# Enriquecimento ilícito de agentes públicos – Evolução patrimonial desproporcional à renda ou patrimônio – Lei Federal nº 8.429/92

WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR
Promotor de Justiça - SP

**SUMÁRIO: I – Introdução. II – Enriquecimento ilícito (generalidades). III – Evolução patrimonial desproporcional: a) direito anterior; b) processo legislativo; c) o art. 9º inc. VII. IV – Providências estruturais na investigação da improbabilidade: a) requisição de recursos humanos e materiais específicos; b) declaração de bens (controle da legitimidade do enriquecimento de agentes públicos).**

## I – Introdução

A Lei Federal nº 8.429/92 instituiu no direito brasileiro um autêntico código da moralidade administrativa sancionando gravemente os atos de improbidade administrativa, em atenção ao comando do art. 37 § 4º da Constituição Federal, para garantia da eficácia social dos princípios constitucionais da administração pública dispostos no art. 37 da Constituição Federal [1]. Discrimina três espécies de atos de improbidade administrativa: os que importam enriquecimento ilícito do agente, os que causam prejuízo ao erário e os que atentam contra os princípios da administração pública (arts. 9º a 11), descrevendo exemplicativamente cada uma dessas condutas, que são sancionadas neste âmbito jurisdicional-civil, e sem prejuízo das instâncias penal, administrativa e civil (esta, por exemplo, derivada de outro instituto, como a ação popular constitucional), com as sanções do art. 12[2].

A preocupação da lei, como se infere das sanções cominadas e das espécies de improbidade administrativa, é a preservação dos valores materiais e morais da administração pública, abrangendo as entidades referidas no seu art. 1º, censurando comporta-

(1) cf. "A Lei da Improbidade Administrativa", Caderno de Doutrina e Jurisprudência 35/27, APMP, 1996, de nossa autoria.
(2) As sanções previstas no art. 12 são reparatórias (ressarcimento do dano, perda de bens, pagamento de multa civil), desconstitutivas (perda da função pública) e restritivas de direitos ( proibição de contratar ou de receber benefícios e incentivos fiscais e creditícios suspensão dos direitos políticos)

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

mentos imorais, ilegais ou lesivos de agentes públicos (na ampla conceituação do art. 2º), partícipes e beneficiários (art. 3º). A lei contempla duas ações em seu bojo: a) a primeira para repressão da improbidade administrativa, visando a aplicação das sanções do art. 12, inclusive o ressarcimento do dano; b) a segunda para o ressarcimento do dano, quando não ocorra improbidade administrativa (art. 5º) [3]. Em virtude do sistema de interação [4] das vias de tutela de interesses metaindividuais, são admissíveis quaisquer provimentos, além dos típicos nela previstos, aptos a tornar eficaz e adequada [5] (arts. 21 da Lei Federal nº 7.347/85 e 83 da Lei Federal nº 8.078/90), como, por exemplo, a declaração de nulidade de ato administrativo (art. 25 inc. IV da Lei Federal nº 8.625/93), a prestação de atividade devida e a cessação de atividade nociva (art. 12 da Lei Federal nº 7.347/85).

Possuem legitimação ativa concorrente para promoção da ação civil pública com este escopo a pessoa jurídica lesada e o Ministério Público (art. 17). A primeira para fazer prevalecer o interesse público primário e o princípio da impessoalidade no trato dos assuntos que lhe são afetos, tem o dever de reprimir a improbidade. O segundo, em razão da missão constitucional confiada no art. 129 inc. III da Constituição Federal, que o estimula à promoção da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, bem como de qualquer outro interesse difuso e coletivo, mantendo-se a legitimação prevista anteriormente no art. 1º § 2º da Lei Federal, nº 3.164/57 [6]. O cidadão, legitimado que é para a ação popular inclusive na defesa da moralidade administrativa, conceito muito mais amplo no qual se contém a probidade administrativa, foi excluído, importando verdadeira involução no cotejo com o art. 5º § 2º da Lei Federal nº 3.502/58 (ação popular supletiva) com duvidosa constitucionalidade face ao art. 5º inc. LXXIII da Constituição Federal [7]. Desviando-se das modernas tendências de ampliação coletiva da legitimação ativa no trato de interesses supra-individuais, também as associações com representatividade adequada estão alijadas da legitimação ativa, muito embora possam aforar ação civil pública para a defesa da moralidade administrativa (arts. 1º inc. IV e 5º, Lei Federal nº 7.347/85).

O dano patrimonial efetivo é dispensável para caracterizar improbidade administrativa (art. 21 inc. I), porque a proteção é sobretudo a moral administrativa.

## II – Enriquecimento ilícito (generalidades)

O art. 9º, **caput**,[8] apresenta a primeira das três espécies ou modalidades de atos de improbidade administrativa sancionados pela Lei Federal nº 8.429/92. Nele, a punição dirige-se aos atos que importam enriquecimento ilícito, conceituado, ampla e genericamente, como o auferimento de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades descritas no art. 1º [9].

