

O enriquecimento ilícito do agente público – A Comissão de Reforma do Código Penal – Os crimes contra a Administração Pública – O desvio de recursos públicos – Breves anotações

Sebastião José Lessa

Palavras-chave: Enriquecimento ilícito. Agente público. Reforma do Código Penal. Improbidade.

Sumário: **1** Considerações preliminares – **2** A proposta do enriquecimento ilícito como tipo penal – **3** Improbidade administrativa – Meios de contenção – **4** O enriquecimento ilícito presumido – Lei nº 8.429/92, art. 9º, VII – **5** A relevância da desproporção na evolução patrimonial – **6** Conclusão – Referências

1 Considerações preliminares

Buscando a natural e constante atualização das nossas leis penais, foi instituída pelo Senado Federal a Comissão de Juristas para a Elaboração de Anteprojeto de Código Penal, criada pelo Requerimento nº 756, de 2011, do Senador Pedro Taques, aditado pelo de nº 1.034, de 2011, do Senador José Sarney, com aprovação plenária em 10.08.2011.

É muito importante, para todos, a feliz iniciativa de rever, atualizar e consolidar o Código Penal, dado que, como é cediço, a lei é estática, mas o fato é dinâmico, tanto assim é verdade, que já se disse que a vida é uma perene renovação.

Logo, torna-se necessário atuar o persistente aperfeiçoamento das leis, incluindo por isso aquelas que regem a prevenção e repressão penal.

Segundo o Relator da Comissão o trabalho foi guiado visando:

Um Código Penal moderno, de aplicação, discriminizador e desencarcerador, respeitador dos direitos fundamentais, mas atento à impostergáveis necessidades de proteção social de bens jurídicos; este é o desenho almejado. Um texto menos orientado para sutis minúcias filosóficas, e mais para as questões práticas trazidas pela vibrante e plúrima sociedade em que se converteu nosso grande país é onde queremos chegar.¹

A Comissão de Juristas criada pelo Senado Federal estava assim constituída: Ministro Gilson Dipp, do STJ (Presidente); Procurador Regional da República da 3ª Região/SP, Dr. Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (Relator); demais membros: Ministra Maria Thereza de Assim Moura (STJ); Antônio Nabor Areias Bulhões (Advogado); Emanuel Messias Oliveira Cacho (Advogado); Gamil Foppel El Hireche (Advogado); José Muiños Piñeiro Filho (Desembargador/RJ); Juliana Garcia Belloque (Defensora Pública); Luiza Nagib Eluf (Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo); Instituto de Pesquisa e Cultura – Conselheiro da Anhanguera Educacional – Luiz Flávio Gomes (Professor); Marcelo André de Azevedo – Promotor de Justiça/GO – Ministério Público, Procuradoria de Recursos Constitucionais; Marco Antônio Marques da Silva – Desembargador do TJSP; Marcelo Leal Lima Oliveira (Advogado); Marcelo Leonardo (Advogado); René Ariel Dotti (Advogado e Professor); Tício Lins e Silva (Advogado); Tiago Ivo Odon (Consultor do Senado).

A Audiência Pública do dia 23 de março de 2012 contou com expressivos segmentos do Estado e da sociedade. Estiveram presentes os representantes, inclusive das entidades de classe, do Ministério Público, Magistratura, Polícias Federal, Estadual e do Distrito Federal, Procuradorias dos Estados, Defensoria Pública, Controladoria-Geral da União, Secretaria da Receita Federal, Comissão de Valores Mobiliários, Advocacia-Geral da União, Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), Banco Central do Brasil, Ordem dos Advogados do Brasil, Transparência Brasil, IBCrim, entre outros.

Nessa audiência foram estabelecidos os destaques que nortearam os trabalhos da Comissão de Reforma, ficando constatado a justificada preocupação com a modernidade, ainda que as nossas leis substantivas e adjetivas passem por aperfeiçoamentos constantes.

Concluído o trabalho da Comissão, o anteprojeto foi entregue, em 27.06.2012, ao presidente do Senado José Sarney, que alertou: "É uma matéria complexa, com temas controvertidos. Vamos fazer audiências públicas e ouvir a sociedade uma vez mais".

Já o presidente da Comissão, na oportunidade, salientou que "a Comissão ofereceu a Congresso Nacional um anteprojeto moderno, compatível com as necessidades dos dias atuais e ainda voltado para o futuro".²

Deveras, nas audiências, ficou patente a preocupação geral, a par da matéria penal, também com o *número excessivo de recursos processuais*, o que, na prática, fragiliza a efetiva concretização dos julgados, atingidos constantemente pelo instituto da *prescrição* e gerando o danoso clima de *impunidade*.

Em arremate, nunca é demais lembrar a lição dos juristas, quando afirmam que o *crime* gera efeitos deletérios, mas a *impunidade* produz consequências danosas ainda maiores.

