco alargado, podendo se tornar um ônus excessivo à duração razoável do processo penal⁵⁰⁸, em razão da maior rigidez de seu procedimento comparativamente ao processo civil.

⁵⁰⁸ Cite-se como exemplo as dificuldades advindas da identificação do patrimônio a descoberto como também dos bens que estejam em nome de terceiros em um procedimento penal em que o réu esteja incurso no crime de organização criminosa, cujo artigo 22, parágrafo único da lei Federal nº 12.850/2013 determina o relaxamento da prisão processual quando a instrução superar 120 (cento e vinte) dias,

Ainda sobre o tema, digno de nota que a Lei Federal n.º 11.343/2006 foi modificada pela Lei Federal n.º 13.866/2019 para incluir procedimento de decretação de perda de bens para os condenados com pena privativa de liberdade superior a seis anos de reclusão, semelhante àquele tratado atualmente no Código Penal. No entanto, naquela legislação especial, o artigo 63-F, parágrafo 1º, previu que a perda alargada de bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com o seu rendimento lícito será decretada apenas quando houver “a existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação a organização criminosa”⁵⁰⁹

Tal aspecto revela a preocupação legislativa em vincular a espécie qualificada de perda de bens, incidente no âmbito da Lei Federal n.º 11.343/2006, com elementos probatórios capazes de identificar que o acréscimo patrimonial desproporcional do condenado advenha do exercício da empreitada criminosa, sendo medida adequada para justificar a imposição do ônus a partir do princípio da culpabilidade e da presunção de inocência, o que pode reforçar o elemento circunstancial implícito invocado no Capítulo 3 para a tipificação do artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92 diante das semelhanças entre os propósitos e princípios inerentes ao Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador anteriormente sustentadas.

CAPÍTULO 6 - ASPECTOS GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DE TITULARES DE CARGOS DE PROVIMENTO EFETIVO, COMMISSIONADOS E OCUPANTES DE FUNÇÃO DECORRENTE DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona que a organização administrativa é baseada na distribuição de competências e na hierarquia⁵¹⁰. De fato, o atingimento da finalidade do Estado pressupõe a organização do exercício das competências administrativas a serem exercidas pelos agentes públicos, o que implica

prorrogáveis por até igual período. Nessa hipótese, a prisão cautelar, cuja finalidade é ampla, poderá ser revertida por força da dificuldade probatória de uma questão de natureza extrapenal, o que não parece ser coerente com o propósito do sistema de responsabilidade penal.

⁵⁰⁹ BRASIL. Lei Federal n.º 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad e estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Brasília, 2006.

⁵¹⁰ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 95.

em relações de coordenação e subordinação⁵¹¹. A diretriz política e institucional a ser perseguida exige que os agentes públicos sejam organizados de tal forma que se garanta certa uniformidade no modo do exercício de suas competências, balizadas invariavelmente pelos limites impostos pela legalidade.

José dos Santos Carvalho Filho afirma que a organização da Administração Pública obedece ao princípio da hierarquia, que impõe o “escalonamento em plano vertical dos órgãos e agentes da Administração que tem como objetivo a organização da função administrativa”⁵¹².

Estas regras de hierarquia, que geram direitos e deveres aos agentes públicos, originam-se a partir de uma relação estatutária, isto é, regida por uma lei, um estatuto, que estabelece o regime jurídico da relação entre a Administração Pública e os exercentes da atividade administrativa⁵¹³.

Deflui da hierarquia administrativa o poder de comando dos agentes superiores sobre outros hierarquicamente inferiores, como também o dever de fiscalização das atividades desempenhadas por estes e sua eventual revisão.⁵¹⁴ Desse sistema hierárquico, pois, resulta o poder disciplinar e funcional, destinado à correção das condutas que não correspondam aos padrões jurídicos impostos aos agentes públicos por meio do estatuto jurídico funcional correspondente.

Os denominados agentes políticos são titulares de mandato no Poder Legislativo, exercendo atividade de representação política, amparada na soberania popular, da mesma forma que a chefia do Poder Executivo e seus auxiliares diretos, pelo que escapam aos quadrantes da responsabilização administrativa típica, uma vez que suas atividades são de natureza política.

Por essa razão, propõe-se um recorte do sistema de responsabilidade político-constitucional, pois, nessa quadra, o bem jurídico tutelado é a “legitimidade política que se exige de determinado agente público no contexto do Estado Democrático de Direito instituído na Constituição”⁵¹⁵, regulamentado pela Lei

⁵¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 95.

⁵¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 63.

⁵¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 235.

⁵¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 63.

⁵¹⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 417.

Federal n.º 1.079/1990, em busca do resguardo da legitimidade política.⁵¹⁶ Diante dessa especificidade, que demanda um aprofundamento incompatível com os limites da pesquisa ora oferecida, a análise dos atos de improbidade que causam enriquecimento ilícito ficará concentrada dentro do regime jurídico disciplinar orientado pela Lei Federal n.º 8.112/1990, que disciplina o regime jurídico dos servidores públicos civis da União.

Consoante leciona Fábio Osório Medina, a improbidade administrativa não se configura pelo comportamento incompatível com a função pública a partir de fatos comprometedores da honra privada do agente público com reflexos no setor público, mas de uma honra diretamente vinculada às funções públicas, a que denomina “honra institucional e funcional subjacente à Lei Geral de Improbidade Administrativa”⁵¹⁷.

Com precisão cirúrgica, o autor frisa que o “dever de probidade traduz exigências de lealdade institucional na persecução dos deveres legais relacionado com as atribuições públicas.”⁵¹⁸. Portanto, condutas privadas que arranhem a dignidade da função pública exigida pelo sujeito que a exerce podem ensejar seu desligamento involuntário dos quadros da Administração Pública, porém, pelo exercício da competência sancionatória distinta daquela reservada ao sistema de responsabilidade por improbidade administrativa.

Tais afirmações justificam a necessidade de que a conduta sujeita ao sistema de responsabilidade por improbidade administrativa evidencie que a tipicidade material tenha o potencial de ofender a probidade administrativa, a honestidade, a honra subjetiva e objetiva da Administração Pública, bens jurídicos tutelados pelo artigo 37, parágrafo 4º da Constituição da República.

Por tal razão, o aumento patrimonial desproporcional à remuneração do agente público derivado de um ato estranho às suas atribuições funcionais não está sujeito às implicações previstas no microsistema da improbidade administrativa tutelado pela Lei Federal n.º 8.429/92.

⁵¹⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 417.

⁵¹⁷ OSÓRIO. Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 249.

⁵¹⁸ OSÓRIO. Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 249.