O enriquecimento ilícito distingue-se do enriquecimento sem causa, porque aquele é repugnado pelo direito por ter uma causa ilícita. A censura legal é endereçada àquele que se aproveita de uma função pública para angariar vantagem econômica a que não faz jus, por qualquer artifício que venha a empregar. Para os fins da Lei Federal nº 8.429/92 é indiferente que a vantagem econômica indevida, que constitui o fruto do enriquecimento ilícito, seja obtida por prestação positiva ou negativa [10], ou de forma direta ou indireta pelo agente, pois basta que ele venha a incorporar ao seu patrimônio bens, direitos, ou valores de maneira indevida [11], ou seja, a que o agente público não faz jus, aquela que é contrária à legalidade ou à moralidade administrativa [12].

Assim, caracteriza o enriquecimento ilícito qualquer ação ou omissão no exercício de função pública para angariar vantagem econômica, ou a potencialidade de satisfação de interesse privado, como também o simples fato de o agente público ostentar patrimônio incompatível com a evolução de seu patrimônio ou renda, sendo exigível, em ambos os casos, que a vantagem econômica indevida seja obtida (para o agente público ou terceiro beneficiário, por ele próprio ou por interposta pessoa) [13] em razão de seu vínculo com a Administração Pública, independentemente da causação de dano patrimonial a esta[14], porque o relevo significativo da repressão do enriquecimento ilícito tem em si considerada preponderância do valor moral da administração pública, sendo direcionado ao desvio ético do agente público.

O art. 9º (como os arts. 10 e 11) apresenta rol exemplificativo de atos de enriquecimento ilícito, revelado pela expressão constante da parte final do seu **caput** ("e notadamente"), mantendo a sistemática empregada pela Lei Federal nº 3.502/58 [15]. Contudo, diferencia-se do diploma legal revogado na medida em que este exigia, na caracterização do enriquecimento ilícito, que a vantagem econômica indevida fosse obtida em razão da prática ou abstenção de ato pelo agente público, enquanto a Lei Federal nº 8.429/92, no art. 9º, **caput**, conceitua caracterizar enriquecimento ilícito o auferimento de vantagem econômica indevida em razão do exercício de alguma função pública.

É bem verdade que alguns incisos deste mesmo art. 9º exigem a prática ou a abstenção de ato pelo agente público aliada à percepção de vantagem econômica indevida

(3) Cláudio Ari Mello destaca que "qualquer que seja a espécie de improbidade administrativa, o ressarcimento integral do dano será aplicável, seja o ato doloso ou culposo, e ainda que o ato do agente público não se enquadre em qualquer dos tipos de improbidade, havendo lesão patrimonial, por conduta dolosa ou culposa, dar-se-á o ressarcimento" ("Improbidade Administrativa. Considerações sobre a Lei nº 8.429/92", Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política 11/58, ed. RT).
(4) Cf. Rodolfo de Camargo Mancuso (Ação Popular, pág. 20, ed. RT, 1ª ed.).
(5) Cf. Nelson Nery Jr. (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado, págs. 661/663, ed. Forense Universitária, 4ª ed.).
(6) É salutar a observação de Francisco Bilac Moreira Pinto no sentido de que mesmo com o advento da Lei Federal nº 3.502/58, sendo o instituto ali previsto (ação civil para seqüestro e perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio de servidor público) modalidade de controle democrático da moralidade da administração pública, "bem andou o legislador em outorgar a titularidade ativa para a causa, tanto ao Ministério Público quanto a qualquer cidadão" (Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos, pág. 191, ed. Forense, 1ª ed., 1960). Anote-se que, com o advento do art. 129 inc. III da Constituição Federal eventual negação da legitimidade ativa do Ministério Público, prevista na Lei Federal nº 3.164/57, em face da Lei Federal nº 3.502/58, perdeu propósito (cf. "Alguns meios de investigação da improbidade administrativa", RT 727/329, de nossa autoria).
(7) Mesmo ao tempo da Lei Federal, 3.502/58, severas críticas foram endereçadas à denominada ação popular supletiva por Ovídio Bernardi ("Ação de enriquecimento ilícito e ação popular", RT 314/80).
(8) O art. 9º, **caput**, estabelece que "constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, e notadamente:"