1.1 As raízes da corrupção

É bastante desolador, deveras, o que a história registra em torno da *corrupção*, já no período *colonial*, salvo as exceções enumeradas pelo autor Caio Prado Júnior.

Na parte que cuidou da Administração, escreveu Caio Prado Júnior, com arrimo na robusta pesquisa devidamente documentada:

Se no terreno da eficiência é este o retrato da administração colonial, não é ele mais avantajado no da moralidade. De alto a baixo da escala administrativa, com raras exceções, é a mais grosseira imoralidade e corrupção que domina desbragadamente. Poder-se-ia repetir aqui, sem nenhuma injustiça, o conceito do Soldado *prático*: "Na Índia não há coisa sã: tudo está podre e afistulado, e muito perto de herpes".

E mais:

Aliás o próprio sistema vigente de negociar os cargos públicos abria naturalmente portas largas à corrupção. Eles eram obtidos e vendidos como a mais vulgar mercadoria. Mas isto ainda é o de menos, porque estava nos métodos aceitos e reconhecidos. O que fazia Vieira, já século e meio antes, conjugar no Brasil o verbo "*rapio*" (no sermão do Bom Ladrão) em todos os modos, tempos e

pessoas, era esta geral e universal prática, que já passara para a essência da administração colonial, do peculato, do suborno e de todas as demais formas de corrupção administrativa.³

Por aí se vê, lamentavelmente, que essa prática ilícita provém de tempos e costumes imemoriais.

Mas, nada disso poderá arrefecer o diuturno combate no campo da corrupção.

2 A proposta do enriquecimento ilícito como tipo penal

Com efeito, pertinente consignar, de início, os *acordos e tratados internacionais* firmados pelo Brasil, onde está escrito:

Convenção Interamericana contra a Corrupção (Promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 07.10.2002)

Art. IX. Enriquecimento ilícito. Sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, os Estados Partes que ainda não o tenham feito adotarão as medidas necessárias para *tipificar como delito* em sua legislação 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 justificar razoavelmente*. (grifos nossos)

E ainda:

Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31.01.2006)

Art. 20. *Enriquecimento ilícito*. Com sujeição a sua Constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte 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*, ou seja, o *incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativo aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele*. (grifos nossos)

Atinente dizer que o c. Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480, assinalou que tratados, acordos ou convenções internacionais, após promulgados por decreto presidencial, "situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias" (STF. ADI nº 1.480-MC/DF, Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. Julg. 04.09.1997. DJ, 18 maio 2001).⁴

Com tal intuito, foi sugerida, inclusive, pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (ADPF), pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL Brasil), e pelo Sindicato dos Delegados de Polícia Federal/DF (SINDEPOL/DF), a inclusão no Código Penal, na parte que trata dos *Crimes contra a Administração Pública*, de um tipo tomando como orientação a norma que censura a improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92, art. 9º, *caput*, e inciso VII), na modalidade do *enriquecimento ilícito*, inclusive *presumido, verbis*:

VII - *Adquirir*, para si ou para outrem, no exercício de *mandato, cargo, emprego ou função pública*, bens de qualquer natureza cujo valor seja *desproporcional* à evolução do patrimônio ou à renda do agente público. (grifos nossos)

Com esse salutar propósito, e repelindo o *enriquecimento ilícito*, a Comissão de Reforma do Código Penal, no anteprojeto apresentado, redigiu assim o *tipo* do art. 277:

Enriquecimento ilícito

Art. 277. *Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público em razão de seu cargo ou por outro meio lícito.*

Pena – Prisão, de um a cinco anos, além da perda dos bens, se o fato não constituir elemento de outro crime mais grave.

Parágrafo único. *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.* (grifos nossos)

E a Comissão de Reforma do Código Penal justificou a iniciativa da inclusão do tipo mencionado:

Enriquecimento ilícito. Objeto de tratados internacionais firmados pelo Brasil, a *criminalização do enriquecimento ilícito* mostra-se como instrumento adequado para a *proteção da lisura da administração pública* e o *patrimônio social*. Não cabe ignorar que o *amealhamento de patrimônio incompatível* com as rendas lícitas obtidas por servidor público, é indício de que houve a prática de antecedente crime contra a administração pública. Notadamente a corrupção e o peculato mostram-se caminhos prováveis para este *enriquecimento sem causa*. A riqueza sem causa aparente mostra-se, portanto, *indício que permitirá a instauração de procedimentos formais de investigação*, destinados a verificar se não houve aquisição patrimonial lícita. *Não há inversão do ônus da prova, incumbindo à acusação a demonstração processual da incompatibilidade dos bens com os vencimentos, haveres, recebimentos ou negociações lícitas do servidor público.* Não se pode olvidar que o servidor público transita num ambiente no qual a transparência deve reinar, distinto do que ocorre no mundo dos privados, que não percebem recursos da sociedade. Daí obrigações como a entrega da declaração de bens a exame pelo controle interno institucional e pelo Tribunal de Contas. *O crime de enriquecimento ilícito, especificamente diante da corrupção administrativa, na qual corruptor e corrupto guardam interesse recíproco no sigilo dos fatos, sinaliza política criminal hábil, buscando consequências e não primórdios* (a exemplo da receptação e da lavagem de dinheiro). *É criminalização secundária, perfeitamente admitida em nosso direito. Vocaciona-se para dificultar a imensa e nefasta tradição de corrupção administrativa que, de acordo com índices de percepção social, nunca se deteve.*⁵ (grifos nossos)