Com efeito, inúmeros exemplos podem ser utilizados para afastar a aplicação do regime jurídico da improbidade administrativa aos atos, lícitos ou ilícitos, praticados por agentes públicos que não tenham vinculação direta com o exercício de suas funções, impedindo a aplicação do artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92. Não obstante, referidas condutas ilícitas podem implicar em algumas sanções previstas no sistema de responsabilidade por improbidade administrativa, como é o caso da perda do cargo público, derivadas, porém, da fricção do sistema de responsabilidade disciplinar, por força das reprimendas previstas, no âmbito da União Federal, no artigo 127 da Lei Federal n.º 8.112/1990.

Assim, se identificado, no bojo da sindicância patrimonial ou inquérito civil, que o acúmulo patrimonial injustificado de um agente público advenha do cultivo e armazenamento de substâncias estupefacientes ilícitas (caso de enriquecimento por atividade ilícita) ou mesmo do exercício remunerado de atividade autônoma privada, para as hipóteses em que o agente público não esteja submetido ao regime de exclusividade, mas com incompatibilidade de horários (caso de enriquecimento por atividade lícita), as condutas não estarão subsumidas ao artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92, embora infrinjam deveres e proibições do estatuto jurídico funcional (artigos 116 e 117 da Lei Federal n.º 8.112/1990), sujeitando-se às penas previstas no artigo 127 da Lei Federal n.º 8.112/1990.

Por derradeiro, sob os aspectos processuais, concorda-se com posição de José Roberto Pimenta Oliveira para quem a decisão proferida na esfera disciplinar, que possa vir a ser tipificada como ato de improbidade administrativa não é capaz de influenciar a decisão jurisdicional fruto deste sistema de responsabilidade. Por outro lado, a improcedência da ação judicial de improbidade administrativa fundada na negativa de fato e de autoria vincula à decisão disciplinar que tenha como pressuposto exclusivo a avaliação da responsabilidade nesse contexto, em razão da reserva de jurisdição, a cargo do Poder Judiciário, que se sobrepõe à decisão deflagrada no exercício da função administrativa.⁵¹⁹

⁵¹⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 454.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, as principais conclusões podem ser sintetizadas nos seguintes apontamentos:

1. A construção iluminista do Estado de Direito como ente abstrato responsável pela pacificação social depende do adequado funcionamento dos órgãos administrativos, exigindo-se que as atribuições neles desenvolvidas pelos agentes públicos estejam voltadas ao interesse público.
2. A Constituição da República, enquanto instrumento jurídico responsável pela organização do Estado e pela pronúncia dos direitos fundamentais, incorporou a proibidade administrativa como bem jurídico dotado de especial proteção jurídica no artigo 37, parágrafo 4º, cominando sanções aos seus infratores.
3. O princípio da legalidade deixou de ser o parâmetro nuclear e norteador exclusivo das condutas administrativas, submetendo-se aos influxos axiológicos incorporados na Constituição da República, como também em diversos compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro.
4. A corrupção é objeto de estudos, prevenção e repressão em nível global, diante da perversidade de seus efeitos sobre as estruturas sociais, econômicas, institucionais e democráticas, afetando diretamente o desenvolvimento social e a relação fiduciária que deve ser mantida entre a sociedade e os agentes públicos.
5. Embora a corrupção seja um conceito plurívoco e multidisciplinar, sob o enfoque jurídico representa a perversão da coisa pública por meio do abuso ou desvio de poder para o atingimento de um benefício privado.
6. Diante de sua escala universal, o mundo globalizado voltou esforços para preveni-la e dissuadi-la, fazendo uso do sistema jurídico internacional, por meio das Convenções Internacionais, tais como as Convenções das Nações Unidas contra a Corrupção, a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos e a Convenção sobre o combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em transações internacionais da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico, firmadas pelo Brasil.

7. O enriquecimento ilícito de agentes públicos é um dos fenômenos que podem derivar da prática de atos de corrupção, sendo objeto de previsão específica nas convenções internacionais aludidas, influenciando, pois, a interpretação e aplicação do direito brasileiro.
8. Tanto a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção como a Convenção Interamericana contra a Corrupção capitularam como crime o enriquecimento de agente público resultante de incremento patrimonial desproporcional à sua remuneração, como também exortaram os Estados signatários dos instrumentos a criarem mecanismos de prevenção ao ilícito, como a obrigatoriedade de declaração e acompanhamento da evolução patrimonial de agentes públicos. Tais compromissos internacionais assumidos pelo Brasil foram absorvidos em nosso sistema jurídico pela Lei Federal n.º 8.429/92, com a ressalva dos contornos penais fixados naquelas convenções.
9. O acompanhamento do cumprimento das Convenções pelas Organizações Internacionais noticiam diversas dificuldades dos Estados signatários na implementação, apuração e processamento do ilícito, por existirem discussões jurídicas derivadas do direito interno que obstariam sua regular aplicação, resultantes da estrutura da tipificação em relação aos direitos e garantias fundamentais do acusado, como o devido processo legal e a presunção de inocência.
10. No Brasil, o combate ao enriquecimento ilícito é pretérito ao tratamento global do tema, tendo sido germinado no Decreto-Lei Federal n.º 3.240 de 08 de maio de 1941 e constitucionalizado em 1946.
11. A evolução legislativa do tratamento da vedação ao enriquecimento ilícito absorveu opiniões favoráveis, de um lado, à efetividade da tutela jurídica, diante da dificuldade probatória intrínseca dos elementos constitutivos do ilícito e, de outro, da necessidade de preservação de direitos fundamentais dos acusados em geral.
12. Tal embate é revelado pela bibliografia que apontara a rara aplicação da Lei Bilac Pinto, em que se exigia a comprovação de uma ação ou omissão do agente público para a configuração do enriquecimento ilícito, ao passo que Decreto-lei n.º 359/1968, fruto do período do Governo Militar, se satisfazia com a ausência de justificativas do agente público, pela inversão do ônus da prova do acréscimo patrimonial desproporcional à sua remuneração, para fundamentar a condenação.
13. A Constituição da República de 1988, fruto de um movimento de redemocratização, erigiu uma tutela específica da probidade administrativa, criando um sistema autônomo de responsabilidade por improbidade administrativa, colocando-o ao

lado de outros sistemas sancionadores igualmente autônomos, como o penal, civil, eleitoral, político constitucional, controlador de contas públicas, político, entre outros.

14. A probidade administrativa, enquanto bem jurídico de índole constitucional, passou a ser protegido pela legislação ordinária. O projeto de lei, que culminou na Lei Federal n.º 8.429/92, não contou com reflexão político institucional condizente com as dificuldades inerentes aos desafios históricos apresentados para o combate ao enriquecimento ilícito, o que resta demonstrado pela timidez da proposta encaminhada pelo Poder Executivo e pelos motivos da apresentação do substitutivo pelo Senado Federal em relação ao projeto analisado anteriormente pela Câmara dos Deputados.