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br



(9) São as entidades da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios, de sociedades incorporadas ao patrimônio público, criadas ou custeadas com bens ou receitas públicas anuais, além de entidades subvencionadas ou que recebam benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.
(10) O art. 7º da Lei Federal 3.502/58 inscrevia regra explícita de caracterização de enriquecimento ilícito por qualquer forma de prestação, exemplificando algumas de caráter negativo.
(11) "Indevida é a vantagem patrimonial não autorizada por lei", segundo Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa, e Waldo Fazzio Júnior (Improbidade Administrativa, pág. 56, ed. Atlas, 2ª ed.).
(12) Marcelo Figueiredo observa que a vantagem indevida abrange prestações positivas e negativas, ainda que despidas de valor econômico, constituindo um "interesse que afronte o padrão jurídico da probidade administrativa", em rol abrangente e exemplificativo (Probidade Administrativa, págs. 37/38, ed. RT, 1ª ed.).
(13) Segundo o art. 3º da Lei Federal nº 8.429/92 as sanções previstas são aplicáveis ao partícipe e ao beneficiário do ato de improbidade administrativa, mesmo não sendo agente público (definido no art. 2º de forma bem ampla e muito aproximada ao conceito de funcionário público do art. 327, Código Penal), como, por exemplo, parente ou pessoa de confiança que recebe apenas formalmente o proveito do ilícito, particular ou agente público que auxilia na obtenção de vantagem indevida pelo agente público competente pela omissão da prática de ato e recebe parte da vantagem indevida, etc. Ademais, permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente é ato de improbidade administrativa da espécie lesão ao erário, previsto no art. 10, inc. XII, da Lei Federal nº 8.429/92, bem como permitir o uso em obra ou serviço particular, de bens ou serviços públicos (art. 10, inc. XIII), isto é, quando o enriquecimento ilícito de particular ou agente público também cause lesão ao erário (como nas hipóteses do art. 9º, incs. II, III, IV, XI e XII), sujeitando-se às sanções do art. 12, inc. II.
(14) Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior anotam que somente em alguns dos incisos do art. 9º (III, IV, XI e XII) concorrerá dano patrimonial (Improbidade Administrativa, pág. 55, ed. Atlas, 1ª ed.).
(15) Francisco Bilac Moreira Pinto anotava que, sob a égide da Lei Federal 3.502/58, a enumeração dos casos de enriquecimento ilícito era meramente exemplificativa, mencionando formas típicas e atípicas, apenas para orientação do intérprete. Salientava corretamente que a censura legal tinha como alvo o desvio ético do agente, "pela circunstância de ter ele se beneficiado de enriquecimento ilícito em razão de ato seu que possa ter favorecido, direta ou indiretamente, aquele de quem houve a vantagem irregular" (Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos, págs. 137/154, ed. Forense, 1ª ed.).

para caracterizar o enriquecimento ilícito, mas assim agiu apenas com intuito ilustrativo e exemplificativo de hipóteses mais freqüentes de enriquecimento ilícito, ao lado das outras que dispensam esse nexo de causalidade, para nortear a aplicação da lei.

Decorrência dessa natureza exemplificativa do rol do art 9º é que hipóteses não previstas nos seus incisos constituem enriquecimento ilícito, desde que atendidas as linhas básicas de caracterização constantes do **caput** (percepção de vantagem econômica indevida em razão do exercício de função pública) Desta forma, hipóteses não previstas na lei, e que, no entanto, esboçam as características do enriquecimento ilícito, sujeitam o infrator às sanções da improbidade administrativa com base no art 9º, **caput**, sendo relevante notar que os crimes contra a administração pública, ou demais delitos em que o agente aufira vantagem econômica indevida, constituirão enriquecimento ilícito para os fins da Lei Federal nº 8 429/92, seja no art 9º, **caput**, seja nos seus incisos Se o agente público, direta ou indiretamente, não enriquece indevidamente, mas terceiro beneficiário, o ato de improbidade administrativa é da espécie lesão ao erário (art 10). Por sua vez, é indiferente que o agente público exija ou solicite a vantagem econômica indevida, caracterizando o enriquecimento ilícito pelo mero recebimento Salvo no caso do art. 9º, inc V, **in fine,** a aceitação de promessa de vantagem econômica indevida caracteriza outra espécie de improbidade, a do art 11 e seus incisos Por fim, irrelevante que a vantagem recebida se relacione a prática de ato lícito ou ilícito do agente A lei não faz essa distinção, sendo imoral o agente público receber vantagem econômica tanto para cumprir seu ofício quanto para agir contrariamente à lei Agindo contrário ou conforme a lei, não lhe é dado perceber vantagem indevida, havendo mesmo a possibilidade de dispensa da prática de algum ato ou omissão, bastando a mera potencialidade da satisfação de interesse privado (art. 9º, incs I e VIII)