2.1 A singularidade na redação do tipo penal

Buscando demonstrar a *singularidade* da conduta típica do *enriquecimento ilícito*, de modo a não oferecer confronto com os outros tipos, como a *corrupção passiva* e o *peculato*, dentre outros, o ensinamento da Controladoria-Geral da União (CGU), no minucioso trabalho em parceria com a Escola de Administração Fazendária (ESAF):

Ainda na mesma linha de valer-se da interpretação sistemática de todo o ordenamento, associada ao contexto histórico (inclusive das Convenções internacionais mencionadas), para demonstrar cada vez mais robusto o entendimento favorável à presunção legal relativa e à desnecessidade de comprovar o vínculo entre o enriquecimento ilícito e o ato associado ao cargo, traz-se à tona o fato de que a Presidência da República apresentou ao Congresso Nacional o *Projeto de Lei nº 5.586/2005*, propondo a inserção do art. 317-A ao CP, definindo como *crime de enriquecimento*

*ilícito o fato de o servidor "possuir, manter ou adquirir, para si ou para outrem, bens ou valores de qualquer natureza incompatíveis com sua renda ou com a evolução de seu patrimônio". Novamente se questiona o que se teria buscado inovar no ordenamento com tal tipificação criminal proposta, se fosse necessário comprovar sua associação com atos do exercício do cargo, à vista de crimes contra a administração pública já existentes, tais como peculato, corrupção passiva, concussão, advocacia administrativa, dentre outros.*⁶ (grifos nossos)

E, de resto, é bom trazer à memória, a iniciativa de incluir o *enriquecimento ilícito* no Código Penal, por meio do mencionado *Projeto de Lei nº 5.586/2005*.

O referido *Projeto de Lei nº 5.586/2005* acrescenta o art. 317-A ao Código Penal, e tipifica o "enriquecimento ilícito quando o funcionário público possuir bens ou valores, incompatíveis com sua renda, ou quando deles faça uso de tal modo que permita atribuir-lhe a propriedade".

O Projeto de Lei nº 5.586/2005, diga-se de passagem, foi *apensado* ao Projeto de Lei nº 5.363/2005, que introduz o art. 312-A e altera o art. 327 do Código Penal, "incluindo o tipo penal do enriquecimento ilícito".

Em julho de 2012, a tramitação desses Projetos de Lei (nº 5.586/2005 e nº 5.363/2005) registra que estão *sujeitos à apreciação do Plenário*.

2.2 O perfazimento do tipo penal independentemente de vinculação com o ato de ofício

Neste ponto, por pertinente, pede-se vênia para destacar que o *tipo penal* modelado no art. 277 do anteprojeto apresentado ao Senado Federal que reprime o *enriquecimento ilícito*, deveras, tem objetivo bem definido e não colide e nem é repetitivo diante das figuras delituosas da *corrupção* e do *peculato*, dentre outros crimes contra a Administração.

É que, sem olvidar os *direitos fundamentais* assegurados no art. 5º, incisos LIV, LV e LVI, da Constituição Federal, o *tipo penal* do *enriquecimento ilícito*, como proposto, se perfaz com a "demonstração processual da incompatibilidade dos bens com os vencimentos, haveres, recebimentos ou negociações lícitas do servidor público".⁷

Já o *tipo penal* que configura a *corrupção passiva*, como é cediço, reclama necessariamente o *ato de ofício* respectivo, como atesta a jurisprudência:

Ato de ofício – *Para a configuração da corrupção passiva* deve ser apontado *ato de ofício do funcionário*, configurador da transação ou comércio com o cargo então por ele exercido. (STF. AP nº 307/DF, 2ª Turma. Rel. Min. Ilmar Galvão. Julg. 13.12.1994. DJ, 13 out. 1995)⁸

Fernando Capez, discorrendo sobre o *objeto jurídico* do crime de *corrupção passiva*, anota que:

Procura-se com o dispositivo penal impedir que os funcionários públicos passem, no *desempenho de sua função*, a receber vantagens indevidas para *praticar* ou *deixar de praticar atos de ofício*.⁹ (grifos nossos)

Então, repita-se, o tipo penal da *corrupção passiva* (art. 317, CP) exige, para sua configuração, o

ato de ofício do funcionário, o que não ocorre com o pretendido tipo penal do *enriquecimento ilícito*.