15. O artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92 dispôs constituir ato de improbidade administrativa qualificado como enriquecimento ilícito auferir vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego na Administração Pública ou atividade nas entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício do Poder Público. Além de catalogar outros atos de improbidade administrativa, o artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92, previu, em seu inciso VII, que a aquisição, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, de bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público seria considerado enriquecimento ilícito.

16. A discussão legislativa do projeto de lei que culminou na Lei federal n.º 8.429/92 revela que o tema da inversão do ônus da prova foi discutido, tendo sido suprimido no substitutivo apresentado pelo Senador Pedro Simon. Tanto as discussões como a redação final do inciso VII do artigo 9º da lei, entretanto, não foram capazes de delimitar, com a segurança jurídica esperada, a discussão que orbita em torno da sua tipificação.

17. O sistema de responsabilidade por improbidade administrativa é composto por um conjunto de regras e princípios, dispostos de modo harmônico e coerente, para a tutela do bem jurídico subjacente, cuja configuração do ilícito fica sujeita às sanções previamente especificadas, a ser aplicada no bojo de um processo estatal impositivo.

18. Enquanto esfera de competência punitiva estatal autônoma, o sistema de improbidade administrativa condensa a atividade sancionatória vocacionada a tutelar o modo especial do exercício das funções e atribuições derivadas da organização do Estado. Ao lado da Lei Federal n.º 8.429/92, figura central na disciplina do artigo 37, parágrafo 4º da Constituição da República, as Leis Federais n.º 12.846/13 e n.º 12.213/13 suplementam a tutela da probidade administrativa no que tange à incidência

às pessoas jurídicas e à prevenção ao conflito de interesses de agentes públicos, especializando a proteção efetiva ao bem jurídico nas hipóteses específicas.

19. O bem jurídico da probidade administrativa, sob o prisma axiológico, vai além da repressão à imoralidade da conduta funcional do agente público, pela violação da integridade de caráter, honradez, imparcialidade, retidão e lealdade decorrente da obtenção de vantagem indevida em detrimento da finalidade pública. Funciona também como parâmetro para dosimetria da sanção, tendo função sistematizadora da tipificação às diversas subcategorias de atos de improbidade previstos na Lei federal n.º 8.429/92. O critério norteador para a tipificação deverá levar em conta o grau de lesividade à subcategoria do bem jurídico tutelado pela conduta.

20. O enriquecimento ilícito tem como valor subjacente o respeito à honestidade, vedando-se o uso da coisa pública para a obtenção de uma vantagem individual. Na modalidade em questão, a honestidade pode ainda ser subdividida em honestidade funcional, institucional e remuneratória, sendo esta a subcategoria correspondente ao enriquecimento ilícito por aumento patrimonial desproporcional à remuneração.

21. O artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92 concentra a tipificação dos atos de improbidade administrativa que causam enriquecimento ilícito, sendo que o *caput* e os incisos têm incidência autônoma entre si, em razão da sistematização das diversas categorias de bem jurídico tutelado. Em razão dos influxos dos princípios da legalidade e de seus corolários, os incisos estão dispostos em rol taxativo, afastando-se a interpretação gramatical lançada no *caput* do artigo.

22. No plano teleológico, a tutela da probidade administrativa, dentro dos domínios do Direito Administrativo Sancionador, deve transpor o conteúdo exclusivamente punitivo assentado em sua natureza, aspirando um caráter instrumental e preventivo, pela promoção de um padrão de comportamento esperado pelo ordenamento jurídico, sem prejuízo da existência de regras para a restauração do bem jurídico violado, dentro de uma atuação pragmática e voltada ao seu escopo, qual seja, a proteção da honra objetiva e subjetiva da Administração Pública pelo controle da finalidade e do exercício da competência estatal.

23. O enriquecimento ilícito objeto de tutela da improbidade administrativa difere do enriquecimento sem causa em razão da sua natureza administrativa, da imprescindibilidade do dolo do agente favorecido e da desnecessidade de resultar empobrecimento da contraparte, consoante previsto no artigo 21, inciso I da Lei Federal n.º 8.429/92.

24. O enriquecimento ilícito de agente público corresponde à vantagem econômica efetivamente auferida pelo sujeito, nela incluída as vantagens não pecuniárias de conteúdo econômico, que geram acréscimo patrimonial ou evitam seu decréscimo em condições ordinárias.

25. O enriquecimento ilícito de agente público pode derivar de conduta dolosa, omissiva ou comissiva. Tanto o artigo 9º, *caput* como o inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92 reclamam a obtenção do resultado material para a consumação. O dolo consiste no modo consciente e deliberado para incorporar a vantagem ilícita em seu patrimônio particular, com violação à honestidade funcional, institucional ou remuneratória que deve presidir a execução da competência atribuída pela lei ao órgão que apresenta.

26. A concretização da matriz ético-jurídica guarnecida pelo artigo 37, parágrafo 4º da Constituição da República, impõe que a conduta ímproba, a ser identificada e subsumida ao artigo 9º, *caput* da Lei Federal n.º 8.429/92, esteja vinculada à atividade funcional do agente público, a configurar a comprovação de um elemento circunstancial.

27. O artigo 2º da Lei Federal n.º 8.429/92 amplia a disciplina do sistema de responsabilidade aos indivíduos que não se incluam no conceito de agentes públicos, embora atuem nas pessoas jurídicas de direito privado que recebam do Estado auxílio, subvenção econômica, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício ou que tenham em seu capital participação pública minoritária. Tais conceitos, interpretados restritivamente à luz do direito financeiro, permitem afastar da incidência da lei os dirigentes de pessoas jurídicas de direito privado contratados da Administração Pública quando remunerados a título de contraprestação.

28. A configuração do enriquecimento ilícito por aumento desproporcional à remuneração prescinde da demonstração da vontade de praticar atos de corrupção em contraprestação a subornos recebidos, já que tais atos não compõem o plano prescritor do artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92.

29. A estrutura da tipificação do enriquecimento ilícito por patrimônio incompatível com a remuneração do agente público suscita intensos debates acerca da sua violação à presunção de inocência, haja vista que o ilícito se volta à consequência de uma pressuposta conduta, não necessariamente conhecida, que tenha dado azo ao incremento patrimonial à margem legal.

30. O equilíbrio entre a repressão à improbidade administrativa e a presunção de inocência é dimensionado de forma diversa entre os países, sobretudo a partir das premissas políticas e culturais enraizadas nos sistemas jurídicos correspondentes.

31. A exteriorização de evolução patrimonial incompatível com a remuneração percebida e declarada anualmente pelo agente público é causa suficiente para adoção de procedimentos investigativos destinados a averiguar a existência de justa causa do acréscimo patrimonial, sobretudo quando inexistir dever de exclusividade incidente em sua relação funcional. Tal sintoma é insuficiente, por si só, para o preenchimento da tipicidade material. Não é compatível com o Direito Administrativo Sancionador carrear a imputação a partir da presunção genérica de existência de ato ilícito precedente ou mesmo a inversão do ônus da prova.