Atribui-se, alhures, importância ao elemento anímico do agente, exigindo o dolo e extraditando a culpa no enriquecimento ilícito A aproximação exegética da Lei Federal nº 8 429/92 com a técnica interpretativa das leis penais, entretanto, principia de um grave pecado, pois não se trata de lei penal A lei da improbidade administrativa não discrimina tipos de enriquecimento ilícito como a lei penal tipifica crimes, e imaginar-se o contrário redundaria em graves inconvenientes na sua aplicação Muito mais adequado é interpretá-la como norma extrapenal de caráter punitivo que é, com a força dos princípios correlatos, e uma forte dose de influência da interpretação devotada às infrações político-administrativas, uma vez que a raiz de ambos os sistemas é oriunda da inidoneidade do agente público exercer função pública,[16] sem embargo de possuírem naturezas jurídicas diferenciadas E, afinal de contas, se é tão importante a pesquisa do elemento subjetivo, basta verificar que no enriquecimento ilícito o dolo é **in re ipsa,** emergente da própria conduta,[17] pois no próprio conceito de enriquecimento insere-se o elemento subjetivo da improbidade" [18]

A punição do enriquecimento ilícito é providência antiga no direito brasileiro, coerente com os princípios jurídicos e éticos que presidem a atividade administrativa e o exercício de função pública, que não toleram servir-se o agente público do seu cargo para obtenção de vantagens econômicas ilícitas, e que por essa razão enriquece-se, incorporando ao seu patrimônio bens, direitos ou valores que não adquiriria se não exercesse aquela função pública Combate-se o enriquecimento sem título lícito, que nunca terá a proteção jurídica – sequer do ato jurídico perfeito ou do direito adquirido – porque direitos não se adquirem contra a lei Pune-se o abuso ou a influência no exercício da função pública

(16) Vide a respeito a preciosa obra de Paulo Brossard (O Impeachment ed. Saraiva, 3ª ed ).
(17) Vide a respeito, "A Lei da Improbidade Administrativa" de nossa autoria (Caderno de Doutrina e Jurisprudência – Civil e Criminal 35/29, ed. APMP 1996) No mesmo sentido Luiz Fabião Guasque asseverando que decorre da inobservância de um dever jurídico criado pela Constituição (RT 712/359)
(18) Carlos Alberto Ortiz ("Improbidade Administrativa" Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral 28/15 ed IMPESP)

BDJur http://bdjur.stj.gov.br



com as sanções delineadas no art 12, inc I, da Lei Federal nº 8 429/92, sem prejuízo de outras aplicáveis (de natureza jurídica diversa), que são evidentemente mais severas porque o enriquecimento ilícito é a mais grave das espécies de improbidade administrativa, é a mais contundente forma de agressão à moralidade administrativa, e que, sem embargo, é o atentado assiduamente cometido contra a Administração Pública e a sociedade

O art 12, inc I, da Lei Federal nº 8 429/92 prevê a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o ressarcimento integral do dano (quando ocorrer esta circunstância), a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, o pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de dez anos, como sanções contra qualquer modalidade de enriquecimento ilícito aplicáveis ao agente público, partícipes e beneficiários (art 3º, Lei Federal 8 429/92) Observe-se que o acréscimo patrimonial poderá motivar o correlativo decreto judicial de indisponibilidade de bens (art 7º, parágrafo único, Lei Federal nº 8 429/92) para garantia de sua reversão em favor da pessoa jurídica prejudicada (art 18, Lei Federal nº 8 429/92), e que é absolutamente impossível alegar a irretroatividade da norma porque não se forma direito adquirido contra a lei

## III – Evolução patrimonial desproporcional

a) Direito anterior

O regime político instaurado em 1964 propalava, dentre outras finalidades, a "luta contra a corrupção", buscando os meios indispensáveis à obra de reconstrução moral da nação Editou-se o Ato Institucional 05, de 13 de dezembro de 1968, prevendo a cassação de mandatos e a suspensão de direitos políticos por prazo determinado (art 4º) A novidade foi, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, permitir o confisco de bens em decorrência de enriquecimento ilícito no exercício de cargo ou função pública, após a devida investigação [19] Segundo o art 8º poderia o Presidente da República decretar, após investigação, "o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas, e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis", com cláusula de restituição, se provada a legitimidade da aquisição de bens

Tal confisco administrativo, que cerceava o direito de propriedade sem o devido processo legal, estava alforriado de exame jurisdicional conforme o seu art. 11, imolando o princípio da acessibilidade ampla ao crivo jurisdicional. Com a finalidade de regulamentar o disposto no art 8º do Ato Institucional 05, o Decreto Lei Federal 359, de 17 de dezembro de 1968, criou no Ministério da Justiça a Comissão Geral de Investigações, com a incumbência de promover "investigações sumárias para o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública" (art 1º) Nessa investigação, onde a Comissão tinha amplos poderes instrutórios (art 10), o indiciado teria oportunidade de defesa (art 4º), e uma vez encerrada, a Comissão, notando o enriquecimento ilícito proporia ao Presidente da República a expedição de decreto, especificando os bens abrangidos pelo confisco (art 5º), para que as serventias imobiliárias os transcrevessem em nome da Fazenda Pública.