2.3 Direito de defesa

De real valia observar o conteúdo do inciso LV do art. 5º da Carta Política, que elenca os *direitos fundamentais*:

LV - Aos *litigantes*, em processo judicial ou administrativo, e aos *acusados em geral* são assegurados o *contraditório* e *ampla defesa*, com os *meios* e *recursos* a ela inerentes. (grifos nossos)

Nesse contexto o c. Superior Tribunal de Justiça, julgando questão debatida em face de “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 justificar razoavelmente”, reconheceu o *direito de defesa*:

Administrativo. Mandado de Segurança. Servidor público. Abertura da sindicância. Direito-dever da Administração. Movimentação financeira superior a patrimônio e renda declarados. Indícios de irregularidade. Justa causa. Ordem denegada.

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

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

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

4. Segurança denegada. (STJ. MS nº 10.442/DF, 3ª Seção. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Julg. 24.08.2005. *DJ*, 26 set. 2005, grifos nossos)

A propósito, o art. 143 da Lei nº 8.112/90, citado no acórdão aqui colacionado, está assim redigido:

Art. 143. A *autoridade* que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua *apuração* imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, *assegurada ao acusado ampla defesa*. (grifos nossos)

Em tais condições, é bom redizer, ao investigado deverá ser dado o direito de defesa garantido no inciso LV do art. 5º da Carta Política.¹⁰

No mesmo rumo, a jurisprudência registra — *tendo como referência o art. 5º, inciso LV, da Carta Política* —, que “a possibilidade de rebater acusações, alegações, argumentos, interpretações de fatos, interpretações jurídicas, para evitar sanções ou prejuízos, *não pode ser restrita*” (STJ. MS nº 6.478/DF, 3ª Seção. Rel. Min. Jorge Scartezini. Julg. 26.04.2000. *DJ*, 29 maio 2000, grifos nossos).¹¹

Portanto, não há como negar o *amplo direito de defesa*.

3 Improbidade administrativa – Meios de contenção

Fixado no §4º do art. 37 da Carta Política, está dito que:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (grifos nossos)

Trata-se de expressivo mecanismo legal de *prevenção e repressão* ao nefasto *desvio de recursos públicos*, especialmente pelo despertado cuidado na lida pela efetiva *recuperação dos bens e valores* objetos do alcance criminoso, e que foi concretamente reforçado com o advento das Leis nº 8.429/92 (improbidade administrativa), nº 8.730/93 (declaração de bens e rendas), e LC nº 135/2010 (casos de inelegibilidade).

3.1 Lavagem de dinheiro

Nesse auspicioso panorama, abre-se espaço para anunciar a recente Lei nº 12.683/12, que “altera a Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998, para *tornar mais eficiente* a persecução penal dos crimes de *lavagem de dinheiro*” (grifos nossos).

Segundo a Lei nº 12.683/12, entre outras novidades, será possível enquadrar todas as hipóteses que apontar:

- recursos de origem oculta ou ilícita (art. 1º, *caput*);
- atenuar, deixar de aplicar ou substituir a pena do autor, coautor ou partícipe diante da colaboração espontânea (art. 1º, §5º);
- maior alcance das medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores (art. 4º e parágrafos);
- aplicar multa pecuniária até R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais) (art. 12, II, “c”);
- acesso por parte das autoridades policiais e do Ministério Público, exclusivamente aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito (art. 17-B);
- afastamento de servidor público (art. 17-D).

A bem dizer, a referida lei, ferramenta de trabalho extremamente influente tanto na investigação criminal como na instrução processual penal, intenta *tornar mais eficiente* a prevenção e repressão aos crimes de *lavagem de dinheiro*, ou seja, “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal” (Lei nº 9.613/98, art. 1º, *caput*; alterado pela Lei nº

12.683/12).

Igualmente de real valia, para a prevenção e repressão do crime, quando for o caso, a Lei nº 9.034/95, que “dispõe sobre a utilização de *meios operacionais* para prevenção e repressão de ações praticadas por *organizações criminosas*”.

Percebe-se, com a nova Lei nº 12.683/12, nítida preocupação, notadamente com a *moralidade* e com o *patrimônio público*.

A propósito, durante o julgamento plenário no c. Supremo Tribunal Federal do RE nº 593.727/MG, da relatoria do Min. Cezar Peluso, interrompido com o pedido de vista do Min. Luiz Fux, em 27.06.2012, o Exmo. Sr. Procurador-Geral da República sustentou:

[...] pesquisa realizada pela *Fundação Getúlio Vargas (FGV)* e pela *Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp)* segundo a qual os *desvios de recursos públicos no Brasil podem chegar a R\$85 bilhões de reais por ano*. De acordo com essa pesquisa, *entre 2002 e 2008, houve desvios de cerca de R\$40 bilhões em contratos do governo* e o custo médio anual da corrupção no país estaria em torno de 1,38% a 2,3% do PIB (Produto Interno Bruto), ou seja, entre *R\$50 bilhões e R\$84,5 bilhões*. (grifos nossos)

Releva anotar aqui, que os *bens, direitos* ou *valores* provenientes da infração penal, em regra, trafegam pela trilha da *lavagem*, ou seja, a prática sofisticada da *conversão em ativos lícitos*, métodos combatidos pelos instrumentos de contenção dispostos, notadamente, nas Leis nº 9.613/98 e nº 12.683/12.