32. Os elementos objetivos do tipo, consistentes na conduta de adquirir patrimônio desproporcional à remuneração, devem ser interpretados extensivamente para alcançar o conceito jurídico de universalidade de direito, detida direta ou indiretamente pelo agente público. Portanto, aos atos de aquisição de bens, incluem-se na tipificação a fruição serviços ou utilidades materiais pecuniariamente aferíveis em seu favor, sob pena de proteção deficiente do bem jurídico.

33. O elemento normativo do tipo, relacionado à desproporcionalidade do patrimônio em relação à remuneração auferida, deve corresponder à variação do valor patrimonial disponível ou ao quociente de movimentação financeira, avaliados por meio de uma investigação das movimentações financeiras individuais e gerais, confrontados com eventuais sinais exteriores de riqueza, inexistindo um padrão pecuniário objetivo e absoluto a partir do qual fique caracterizada a infração.

34. O elemento subjetivo do artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92 consiste na intenção de movimentar recursos incompatíveis com a remuneração experimentada pelo agente público para satisfação de interesses pessoais, prescindindo a identificação do ato que tenha gerado o excedente ilegítimo.

35. Propõe-se a avaliação da existência do elemento circunstancial implícito ao artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92, como garantia da hígidez da projeção da proteção do bem jurídico sobre a conduta analisada.

36. Destarte, exige-se a comprovação de que o enriquecimento ilícito seja derivado do exercício funcional do agente público, como forma de conexão à função sistêmica e individualizadora do bem jurídico da probidade administrativa. Para tanto, em razão da dispensa de identificação do ato funcional, por decorrência lógica, resta prescindível

avaliar se o agente detinha competência para a prática ou omissão quanto ao ato mercantilizado.

37. Tal viés interpretativo também corresponderia a uma visão historicamente compatível à antítese ao previsto no Decreto-lei n.º 359/1968 forjado no período militar, em postura mais garantista aos direitos fundamentais do acusado e que se encontram em linha com as modificações aspiradas pelo Projeto de Lei n.º 10.887/2018, que visa a alterar a Lei Federal n.º 8.429/92.

38. Em razão da necessidade de fundamentação da imputação no sistema acusatório, do princípio da presunção da inocência e da vedação à produção de prova contra si, caberá à Administração Pública demonstrar o nexo causal entre o acúmulo desproporcional da universalidade de direito à remuneração e ao exercício da função pública pelo agente público. Será desnecessário individualizar o ato que gerou o acréscimo, muito menos analisar a sua qualificação jurídica, caso venha a ser revelado no curso das investigações, haja vista que a conduta objeto da imputação consiste no dolo de empregar riqueza obtida de modo ilegítimo através do exercício da função, o que poderá ser apurado a partir de prova indireta.

39. A declaração de bens prevista no artigo 13 da Lei Federal n.º 8.429/92 assume papel fundamental para subsidiar a imputação do enriquecimento ilícito por acréscimo patrimonial incompatível com os rendimentos do agente público, já que nela deverão ser apuradas as receitas auferidas e nela lançadas pelo agente público, permitindo acompanhar sua evolução patrimonial.

40. As convenções internacionais de Mérida e da Organização dos Estados Americanos contra a Corrupção alçaram a declaração de bens de agentes públicos como instrumento indispensável à prevenção da corrupção.

41. As recomendações dos Organismos Internacionais quanto ao conteúdo das declarações objetivam viabilizar a máxima transparência para o controle social do patrimônio dos agentes públicos e de eventuais situações que permitam identificá-los em situação de conflito de interesses. As propostas avançam sobre a forma de apresentação e mecanismos de controle, com destaque à necessidade de independência técnica e capacitação do órgão verificador, que deverá ser assistido por uma rede de colaboração interinstitucional.

42. Conquanto o agente público, em razão da natureza de sua atividade, tenha o nível de privacidade individual atenuado, o conteúdo de determinadas informações e o

acesso irrestrito das informações pessoais ao público pode violar o direito fundamental à privacidade e à intimidade.

43. É constitucional e legal o processo administrativo de apuração denominado Sindicância Patrimonial, não punitivo, sigiloso a terceiros e com contraditório diferido, viabilizando a reunião de elementos probatórios destinados tanto à verificação da veracidade do conteúdo da declaração de bens apresentada pelo agente público, como para subsidiar a postulação de eventuais medidas sancionatórias e cautelares que se mostrarem necessárias. Tal finalidade instrumental também poderá ser exercida no bojo do Inquérito Civil pelo Ministério Público, enquanto órgão legitimado ao ajuizamento da ação de improbidade administrativa.

44. No curso da Sindicância Patrimonial ou do Inquérito Civil deve haver o compartilhamento de informações financeiras, patrimoniais e fiscais de agentes públicos aos órgãos de inteligência financeira sempre que houver fundadas suspeitas da existência de evolução patrimonial significativa e desproporcional com as receitas constantes na declaração anual de bens anualmente fornecida, resguarda a quebra de sigilo bancário precedida de autorização judicial.

45. O agente público averiguado não pode se opor o direito à vedação à produção de prova contra si, a privacidade ou sigilo de dados fora das hipóteses sujeitas à reserva jurisdicional à Administração Pública, sempre que houver fundada justificativa na requisição. Somam-se, como requisitos para a validade da requisição, a indicação da indispensabilidade do elemento de prova para verificação da evolução patrimonial e proporcionalidade no objeto da requisição. Por outro lado, à míngua de autorização legal, informações relacionadas aos gastos do agente público, do cônjuge, filhos ou outros dependentes podem não ser fornecidas pelo averiguado, com fundamento no princípio da privacidade e no direito a não autoincriminação.

46. A Ação de Improbidade Administrativa tem natureza civil, integrada no microsistema processual de tutela coletiva da Ação Civil Pública. São legitimados ativos o Ministério Público e a pessoa jurídica lesada, no que se incluem as entidades previstas no parágrafo único, artigo 1º da Lei Federal n.º 8.429/92. Admite-se como pedido, além das sanções e o ressarcimento de danos previstos no artigo 12 da Lei Federal n.º 8.429/92, a desconstituição do ato eventualmente praticado pelo agente público eivado de improbidade. A ação deve conter elementos probatórios suficientes para identificar a justa causa para o seu ajuizamento, o que poderá ser avaliado por

ocasião do juízo prévio, sucedido da notificação a que alude o artigo 17 da Lei Federal n.º 8.429/92.

47. O prazo prescricional do artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92, submetido à regra do artigo 23 da mesma lei, admitiria ter sua contagem iniciada a partir do exercício seguinte à entrega da declaração anual de bens a que alude o artigo 13 da Lei Federal n.º 8.429/92, quando for informado o bem capaz de demonstrar a incompatibilidade patrimonial, em razão da aplicação do princípio da *actio nata*.