Nota-se muito bem que esse ato era impropriamente definido como confisco, pois, em verdade, constituía uma constrição cautelar sobre bens adquiridos ilicitamente Ora, é

(19) Comentários à Constituição Brasileira pág 30 5ª ed ed Saraiva 1984

absolutamente incoerente um confisco restituível. E, não obstante, perdia esse sentido cautelar quando, paradoxalmente, já implicava transmissão da titularidade dominial, não obstante a Constituição Federal vigente proibisse o confisco (art. 153 § 11).

Não bastassem essas notas dissonantes na aventura de repressão ao enriquecimento ilícito na via administrativa (imune de controle externo institucional), por expressa disposição de seu art. 11 o sequestro e a perda de bens adquiridos por enriquecimento ilícito no exercício de função pública podiam ser decretados judicialmente com base na legislação vigente.

O Decreto-Lei Federal nº 359 considerava enriquecimento ilícito, dentre outros fatos, "a aquisição de bens, dinheiros ou valores, por quem tenha exercido ou exerça cargo ou função pública da União, Estados, Distrito Federal, Territórios, e Municípios, assim como das respectivas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, sem que, à época da aquisição, dispusesse de idoneidade financeira para fazê-lo, à vista da declaração de rendimentos apresentada para fins de pagamento do imposto de renda", bem como "embora dispondo, à época da aquisição, de idoneidade financeira para fazê-lo, não haja comprovado a sua legitimidade perante a Comissão" (art. 6º, parágrafo único).

Desta forma, o conceito de enriquecimento ilícito – até então orientado pelas Leis Federais 3.164/57 e 3.502/58, que exigiam a prática de ato ou a abstenção de fato pelo agente público para evidenciar nexo etiológico – foi sensivelmente ampliado incluindo a evolução patrimonial desproporcional, agora punida pelo ordenamento jurídico pátrio, não se podendo considerar novidade no direito brasileiro o atual art. 9º inc. VII da Lei Federal nº 8.429/92[20]. Bastava que no cotejo das informações patrimoniais com as referentes a idoneidade financeira do agente, se caracterizasse a impossibilidade econômica deste para a aquisição dos bens, valores ou dinheiros, para considerá-la enriquecimento ilícito.

O art. 7º, de seu turno, expressava a óbvia constatação de que "o ônus da prova da legitimidade da aquisição caberá ao indiciado" pela Comissão, pois a constatação da desproporcionalidade era a prova de sua desonestidade. O art. 8º declara a nulidade absoluta dos atos de alienação ou oneração dos bens adquiridos por enriquecimento ilícito em relação à Fazenda Pública, impedindo que se impusesse uma aparência de legitimidade na disposição destes bens pelo indiciado, frustrando tentativa de escape ao confisco. E o art. 9º possibilitava ao prejudicado pelo confisco a prova, no prazo de seis meses a partir dele, da legitimidade da aquisição dos bens.

Em 27 de janeiro de 1969 o Presidente da República decretou o Ato Complementar 42, ampliando o âmbito de incidência do confisco, para atingir "bens de pessoa natural ou jurídica que, em relações de qualquer natureza, com a administração, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelos poderes públicos, associações ou entidades beneficiadas com auxílios ou contribuições estabelecidos em lei, permissionárias ou concessionárias de serviços públicos, se haja enriquecido, ilicitamente, com bens, dinheiros ou valores, sem prejuízo das sanções penais cabíveis", inclusive de co-autores ou partícipes (art. 1º, parágrafo único). Além de punir com o confisco os beneficiários do enriquecimento ilícito, mesmo que não fossem agentes públicos, o ato em tela incluía, no âmbito de incidência da repressão especial da improbidade administrativa entidades estranhas à administração pública direta ou indireta (como as associações e, entidades beneficiadas com verbas públicas, as permissionárias ou concessionárias de serviços públicos), que, como elas, manipulavam dinheiros públicos.

(20) Mais remotamente, pode ser considerada uma gênese do art. 9º, inc. VII, da Lei Federal 8.429/92, a previsão do art. 7º do Decreto Lei Federal 3.240/41, ao estabelecer que a cessação do sequestro ordenado sobre os bens de pessoa indiciada por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública não excluía "a incorporação, à Fazenda Pública dos bens que foram julgados de aquisição ilegítima" em se tratando de pessoa que exerça ou tenha exercido função pública.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br



O Ato Institucional 14, de 5 de setembro de 1969, alterou a redação do art. 150 § 11 da Constituição Federal, prevendo o confisco nos termos em que a lei determinasse, bem como o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito ou dano ao erário (art. 1º), manteve a vigência dos atos institucionais, atos complementares, leis, decretos-leis, decretos e regulamentos que dispunham sobre o confisco de bens nos casos de enriquecimento ilícito (art. 2º), e a cláusula de indicabilidade jurisdicional dos atos com base neles realizados (art. 3º).