Por aí se constata, verdadeiramente, a significativa contribuição que certamente trará para o ordenamento jurídico, a inclusão do *enriquecimento ilícito*, no elenco dos *Crimes contra a Administração Pública*, e tudo com observância dos *direitos fundamentais* (art. 5º, incisos LIV, LV e LVI, CF).

4 O enriquecimento ilícito presumido – Lei nº 8.429/92, art. 9º, VII

Com efeito, o *enriquecimento ilícito presumido* está modelado no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429/92:

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

O mencionado inciso traz o intitulado e debatido *enriquecimento ilícito presumido*, ou, na lição de José Armando da Costa, “norma presuntiva de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito”.¹²

Bem a tempo a lição de Marcelo Figueiredo:

Normalmente, os agentes públicos ímprobos utilizam-se de técnicas e *operações* bem mais *sofisticadas para não deixar vestígios de seus atos*. Costumam realizar operações financeiras no exterior, iniciam operações com empresas “fantasmas” etc. Contudo, existem inúmeros casos tais

como os previstos na norma em exame. (grifos nossos)

E continua:

Existe na lei uma *presunção de enriquecimento ilícito*, situação muito similar às hipóteses previstas na legislação do imposto de renda, alusivas aos “*sinais exteriores de riqueza*”.¹³ (grifos nossos)

Hely Lopes Meirelles, no exame do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429/92, assevera:

[...] merece destaque, dado seu notável alcance pois inverte o ônus da prova, sempre difícil para o autor da ação em casos como o descrito pela norma. Nessa hipótese, quando *desproporcional*, o *enriquecimento é presumido como ilícito, cabendo ao agente público a prova de que ele foi lícito, apontando a origem dos recursos necessários à aquisição*.¹⁴ (grifos nossos)

De igual modo, focando o citado inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429/92, a doutrina de Fábio Medina Osório:

Com a devida vênia, o legislador (leia-se: vontade objetivada na lei) previu *figura autônoma e independente* que caracteriza improbidade administrativa no art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/92, evitando que o agente público possa manchar a imagem do Estado perante a sociedade, ostentando, com ares de impunidade, *riqueza material incompatível com seus vencimentos e bens*. Emerge, assim, presentes os requisitos do art. 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429/92, uma espécie autônoma de improbidade: o enriquecimento sem causa aparente do agente público, o qual deveria, desde a posse, justificar seu patrimônio e rendimentos, atualizando-os, por declaração, anualmente. [...]

A questão, saliento, parece terminológica: *não se deve falar em inversão de ônus de prova. Mas cabe ao autor provar*, tão somente, a desproporção entre os rendimentos e a riqueza material do agente público, de tal sorte que essa desproporção — quando devidamente comprovada — acarreta incidência do tipo do enriquecimento ilícito, porque, de fato, é ilícito tal espécie de enriquecimento no curso do exercício de função pública, dada a exigência de transparência do sistema, que controla, rigorosamente, declarações de bens e rendimentos dos agentes públicos.¹⁵ (grifos nossos)

E ainda, em outra obra, diz Fábio Medina Osório:

[...] o art. 9º, *caput*, da Lei nº 8.429/92 abrange conceito jurídico *indeterminado* e é *cláusula geral* que alcança as hipóteses não contempladas nos incisos do mesmo dispositivo legal, tanto que a redação desses últimos guarda *autonomia* em relação à base.

O art. 9º, em seus múltiplos incisos, cria figuras de improbidade administrativa autônomas, podendo ampliar ou restringir os requisitos de responsabilização, dependendo dos suportes descritivos, que são *independentes* e, por si sós, *autoaplicáveis*.¹⁶ (grifos nossos)

Mauro Roberto Gomes de Mattos pondera quando se cogita da *inversão do ônus da prova*:

A doutrina é dividida, entendendo a primeira corrente, a qual me filio, que Administração Pública deverá provar que a elevação desproporcional do patrimônio do agente público derivou do exercício irregular ou abusivo da função exercida.¹⁷ (grifos nossos)

E diz mais, que a *inversão do ônus da prova* só ocorre em nosso direito positivo em situações

especialíssimas de relevante interesse público ou de proteção a hipossuficientes, como, *v.g.*: Código do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e Lei de Proteção ao Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81). E cita jurisprudência: TJMG. Ap. Cível nº 1.0137.03.900294-4/001, 1ª CC. DJ, 04 jun. 2004; TJMG, Ap. Cível nº 1.0433.04903-7/001, 5ª CC. DJ, 13 mar. 2004.¹⁸