48. Não se aplica a hipótese de interrupção do prazo prescricional correspondente à data em que o fato se tornou conhecido pela Administração Pública, prevista no parágrafo 3º do artigo 142 da Lei Federal 8.112/90, sob pena da criação de dupla causa de interrupção do prazo prescricional, com vilipêndio à regra geral prevista no artigo 202, *caput* do Código Civil.

49. O prazo prescricional resultante da aplicação do artigo 109 do Código Penal para as hipóteses de atos de improbidade, que configurem crime na lei penal, não pode resultar numa redução do prazo geral de 5 (cinco) anos fixado pela própria Lei Federal n.º 8.429/92, sob pena violação da autonomia do sistema de responsabilidade erigido pela Lei.

50. As sanções do artigo 12 da Lei Federal n.º 8.429/92 estão dispostas em três blocos que variam em função da natureza do ato de improbidade, dispostos em grau de gravidade e lesividade aos valores subjacentes à tutela da improbidade administrativa, cabendo ao juiz efetuar a dosimetria da pena, levando em conta o princípio da culpabilidade sobre a gravidade da conduta, a extensão do dano causado e o proveito econômico obtido pelo requerido.

51. Quando houver a participação de pessoa jurídica ou de entes despersonalizados, sobretudo nas hipóteses em que haja o enriquecimento patrimonial indireto a responsabilidade pelo ato lesivo será objetiva, apurada com fundamento no artigo 3º da Lei Federal n.º 12.846/13, com as sanções cominadas nos artigos 6º e 19º da mesma lei, havendo uma bifurcação entre os regimes de responsabilidade, uma vez que a tipificação da conduta praticada pelo agente público permanecerá submetida ao regime da responsabilidade subjetiva, próprio do artigo 9º da Lei Federal n.º 8.429/92.

52. A responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas no bojo do Direito Administrativo Sancionador Anticorrupção adapta a incidência do princípio da culpabilidade à natureza jurídica desses sujeitos ficcionais, tendo ressonância no artigo

26 da Convenção de Mérida, consolidando os deveres de evitar o fato ilícito e de cuidado objetivo para tanto.

53. Apesar da conduta relacionada ao enriquecimento ilícito não ter sido contemplada como ato lesivo à Administração Pública, sua incidência é justificada por força da regra de extensão no *caput* do artigo 5º da Lei Federal n.º 12.846/13, uma vez que o enriquecimento ilícito por aumento patrimonial desproporcional à remuneração de agente público é conduta que o Brasil se comprometeu a prevenir e punir, nos termos das Convenções das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos contra a corrupção, absorvidos em nosso sistema jurídico pelo artigo 9º, inciso VII da Lei Federal n.º 8.429/92.

54. Portanto, a imputação autônoma da pessoa jurídica pelo enriquecimento ilícito dependeria da constatação da existência de acervo patrimonial incompatível com as atividades da pessoa jurídica, desde que, evidentemente, haja algum contexto que demonstre que os benefícios ou interesses por ela auferidos em suas atividades sejam extensíveis a agentes públicos.

55. A perda de bens e valores é sanção de natureza real, cujo conteúdo é certo, determinado ou determinável, sempre aplicada aos atos que causem enriquecimento ilícito, limitando a margem de discricionariedade judicial para sua incidência nestas hipóteses. Recaindo sobre o patrimônio do sujeito passivo e tendo natureza ressarcitória, admite-se a transmissão dos efeitos da sanção aos sucessores do apenado, não havendo que se falar em violação ao princípio da alteridade. Todavia, em razão da falta de previsão legal explícita, não há solidariedade decorrente da condenação à pena aludida.

56. O ressarcimento de danos, apesar de previsto no artigo 12 da Lei Federal n.º 8.429/92, é forma de indenização, derivada da prática de danos causados a outrem, tendo fonte normativa explícita o artigo 37, parágrafo 4º da Constituição da República, destinada à reposição do *status quo ante*. Por não ter natureza de sanção, admite-se a solidariedade entre o sujeito ativo da conduta e eventuais terceiros que se beneficiaram da conduta, por força da atração da regra geral do artigo 927 e 942 do Código Civil.

57. Os danos objeto de ressarcimento na indenização podem ser materiais ou morais, sendo imprescritíveis quando a pessoa lesada for integrante da Administração Pública. Se for lesada pessoa jurídica integrante do parágrafo único do artigo 1º da Lei Federal n.º 8.429/92, deverá haver a integralidade do ressarcimento de danos, não importando na sua quantificação a proporção em que a Administração Pública contribua financeiramente para a pessoa jurídica lesada.

58. A perda da função pública é modalidade autônoma de sanção que extingue o vínculo jurídico do agente público perante a Administração Pública, cuja eficácia depende do trânsito em julgado da sentença condenatória. A sanção não se confunde com o afastamento provisório do agente público, enquanto dotado de natureza cautelar, com a finalidade de contribuir para a adequada instrução processual.

59. A multa civil é penalidade de natureza pecuniária e pessoal, embora não personalíssima, por atingir o patrimônio do agente ímprobo, não sendo sucedâneo do ressarcimento de danos. Sendo sanção não personalíssima, admite-se a transmissibilidade aos sucessores do condenado, vedada a solidariedade por falta de amparo legal.

60. As espécies sancionatórias, quando aplicadas às pessoas jurídicas, conjunta ou isoladamente à pessoa física responsável pelo ato, devem ser adaptadas à Lei Federal n.º 12.846/13, integrante do sistema de responsabilidade por improbidade administrativa, pelo critério da especialidade. Com isso, as penas de multa e perdimento de bens às pessoas jurídicas devem corresponder às cominadas pela Lei Federal n.º 12.846/13, que se somam a outras sanções a elas exclusivamente aplicáveis, como é o caso daquelas previstas nos artigos 6º, inciso II e 12, inciso II a IV da mesma lei.

61. O sistema de responsabilidade por improbidade administrativa é autônomo em relação ao sistema de responsabilidade penal, o que viabiliza a incidência concorrente sobre determinadas condutas que possam configurar atos de improbidade administrativa e crimes.

62. O bem jurídico tutelado pelos crimes contra a Administração Pública é a normalidade funcional, a probidade, a moralidade, a eficácia e a incolumidade, enquanto, na improbidade administrativa, a objetividade jurídica busca tutelar a honestidade funcional do exercício da competência pública.

63. Não há uma identidade ou correlação exata entre condutas tipificadas como improbidade e crimes funcionais contra a Administração em geral, admitindo-se, no Direito Penal, crimes praticados por agentes públicos fora do exercício funcional, como a concussão, que não seria objeto de tutela da improbidade administrativa. A recíproca também é válida, como se observa da ausência da criminalização da figura do enriquecimento ilícito.