Essa via administrativa de repressão do enriquecimento ilícito concorria com as vias jurisdicionais civil e penal, e embora fosse mais moderna no confronto com as disposições legais existentes (máxime ao prescrever a evolução patrimonial desproporcional), pecava, na medida em que rompia com o princípio do devido processo legal, do qual decorria o do juiz natural, que sublinhavam que ninguém podia ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade senão em virtude de processo legal e mediante julgamento por tribunais previamente estabelecidos, cláusulas constantes da Constituição de 1967[21], ao instituir o confisco administrativo.

A proibição do confisco tem suas raízes na Constituição Federal de 1934 (art. 113, § 29), com a omissão da Constituição Federal de 1937, e o seu retorno na de 1946 (art. 141, § 31). Pecava a Constituição de 1967, e toda a legislação que dela se originou, por confundir o confisco com o perdimento de bens, dando àquele ora o caráter de sequestro, ora de perda de bens. Pontes de Miranda observava que a proibição constitucional era "a pena de confisco propriamente dita, e não a perda dos meios que serviram para delinqüir, do produto do delito, ou de coisas que constituem ameaça de dano", inconfundível com o perdimento de bens no caso de enriquecimento ilícito.[22] Manoel Gonçalves Ferreira Filho manifestava a mesma opinião, e conceituava que nos casos de enriquecimento ilícito e dano ao erário "o perdimento não é propriamente uma pena. É, antes, a perda do benefício patrimonial que trouxe o delito ou o abuso", salientando que sob o texto constitucional o perdimento de bens atingia também danos causados ao erário, por quem quer que seja, e não somente o servidor público.[23]

Este sistema de combate administrativo ao enriquecimento ilícito perdurou até a Emenda Constitucional 11, de 13 de outubro de 1978, que deu nova redação ao art. 153 § 11 da Constituição Federal[24], e revogou todos os atos institucionais e complementares contrários, mas novamente excluindo da sindicabilidade jurisdicional os seus efeitos.

b) Processo legislativo

Em 14 de agosto de 1991 o Presidente da República, Fernando Collor de Mello, enviou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1.446/91, com exposição de motivos da lavra do Ministro da Justiça Jarbas Passarinho, que salientou a prática desenfreada e impune dos atos de corrupção como "uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País", e observou a necessidade de instituir-se uma repressão legítima através do devido processo legal, com "meios próprios à consecução daquele objetivo sem, no entanto, suprimir as garantias constitucionais pertinentes", pondo em relevo a definição dos casos de enriquecimento ilícito, o conceito de agente público, e a obrigação de apresentar declaração de bens, e a incumbência do Ministério Público de investigá-lo.[25]

(21) José Celso de Mello Filho, Constituição Federal Anotada, pág. 448, 2ª ed., ed. Saraiva, 1986.
(22) Comentários à Constituição de 1967, tomo V, págs. 196/198. 3ª ed., ed. Forense. 1987.
(23) Comentários à Constituição Brasileira, pág. 603, 5ª ed. ed. Saraiva, 1984.
(24) José Celso de Mello Filho observou que a Emenda 11/78 tornou insubsistente o confisco de bens decretado pelo Presidente da República (Constituição Federal Anotada, pág. 445, 2ª ed., ed. Saraiva, 1986), enquanto Manoel Gonçalves Ferreira Filho ponderou que não obstante explícita na emenda constitucional a proibição do confisco, ela resultava implícita do sistema constitucional (Comentários à Constituição Brasileira, pág. 602, 5ª ed. ed. Saraiva, 1984).
(25) Diário do Congresso Nacional, Seção I, 17-8-1991, pág. 14.124.

A leitura atenta do projeto revela que ele constituía uma tímida 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 art 37 § 4º da Constituição Federal, mas inovava, na medida em que caracterizava enriquecimento ilícito também a aquisição de bens ou valores durante o exercício de função pública, ou logo após deixá-la, sem que, à época, dispusesse (o agente público) de recursos financeiros (art. 2º, inc IX) [26], dentre outras providências.

Na Câmara dos Deputados, os Deputados Federais José Dutra e Carlos Alberto Campista apresentaram substitutivos ao projeto, que, em síntese, representaram grande avanço, tais como a conceituação do enriquecimento ilícito como crime, inclusive o de aquisição durante o exercício de cargo, função ou emprego público, ou até cinco anos após, de bens ou valores de qualquer natureza, cujo valor seja desproporcional à evolução patrimonial ou à renda do agente público (art. 2º, inc. IX), competindo ao agente público ou seus sucessores demonstrar a origem lícita dos recursos financeiros utilizados na aquisição (art. 2º, § 2º), tornando "explícita a inversão da regra do ônus da prova"[27]