Enfim, a doutrina de Wallace Paiva Martins Júnior:

A grande vantagem do art. 9º, VII, é que ele é norma *residual* para a punição do enriquecimento ilícito no exercício de função pública. De fato, *se não se prova a prática ou a abstenção de qualquer ato de ofício do agente público que enriqueceu ilicitamente, satisfaz o ideário da repressão à moralidade administrativa provar que seu patrimônio tem origem inidônea, incompatível, desproporcional.*¹⁹ (grifos nossos)

4.1 Mecanismos de prevenção e repressão

Avulta destacar, como mecanismo preventivo/preditivo/repressivo, os dispositivos da Lei nº 8.429/92:

Art. 13. A *posse* e o *exercício* de agente público ficam condicionados à *apresentação de declaração dos bens e valores* que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente. [...]

§3º Será *punido com a pena de demissão*, a bem do serviço público, 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*. (grifos nossos)

Como bem adverte José Armando da Costa:

O *descumprimento* dessa obrigação de declarar os bens, ou de prestá-la com *falsidade*, constitui *transgressão disciplinar* punível com pena de *demissão* (art. 13, §3º da Lei nº 8.429/92).²⁰ (grifos nossos).

E com o mesmo propósito, preventivo e repressivo, a Lei nº 8.730/93, que “estabelece a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e dá outras providências”.

4.2 Presunção relativa (*juris tantum*)

Com efeito, quando se cogita do *enriquecimento ilícito*, modelado no inciso VII, do art. 9º, da Lei nº 8.429/92, a *presunção* de ilicitude é *relativa (juris tantum)*, daí a necessidade de restar demonstrado a evolução patrimonial anômala ou carente de justificativa legítima.

Por outro viés, não há como ignorar o *direito de defesa* cravado no art. 5º, inciso LV, da Carta Política, que, aos acusados em geral, reconhece como *direito fundamental*, o *contraditório*, a *ampla defesa* e os *meios e recursos* a ela inerentes.

Apropriado, no ponto, o entendimento:

Bastando à administração a comprovação da desproporcionalidade do bem adquirido em relação à renda, exsurge a *presunção legal relativa (juris tantum)* de ato de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, *cabendo ao servidor, no curso do devido processo legal, sob rito contraditório, comprovar outra origem do bem a descoberto, dissociada do exercício do cargo, a fim de afastar a presunção e, por conseguinte, o enquadramento administrativo*. Em outras palavras, se, por um lado, não se exige da administração a comprovação de que o patrimônio a descoberto decorreu de ato associado ao cargo, por outro lado, não se cogita de presunção absoluta (*jure et de jure*) do ato de improbidade, aceitando-se justificativa por parte do servidor, comprovando outra origem para o enriquecimento, dissociada do cargo.²¹ (grifos nossos)

Por fim, necessário gizar, que aos agentes públicos na investigação de cunho patrimonial, são assegurados os *direitos fundamentais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, e da inadmissibilidade do uso no processo das provas obtidas por meios ilícitos*, elencados no art. 5º, incisos LIV, LV e LVI, da Carta Política.²²

5 A relevância da desproporção na evolução patrimonial

A questão que implica definir os limites toleráveis da *desproporção* quando se cogita da *evolução patrimonial anômala* do agente público nessa qualidade, é tarefa extremamente delicada, *verbis*:

Refletindo o posicionamento da Advocacia-Geral da União, por fim, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional assim passou a se posicionar, no Parecer-PGFN/CDI nº 1.986/2006:

“22. Conclui-se o seguinte: – tratando-se de uma *incompatibilidade significativa* entre a renda auferida e o patrimônio do servidor, caso este não comprove a aquisição lícita, fica aperfeiçoada a infração disciplinar de ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 132, inciso IV, da Lei nº 8.112, de 1990, combinado com o art. 9º, inciso VII, da Lei Federal nº 8.429, de 1992; – tratando-se, diferentemente, de uma *incompatibilidade irrelevante*, menor, indicativa de mera desorganização fiscal do servidor, ou de outra circunstância que elida a desonestidade própria dos atos de improbidade, resolve-se a questão, para fins disciplinares da Lei nº 8.112, de 1990, na *atipicidade material da conduta*”.²³ (grifos nossos)

Pelo que se vê, a questão da *relevância da desproporção quando se cogita da evolução patrimonial*, é incumbência que desafia, a mais não poder, a sensibilidade do intérprete.