64. Apesar de não se afastarem divergências interpretativas, o Código Penal vigente não criminaliza o enriquecimento ilícito do agente público quando a vantagem ilícita for obtida posteriormente à prática do ato ou quando não houver competência funcional

autorizadora da conduta praticada, circunstâncias tipificadas nos artigos 9º *caput* e incisos I e VII da Lei Federal n.º 8.429/92.

65. Diante do exposto reconhecimento do artigo 12, *caput* da Lei Federal n.º 8.429/92, por meio da ressalva extraída da expressão “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica”, frisa-se a independência das esferas penal e administrativa entre si, razão pela qual não caracteriza *bis in idem* a cumulação de punições no bojo da ação criminal e da ação civil pública por improbidade administrativa. Ressalvam-se, contudo, os efeitos da sentença penal transitada em julgado sobre negativa do fato ou de autoria, cuja decisão absolutória será imposta no juízo cível, obstando qualquer discussão a respeito, por determinação do artigo 935 do Código Civil.

66. O Projeto de Lei n.º 4.850/2016, fruto da iniciativa popular patrocinada pelas “Dez Medidas contra a Corrupção” formuladas pelo Ministério Público Federal prevê a criminalização do enriquecimento ilícito, considerando-o prova indireta comum à prática de corrupção e crimes conexos. A penalização da conduta ressuscita as discussões em torno da violação ou não da presunção de inocência e da subsidiariedade e fragmentariedade da tutela penal, sobretudo diante das medidas de prevenção e repressão já existentes no âmbito do sistema de responsabilidade por improbidade administrativa, colocando em xeque a proporcionalidade da proposta para repressão criminal do ilícito.

67. O confisco alargado, introduzido pela Lei Federal n.º 13.964/2019 como artigo 91-A do Código Penal, tem fonte, objetivo e resultados semelhantes ao enriquecimento ilícito por patrimônio desproporcional capitulado como improbidade administrativa. As figuras, porém, são distintas seja em razão de seu âmbito de atuação sistêmica, da taxatividade de condutas precedentes, da necessidade de requerimento exposto pelo autor da ação penal, da identificação e destinação do produto do perdimento e do período em que foram adquiridos.

68. O confisco alargado pode reforçar a visão da desproporcionalidade da criminalização do enriquecimento ilícito no que tange a sua aplicabilidade aos crimes contra a Administração Pública, sobretudo se relacionados ao peculato, à corrupção passiva e a concussão, ou mesmo lavagem de capitais ou organização criminosas decorrentes dessas condutas, pois admitiria que o próprio sistema de responsabilidade penal fosse capaz de acomodar a perda de bens e valores acrescida ilicitamente de modo

economicamente mais eficiente, embora ocasione efeitos processuais indesejáveis à esfera de atuação penal.

69. O sistema de responsabilidade administrativa disciplinar dos agentes públicos, alicerçado a partir do princípio da hierarquia, pode projetar suas sanções às condutas privadas praticadas por agente público, como é o caso daquelas que arranhem a dignidade da função pública. Eventual enriquecimento do agente público proveniente de condutas particulares e que não defluam de sua condição de agente público, sejam elas lícitas ou ilícitas, poderão estar sujeitas à responsabilidade administrativa disciplinar quando infringirem deveres e proibições do estatuto jurídico funcional (artigos 116 e 117 da Lei Federal n.º 8.112/1990), sujeitando-o às penas previstas no artigo 127 da Lei Federal n.º 8.112/1990.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES. Emerson. GARCIA. Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ALVES. Rodrigo Fernando Machado. Desafios do Combate a Corrupção pela Identificação do Enriquecimento Ilícito dos Agentes Públicos Federais no Brasil. Combate a Corrupção na Administração Pública - Diálogos Interinstitucionais. *Publicações da Escola da AGU*. Volume 12, n. 02, Brasília, maio/ago. 2020. p. 173-190. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU>. Acesso em: 17 nov. 20.
- ANDRADE. Adriano. ANDRADE. Landolfo. MASSON. Cleber. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ANYFANTIS. Spiridom Nicofotis. MOTTA. Fabrício. Comentário ao Art. 5. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 81-112.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública no Brasil: a experiência brasileira. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil, n. 1. p. 17-26, mar./ago. 2002, p. 10 *Apud* SILVEIRA, Raquel Dias da. *Profissionalização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- BADARÓ. Gustavo Henrique Righi Ivahy. O crime de enriquecimento ilícito no projeto de código penal, em face da presunção de inocência. *Tribuna Virtual IBCCRIM*. Ano 1. jan./fev. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5320949/mod_resource/content/2/Badaro_-_O_crime_de_enriquecimento_ilici.pdf. Acesso em: 31. Out. 2020.
- BARCELLOS. Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BERGER. Tammar. MATHIAS. Marianne. MORALES. Michelle. MUZILA. Lindy. *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*. Washington, DC: World Bank, 2012. p. 49. Disponível em: <http://documents1.worldbank.org/curated/en/958781468339641204/pdf/On-the-take-criminalizing-illicit-enrichment-to-fight-corruption.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.
- _____. ROSSI, Ivana M., POP. Laura. *Getting the Full Picture on Public Officials: A How-To Guide for Effective Financial Disclosure*. Stolen Asset Recovery (StAR) Series. Washington DC: World Bank, 2017. Disponível em: <https://star.worldbank.org/sites/star/files/getting-the-full-picture-on-public-officials-how-to-guide.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2020.
- BERNARDI, Ovidio. Ação de enriquecimento ilícito e ação popular. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 68, p. 412-418, mai. 1962. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/23096>. Acesso em: 01 Mai. 2020.
- BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- _____. *Tratado de direito penal: Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeito*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BONELLI, Francisco Sérgio Oto Souza. Convenções internacionais contra a corrupção e a Lei de Improbidade Administrativa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 16, p. 9-40, jan./abr. 2017. p. 22.
- BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. MENDES. Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 07 out. 2020.

_____. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm. Acesso em: 22 fev. 2020.

_____. Lei Federal n.º 8.429, de 2 de Junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, 1992.

_____. Lei Federal n.º 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad e estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Brasília, 2006.

_____. Lei Federal n.º 12.813 de 16 de maio de 2013. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2013/L12813.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão. Roteiro de Atuação: persecução patrimonial e administração de bens. Brasília, MPF, 2017.

_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n.º 1.446, de 16 de agosto de 1991. Estabelece o procedimento para suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, emprego ou função da administração pública direta, indireta ou fundacional e da outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=192235>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n.º 4.850, de 29 de março de 2016. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Disponível em: [\[www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604\]](https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604). Acesso em: 30 out. 2020.