Aprovado o Substitutivo, em 8 de outubro de 1991[28], sofreu alteração da lavra do Senador Pedro Simon. Salientando que o projeto de lei do Poder Executivo era mera compilação do ordenamento existente com a introdução de algumas pequenas alterações redacionais e inovações que não afetavam o conteúdo básico da legislação vigente, apresentou substitutivo Com a crítica à propositura pela redução da improbidade administrativa ao enriquecimento ilícito [29], o substitutivo propunha a incorporação automática de presentes ou donativos de valor econômico recebidos pelo agente público ao patrimônio da entidade a que pertencesse, sob pena de improbidade administrativa (art. 12, parágrafo único) e consagrava explicitamente a regra da inversão do ônus da prova (art. 26 [30] no caso de enriquecimento ilícito por evolução patrimonial desproporcional no exercício de função pública ou até 10 (dez) anos do respectivo término (art 12, inc VI [31], tendo manifestado a Câmara Alta que o auferimento de vantagens, que não as regulamentares, em razão do exercício do cargo, seja a que título for ou de quem quer que seja, é indevida e caracteriza ato de improbidade, porque "o agente público só deve perceber as vantagens inerentes ao exercício de sua função e pagas pelos cofres públicos" [32]

Em 3 de dezembro de 1991, foi aprovado no Senado Federal [33], tendo sido devolvido à deliberação da Câmara dos Deputados, propondo os pareceres dos Deputados Federais Carlos Alberto Campista e Nilson Gibson várias alterações[34], somadas as alterações preconizadas pelas lideranças partidárias [35], que foram aprovadas em 5 de maio de

(26) Diário do Congresso Nacional, Seção I, 17-8-1991, págs. 14.118/14.119.
(27) Conforme parecer do Deputado Federal José Dutra (Diário do Congresso Nacional Seção I, pág. 19 009. 3-10-1991)
(28) Projeto de Lei 1.446-B/91 Diário do Congresso Nacional, Seção I, 9-10-1991, págs. 19 628/19.630
(29) Mesmo neste aspecto dessa espécie de improbidade administrativa - por excelência a mais grave - justifica-se, por exemplo, que o Projeto de Lei 1 446/91 ressentia da mesma complexidade e dificuldade probatória que a Lei Federal 3 502/58 (art. 2º, § único) manifestando o Senador Pedro Simon que "auferir qualquer vantagem, que não as regulamentares, em razão do exercício de cargo, seja de quem for e a que título seja, constitui ato de improbidade. Qualquer outra exigência ou condicionante legal, além de contrariar o espírito da Carta Magna, só pode ter por objetivo dificultar a repressão à conduta desonesta" (Diário do Congresso Nacional, Seção II, pág. 8 160, 22-11-1991)
(30) Segundo o art 26, cabia ao agente público ou beneficiário "demonstrar a origem lícita dos recursos financeiros utilizados para a aquisição dos bens e valores" referidos no art. 12 inc. VII
(31) Novamente invoca-se parecer do Senador Pedro Simon assinalando que o projeto em sua concepção original condicionava a ilicitude do enriquecimento a existência de interesse potencialmente amparado pelo servidor público daquele que lhe proporcionou a vantagem indevida, e insistindo que "o agente público só deve perceber as vantagens inerentes ao exercício de sua função e pagas pelos cofres públicos. Qualquer outra é de se reputar indevida e caracterizando ato de improbidade" (Diário do Congresso Nacional, Seção II, pág. 8.554 04-12-1991).
(32) Conforme parecer do Senador Pedro Simon (Diário do Congresso Nacional Seção II. pág 8 554 04-12-1991)
(33) Diário do Congresso Nacional Seção II pág 8.556/8.560. 4-12-1991
(34) Diário do Congresso Nacional Seção I pág. 5.971/5.973, 3-4-1992
(35) Diário do Congresso Nacional. Seção I, págs. 8.149, 8 152/8.154, 6-5-1992 Ainda constam, em abono dessas alterações, os pronunciamentos dos Deputados Federais Hélio Bicudo e Nelson Jobim com relação aos poderes investigatórios do Ministério Público, a inversão do ônus da prova e a qualificação de crime hediondo dos ilícitos constantes do projeto aprovado no Senado Federal (Diário do Congresso Nacional Seção I pág 5 973 03-04-1992; pág 6.420/6 421 8-4-1992)

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br



1992, resultando na atual redação da Lei Federal nº 8 429/92 [36], após o encaminhamento à sanção da Presidência da República.