O tema foi ventilado por ocasião de julgamento no c. Superior Tribunal de Justiça, que se referiu ao *significativo numerário*:

6. A conduta do servidor tida por ímproba não precisa estar, necessária e diretamente, vinculada com o exercício do cargo público. Com efeito, mesmo quando a conduta é perpetrada fora das atividades funcionais, se ela evidenciar incompatibilidade com o exercício das funções do cargo, por malferir princípios basilares da Administração Pública, é sim passível de punição na esfera administrativa, inclusive com a pena máxima de demissão, mormente como no caso em apreço em que o servidor, Auditor Fiscal da Receita Federal, apresenta *enriquecimento ilícito*, por acumular bens *desproporcionais à evolução do patrimônio e da renda* — fato esse, aliás, que também está em apuração na esfera penal —, remetendo *significativo numerário* para conta em banco na Suíça, sem

a correspondente declaração de imposto de renda. Inteligência do art. 132, inciso IV, da Lei n.º 8.112/90, c.c. o art. 11 da Lei n.º 8.429/92.

7. Segurança denegada. Agravo regimental prejudicado. (STJ. MS nº 12.536/DF, 3ª Seção. Rel. Min. Laurita Vaz. Julg. 28.05.2008. *DJe*, 26 set. 2008, grifos nossos)

Apropriado registrar o significativo esforço da Controladoria-Geral da União, no sentido de buscar uma razoável fixação desse quadro extremamente ambíguo:

Mas, por outro lado, não menos importante é a ressalva acerca da necessária *relevância da desproporção*. O presente ilícito, de improbidade administrativa, como já aduzido anteriormente, além de requerer o *dolo* do servidor para sua configuração, também clama pela aplicação de *princípios* caros à sede disciplinar, como *razoabilidade* e *proporcionalidade*. Percebe-se que, *à falta de uma delimitação legal para a desproporção, a análise deve ser individualizada, caso a caso, à vista das respectivas peculiaridades*. Não devem ser confundidas como atos de enriquecimento ilícito pequenas incoerências entre renda e bens, oriundas de meras incorreções em declarações de natureza fiscal, limitadas à relação fiscocontribuinte, conforme asseverou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no já mencionado Parecer-PGFN/CDI nº 1.986/2006. Às *desproporções menores*, ainda que formalmente enquadráveis mas que não possuem lesividade suficiente para afrontar o bem jurídico tutelado (que é da preservação da probidade administrativa), pode ser aplicado o conceito de *ausência de ilicitude material*, já exposto em 4.6.3.3.²⁴ (grifos nossos)

Dessarte, repita-se, a questão da *relevância da desproporção quando se cogita da evolução patrimonial*, é tarefa a desafiar a sensibilidade do intérprete, dado que “à falta de uma delimitação legal para a desproporção, a análise deve ser individualizada, caso a caso, à vista das respectivas peculiaridades”, como emerge do transcrito pronunciamento da Controladoria-Geral da União.

6 Conclusão

Diante do exposto, e levando-se em consideração:

a) O *compromisso* adotado por meio de *acordos e tratados internacionais* firmados pelo Brasil, no sentido de *implementar* medidas legislativas que *sejam necessárias para coibir o enriquecimento ilícito* do agente público, nessa qualidade, ou seja, “o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativo aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele” (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – Promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31.01.2006).²⁵

E mais:

[...] os Estados Partes que ainda não o tenham feito adotarão as medidas necessárias para *tipificar como delito* em sua legislação 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 justificar razoavelmente*. (Art. IX da Convenção Interamericana contra a Corrupção – Promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 07.10.2002)

b) Que os expressivos “desvios de recursos públicos no Brasil podem chegar a R\$85 bilhões de reais por ano”, segundo pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e pela Federação

das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp), tudo como registrado pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, no Plenário do c. Supremo Tribunal Federal, por ocasião dos debates no RE nº 593.727/MG, interrompido pelo pedido de vista do Min. Luiz Fux, em 27.06.2012.

c) Que o *tipo penal* modelado no art. 277, do anteprojeto apresentado ao Senado Federal, que reprime o *enriquecimento ilícito*, deveras, tem objetivo expressamente bem definido e não colide e nem é repetitivo diante das figuras delituosas da *corrupção* e do *peculato*, dentre outros crimes contra a Administração, como demonstrado neste trabalho (seção 2.2).

É que, o tipo penal se perfaz com a “demonstração processual da incompatibilidade dos bens com os vencimentos, haveres, recebimentos ou negociações lícitas do servidor público”.²⁶

Logo, aquele tipo proposto pelo anteprojeto de lei, em verdade, não reclama para sua configuração, necessariamente, a demonstração do *ato de ofício* correspondente.

d) Que, na apuração do *enriquecimento ilícito*, torna-se necessário demonstrar a *relevância da desproporção* na evolução patrimonial do imputado, como já exposto na seção 5 deste trabalho.

e) Que na hipótese de *apuração* da evolução patrimonial do imputado, resta sustentar que a *interpretação* do art. 5º, inc. LV, da Carta Política, que garante o *contraditório* e a *ampla defesa*, com os *meios e recursos* a ela inerentes, implica afirmar “que a possibilidade de rebater acusações, alegações, argumentos, interpretações de fatos, interpretações jurídicas, para evitar sanções ou prejuízos, não pode ser restrita” (STJ. MS nº 6.478/DF, 3ª Seção. Rel. Min. Jorge Scartezini. Julg. 26.04.2000. DJ, 29 maio 2000).