_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n.º 10.887, de 17 de outubro de 2018. Altera a Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>. Acesso em: 06 out. 2020.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º 1745410/SP, Brasília, 2 out. 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201700073714&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 06 out. 2020.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. Adi nº 2182. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 12 mai. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614087>. Acesso em: 06. Mai. 2020.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pet 3240. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 10 mai. 2018. Disponível em:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22Pet%203240%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 9 nov. 2020.

_____. TESOURO NACIONAL. Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público. 8ª Edição. 2018. p. 87. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/manual-de-contabilidade-aplicada-ao-setor-publico-mcasp/2019/26>. Acesso em: 25 nov. 2020.

BULOS, Uadi Lammego. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAETANO, Marcello. Princípios fundamentais do direito administrativo. Coimbra: Almedina, 2003. p. 288 *Apud* SILVEIRA, Raquel Dias da. *Profissionalização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CAMBRIDGE DICIONÁRIO DE INGLÊS PARA NEGÓCIOS. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/asset>. Acesso em: 15 jun. 2020.

CAMMAROSANO, Márcio. Princípio constitucional da moralidade administrativa. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/65/edicao-1/principio-constitucional-da-moralidade-administrativa,-o>. Acesso em 07. Jun. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2019.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. O acesso à informação e a divulgação de salários e proventos de empregados e servidores públicos. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 48, jun. 2012. Disponível em: https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao049/Gustavo_Chehab.html. Acesso em: 11 out. 2020.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Justitia*, São Paulo, v. 51, n. 145, p. 34-54, jan./mar. 1989. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25672>>. Acesso em: 3 nov. 2009.

DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no Pós – Positivismo – Teoria e Casos Práticos*. São Paulo: Madras, 2004.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2016.

FAZZIO JUNIOR, Waldo; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 213-218, out. 2001. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47241>. Acesso em: 03 Mar. 2020.

FERREIRA, Daniel. Infrações e sanções administrativas. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/107/edicao-1/infracoes-e-sancoes-administrativas>. Acesso em: 01. Set. 2020.

_____. Vinte Anos de reflexões acerca das sanções e das infrações administrativas: revolvendo alguns temas polêmicos, complexos e atuais. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Direito Administrativo Sancionador: estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antonio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 87-100.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Enriquecimento ilícito dos servidores públicos no exercício da função*. Bauru: EDIPRO, 1994.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. São Paulo: Malheiros, 2010

FINANCIAL ACTION TASK FORCE – FATF-OCDE. International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation. Paris, France, 2019. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>.

Acesso em: 10 Out. 2020.

_____. The use of the FATF Recommendations to combat corruption. Paris, France, 2013. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/BPP-Use-of-FATF-Recs-Corruption.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GARCIA, Flávio Amaral. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Principiologia No Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, p. 9-28, out./dez. 2013.

GODINHO, Thiago José Zanini. Contribuições do Direito Internacional ao Combate à Corrupção. *Revista Faculdade de Direito UFMG*. Belo Horizonte, n. 58, p. 347-386, jan./jun. 2011.

https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Roberto_Santos.html Acesso em: 29 dez. 2019.

GRECO, Luís e GUIMARÃES, Adriano Teixeira Aproximação a uma Teoria da Corrupção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 134, p. 159 – 188.

GUARAGNI, Fábio André. SILVA JUNIOR, Luis Otávio Sales da. A (i)legitimidade do delito de enriquecimento ilícito sob as perspectivas de crime de suspeita e de crime de estado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, vol. 145. p. 459 - 486. Jul. 2018.

KNACK, Diego. *Um tribunal de exceção na ditadura: as investigações do sistema CGI e o combate à corrupção (1968-1978)*. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Rio de Janeiro. Programa de Pós-Graduação em História Social, Instituto de História. Rio de Janeiro. Orientador: Carlos Fico, 2019.

LANE, Renata. *Acordos no Domínio da Improbidade Administrativa*. Orientador: José Roberto Pimenta Oliveira. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2020.

LESSA, Sebastião José. Enriquecimento ilícito do agente público: meios de apuração: sindicância patrimonial. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 11, n. 124, p. 924, jun. 2011.

LUZ, Yuri Corrêa da. O combate à corrupção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 89, p. 429 – 470.

MAIRAL, Hector A. *As raízes legais da corrupção: ou como o direito público fomenta a corrupção ao invés de combatê-la*. São Paulo: Contracorrente, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Sanções por ato de improbidade administrativa. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/29/edicao-1/sancoes-por-ato-de-improbidade-administrativa>. Acesso em 10. Set. 2020.

MATTOS NETO, Antônio José. Responsabilidade Civil por Improbidade Administrativa. RT. V. 752. Jun. 1998, *Apud* MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Ilegalidade de presumirem-se depósitos bancários como enriquecimento ilícito do agente público para fins de improbidade administrativa. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 97-140, abr./jun. 2006.

_____. Inconstitucionalidade da sindicância patrimonial. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 23, n. 5557, 18 set. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68470>. Acesso em: 13 set. 2020.

_____. *O limite da improbidade administrativa: comentários a Lei nº 8429/92*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 215.

_____. *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 537.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte especial (arts. 213 a 359-H)*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MAURO, Paolo. Corruption and Growth, The Quarterly Journal of Economics, Volume 110, Issue 3, August 1995, P. 681–712. *Apud* OLIVEIRA, Juliana Magalhães Ferreira *et al.* *Combate à Corrupção: uma análise de Impacto Legislativo das propostas do Ministério Público*. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal, Agosto/2016 (Texto para Discussão nº 205). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 07 Mar. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 468. *Apud* OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O conflito de interesses como ato de improbidade administrativa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 79-141, set./dez. 2014.

MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez. 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. Combate à corrupção: breves comentários à lei de improbidade administrativa. In: ZILVETTI, Fernando Aurélio; LOPES, Silvia. *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. A necessidade de ajuizamento ou de prosseguimento de ação civil de improbidade administrativa para fins de ressarcimento ao Erário, mesmo nos casos de

prescrição das demais sanções previstas na Lei 8.429/1992. In: MARQUES. Mauro Campbell *et. al.* *Improbidade Administrativa. Temas atuais e polêmicos.* Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 19-38.

_____. *Ministério Público e o combate à corrupção – breves Comentários à lei de improbidade administrativa.* Disponível em: https://www.mpro.mp.br/documents/29174/119287/Artigo_O_MP_e_o_combate_a_corrupcao_Breves_comentarios_a_Lei_de_Improb_Adm.pdf/883b416e-3664-4d1f-8379-04071a00d988;jsessionid=5951D85D1C193B272EB669F4203CE750.node01. Acesso em 12. set. 2020.

MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NEVES. Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA. Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual.* Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Improbidade administrativa: alguns aspectos controvertidos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 61-92, jan. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45126/45037>. Acesso em: 03 Ago. 2020.