Por fim, necessário gizar, em torno do tipo penal proposto, que:

É criminalização secundária, perfeitamente admitida em nosso direito. Vocaciona-se para dificultar a imensa e nefasta tradição de corrupção administrativa que, de acordo com índices de percepção social, nunca se deteve.²⁷

Portanto, mostra-se legítima e de real valia, a nosso ver, a inclusão no Código Penal da figura típica do *enriquecimento ilícito*, como proposto pela Comissão de Reforma do Código Penal.

Brasília, 26 de julho de 2012.

Referências

BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU); Escola de Administração Fazendária (ESAF). *Treinamento em Processo Administrativo Disciplinar (PAD)*. [S.l.]: CGU; ESAF, 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.

COSTA, José Armando da. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Rumo ao novo Código Penal. *Consulex – Revista Jurídica*, v. 16, n. 363, p. 28-29, mar. 2012.

LESSA, Sebastião José. *Do processo administrativo disciplinar e da sindicância: doutrina, jurisprudência e prática*. 5. ed., 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LESSA, Sebastião José. *Improbidade administrativa: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Ilegalidade de presumir-se depósitos bancários como enriquecimento ilícito do agente público para fins de improbidade administrativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1031, 28 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8224>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei nº 8.429/92*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa: observações sobre a Lei 8.429/92*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

RELATÓRIO final e exposição de motivos do Anteprojeto do Código Penal. Brasília, 18 jun. 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

¹ GONÇALVES. Rumo ao novo Código Penal. *Consulex – Revista Jurídica*, p. 29.

² *Jornal do Senado*, Brasília, 27 jun. 2012.

³ PRADO JÚNIOR. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*, p. 356-357.

⁴ Cf. BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU); Escola de Administração Fazendária (ESAF). *Treinamento em Processo Administrativo Disciplinar (PAD)*, p. 510.

⁵ RELATÓRIO final e exposição de motivos do Anteprojeto do Código Penal, p. 372.

- 6 BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU); Escola de Administração Fazendária (ESAF). *Treinamento em Processo Administrativo Disciplinar (PAD)*, p. 511.
- 7 Cf. RELATÓRIO final e exposição de motivos do Anteprojeto do Código Penal, p. 372.
- 8 Cf. DELMANTO *et al.* *Código Penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*, p. 635.
- 9 CAPEZ. *Curso de direito penal*, v. 3, p. 433.
- 10 Cf. LESSA. *Improbidade administrativa: doutrina e jurisprudência*, p. 139-140.
- 11 Cf. LESSA. *Do processo administrativo disciplinar e da sindicância: doutrina, jurisprudência e prática*, p. 177-178.
- 12 COSTA. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*, p. 23.
- 13 FIGUEIREDO. *Proibidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*, p. 75-76.
- 14 MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, p. 511.
- 15 OSÓRIO. *Improbidade administrativa: observações sobre a Lei 8.429/92*, p. 188-189.
- 16 OSÓRIO. *Direito administrativo sancionador*, p. 509.
- 17 MATTOS. Ilegalidade de presumir-se depósitos bancários como enriquecimento ilícito do agente público para fins de improbidade administrativa. *Jus Navigandi*.
- 18 Cf. MATTOS. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei nº 8.429/92*.
- 19 Cf. MARTINS JÚNIOR. *Proibidade administrativa*, p. 195-198.
- 20 COSTA. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*, p. 113.
- 21 BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU); Escola de Administração Fazendária (ESAF). *Treinamento em Processo Administrativo Disciplinar (PAD)*, p. 507.
- 22 Cf. LESSA. *Improbidade administrativa: doutrina e jurisprudência*, p. 139-140.
- 23 BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU); Escola de Administração Fazendária (ESAF). *Treinamento em Processo Administrativo Disciplinar (PAD)*, p. 508.
- 24 BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU); Escola de Administração Fazendária (ESAF). *Treinamento em Processo Administrativo Disciplinar (PAD)*, p. 511.
- 25 Cf. BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU); Escola de Administração Fazendária (ESAF). *Treinamento em Processo Administrativo Disciplinar (PAD)*, p. 510.

26 Cf. RELATÓRIO final e exposição de motivos do Anteprojeto do Código Penal, p. 372.

Como citar este conteúdo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

LESSA, Sebastião José. O enriquecimento ilícito do agente público: a Comissão de Reforma do Código Penal: os crimes contra a Administração Pública: o desvio de recursos públicos: breves anotações. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 13, n. 150, ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=96581>>. Acesso em: 25 out. 2013.

Como citar este conteúdo na versão impressa:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

LESSA, Sebastião José. O enriquecimento ilícito do agente público: a Comissão de Reforma do Código Penal: os crimes contra a Administração Pública: o desvio de recursos públicos: breves anotações. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 13, n. 150, p. 50-58, ago. 2013.