NOVELINO. Marcelo. *Curso de Direito Constitucional.* Salvador: JusPodivm, 2015.

NUCCI. Guilherme de Souza. *Curso de direito parte especial: arts. 213 a 361 do código penal.* Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. *Curso de Direito processual penal.* Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVA. Milena Donato. O *Trust* e o Direito Brasileiro. Patrimônio Separado e Titularidade Fiduciária. *Revista Semestral de Direito Empresarial – RSDE.* Jan. – Jun. v. 6, 2010. p. 149-177.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentário ao Art. 2. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei anticorrupção comentada.* Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. Desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção, na atuação cível do Ministério Público Federal, nos 30 anos da Constituição Federal. In: HIROSE. Regina Yamani. *Carreiras típicas de Estado: desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção.* Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 181-198.

_____. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional.* Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. O conflito de interesses como ato de improbidade administrativa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 79-141, set./dez. 2014.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Interesse Público – IP*: Belo Horizonte. ano 22. n. 120, mar./abr. 2020. p. 83-126.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Income and Asset Declarations: Tools and Trade-offs.* Banco Mundial. Washington DC, 2009. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/StAR/StAR_Publication_-_Income_and_Asset_Declarations.pdf. Acesso em 31 out. 2020.

_____. *Mechanism for the Review of Implementation of the United Nations Convention against Corruption. First year of the first cycle.* Vienna, 2010. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/country->

profile/countryprofile.html#?CountryProfileDetails=%2Funodc%2Fcorruption%2Fcoun-try-profile%2Fprofiles%2Fbra.html. Acesso em: 02 nov. 2020.

_____. *Objetivo 16. Paz, Justiça e Instituições Eficazes*. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods16/>. Acesso em: 26 fev. 2020.

_____. *Resolutions adopted by the Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption*. 2017. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session7/V1800228e.pdf#page=7>. Acesso em: 26 fev. 2020.

_____. *State Of Implementation Of The United Nations Convention Against Corruption. Criminalization, Law Enforcement And International Cooperation*. Viena, 2017. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session7/V.17-04679_E-book.pdf. Acesso em: 31 out. 2020.

_____. *United Nations Convention Against Corruption*. Nova Iorque, 2014. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf. Acesso em: 15 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Documento Explicativo Del Proyecto De Ley Modelo Sobre Declaración De Intereses, Ingresos, Activos Y Pasivos De Quienes Desempeñan Funciones Públicas*. Washington D.C. 2013. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/ley_explicativo.pdf. Acesso em: 1 nov. 2020

_____. *Inter-American Convention Against Corruption*. Washington D.C., 1996. Disponível em: http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption.asp. Acesso em: 15 jun. 2020.

_____. *Relatório Final emitido pela comissão de peritos do mecanismo de acompanhamento da implementação da convenção interamericana contra a corrupção*, 2012. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic4_bra_por.pdf. Acesso em: 30 out. 2020.

_____. *Relatório Final emitido pela comissão de peritos do mecanismo de acompanhamento da implementação da convenção interamericana contra a corrupção*, 2018. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_bra_rep_por.pdf. Acesso em: 30 mar. 2020.

OSÓRIO. Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018.

_____. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018.

PAIVA JÚNIOR. Wallace Paiva. Comentário ao Art. 30. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PINTO. Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1946. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947. v. III Apud ALVES. Emerson. GARCIA. Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Comentários à Constituição de 1967: com emenda n. 01 de 1969. (arts. 153, § 2.º-159)*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1974. Apud ROSSETO. Patrícia Carraro. O combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira. In: PRADO, Regis Prado; DOTTI, René Ariel. *Doutrinas essenciais: direito penal econômico e de empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 04, p. 915-980. p. 14.

- PORTELA. Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. Salvador: Juspodvim, 2016.
- PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 377/2015. Processo n.º 658/2015. Lisboa, 12 ago. 2015. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/69992910>. Acesso em: 26. Out. 2020.
- PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- RACCA, Gabriella M; YUKINS, Christopher R. *Steps for integrity in public contracts*. Bruxelles: Bruylant, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2570726. Acesso em: 6 jul. 2019.
- RAMOS, André de Carvalho. O combate internacional à corrupção e a lei da improbidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et al. (Orgs.). *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 1-34.
- REPUBLICA POPULAR DA CHINA. Court of Appeal. Attorney General v. Hui Kin Hong. CACC52/1995. Hong Kong, 1995. Disponível em: https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/search/search_result_detail_frame.jsp?DIS=5125&QS=%2B&TP=JU. Acesso em 31. Out. 2020.
- ROSE Cecily, KUBICIEL Michael, LANDWEHR Oliver. *The United Nations Against Corruption. A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- ROSE-ACKERMAN. Susan. PLIFKA. Bonnie J. *Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform*. New York: Cambridge University Press, 2016.
- ROSSETO. Patrícia Carraro. O combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira. In: PRADO, Regis Prado; DOTTI, René Ariel. *Doutrinas essenciais: direito penal econômico e de empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 04, p. 915-980.
- SANTOS, Roberto Lima. Direito fundamental à probidade administrativa e as convenções internacionais de combate à corrupção. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em:
- SCHREIBER. Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. Editora Saraiva, 2018.
- SILVEIRA, Raquel Dias da. *Profissionalização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- STICKNEY. Clyde P. et. al. *Financial Accounting: an introduction to concepts, methods and uses*. Mason: Cengage, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso ("übermassverbot") à proibição de proteção deficiente ("untermassverbot") ou como não há blindagem contra normas inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, n. 97, 2005 *Apud* SANTIN. Valter Foletto. SOUZA. Renee Ó. PIEDADE. Antonio Sergio Cordeiro. Aplicação das penas da Lei de Improbidade Administrativa à luz do princípio da proteção deficiente: a integridade na proteção da improbidade administrativa. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*. ano 6. V. 12. Jul-Dez, 2017. p 88-112.
- TÁCITO, Caio. Teoria e prática do desvio de poder. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 117, p. 1-18, nov. 1974. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/40110>. Acesso em: 07 Jun. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v117.1974.40110>.
- TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Índice de Percepção da Corrupção*. 2020. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/67:indice-de-percepcao-da-corrupcao-2019?stream=1>. Acesso em 13. set. 2020

VIANNA. Marcelo Pontes. XAVIER. Vítor César Silva. Acesso à informação de procedimentos administrativos investigativos em curso instaurados por empresas estatais: a excepcionalidade na restrição de acesso ao legítimo interessado. Revista da CGU. Volume 9. N.º 14. Jan/Jun. 2017. p. 576-600.

VIEIRA. Roberto D'Oliveira. *Confisco Alargado de Bens*. Salvador: Juspodvim, 2019.

VORONOFF. Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ZOCKUN. Maurício. Comentário ao Art. 1. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 21-45.