Inegável que o Substitutivo do Senado Federal era bem mais substancioso e abrangente que a propositura original e a matéria aprovada anteriormente na Câmara dos Deputados Entretanto, espécie causou a própria Câmara Federal ao reanalisá-lo, sob a ocasião do Substitutivo da Câmara Alta, alterando proposições já aprovadas anteriormente, como a do cabimento do inquérito civil para apuração dos ilícitos previstos, sem o óbice do sigilo legal superada por autorização judicial, e a explicitação da regra da inversão do ônus da prova no enriquecimento ilícito caracterizado pela evolução patrimonial incompatível

c) O art 9º inc VII

Segundo o art 9º, inc VII, da Lei Federal nº 8.429/92, é hipótese de enriquecimento ilícito "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", censurando o comportamento daquele que amealha patrimônio incompatível com a evolução de seu patrimônio ou renda, considerando que, nesse caso, o enriquecimento é ilícito porque tendo o agente público fonte exclusiva de rendimentos os vencimentos de seu cargo, tudo aquilo que não vem dessa origem (ou de alguma outra origem lícita, como herança), é fruto de vantagem econômica indevida

A evolução desproporcional do patrimônio (ou variação patrimonial incompatível) é caso residual de enriquecimento ilícito, pois se não há prova de que a vantagem econômica percebida é relacionada ou conexa à prática de ato, ou à abstenção da execução de ato de ofício, afastando a incidência de outra modalidade de enriquecimento ilícito, mesmo assim afigura-se inidôneo o enriquecimento do agente público, porque adquiriu bens ou valores desproporcionais e incompatíveis com a evolução de seu patrimônio ou renda Sua razão repousa na idéia de uma presunção da ilegitimidade do enriquecimento, pois não deriva de justa causa, aproximando o enriquecimento sem causa do ilícito.

Neste caso, a lei presume a inidoneidade do agente público que adquire bens ou valores incompatíveis com a normalidade do seu padrão de vencimentos. Para tanto, basta provar que o agente público exercia função pública e que os bens e valores (mobiliários ou imobiliários) adquiridos sejam incompatíveis ou desproporcionais à evolução de seu patrimônio ou sua renda A lei também censura os sinais exteriores de riqueza e a aquisição de bens ou valores para outrem, e pune igualmente artifícios empregados para dissimular o enriquecimento ilícito, revelados na estrutura do dispositivo em exame ao referir a aquisição em proveito próprio ou alheio, querendo, justamente, abranger hipóteses de triangularização, omissão de titularidade patrimonial, ou seja, meios diretos e indiretos de aquisição.

A inidoneidade financeira gera a ilicitude do enriquecimento, por aquele que não tinha disponibilidade econômica para ter um patrimônio desproporcional e incompatível com a evolução da renda ou patrimônio, não tem justificativa hígida para sua aquisição, advindo esses recursos de origem ilícita.

A exigência da apresentação de bens, e sua atualização anual, nos termos do art. 13 da Lei Federal nº 8 429/92 e da Lei Federal nº 8.730/93 (abrangendo não só o agente público, mas outras pessoas como o cônjuge e filhos, e outrem sob sua dependência

(36) Alguns exemplos das modificações feitas: a) acompanhamento de ofício de procedimento administrativo pelo Ministério Público ou pelo Tribunal de Contas; b) o inquérito civil como meio de investigação da improbidade administrativa e dos poderes especiais do Ministério Público, especialmente no acesso direto a informações sigilosas; c) a figura de gestão perdulária ou temerária do patrimônio público; d) a regra de inversão do ônus da prova; e) conceito do dever de probidade; etc

econômica), proporciona o exercício de um controle permanente e automático da legitimidade do enriquecimento de agentes públicos, pois compete à Administração Pública e ao Tribunal de Contas constatar a licitude do enriquecimento a partir das informações prestadas pelo agente público, de modo que, se cumprida a legislação e levada a sério, os resultados serão profícuos no campo da legitimidade do enriquecimento dos agentes públicos

A previsão legal não é novidade no direito brasileiro, pois, como visto acima, o Decreto Lei Federal nº 359/68 considerava enriquecimento ilícito a aquisição de bens, dinheiros ou valores, por quem tenha exercido ou exerça cargo ou função pública, sem que, à época da aquisição, dispusesse de idoneidade financeira para fazê-lo, à vista da declaração de rendimentos apresentada para fins de pagamento do Imposto de Renda (art 6º) [37], cabendo ao agente público o ônus da prova da legitimidade da aquisição (art 7º), e ia mais longe, cominando nulidade da alienação ou oneração de qualquer bem, dinheiro ou valor por quem haja enriquecido ilicitamente (art 8º)

Percebendo que esta era uma das formas mais engenhosas e eficientes de enriquecimento ilícito, cuja prova é tormentosa [38], e que contornava os requisitos caracterizadores da legislação precedente, esta modalidade também foi contemplada no processo legislativo da Lei Federal nº 8 429/92, com a previsão de "quarentena" e explicitação da inversão do ônus da prova Mas, retornando à Câmara dos Deputados, tanto o prazo de "quarentena" quanto a explicitação da inversão do ônus da prova sofreram contestação, sendo extirpados do projeto de lei [39]

Não obstante a eliminação da regra explícita da inversão do ônus da prova, o texto aprovado não aboliu esse instrumento porque, para o autor da ação, repita-se, basta a prova de que o agente público exercia alguma função pública, e adquiriu bens ou valores incompatíveis e desproporcionais com a evolução de seu patrimônio ou renda, constatação que é feita, segundo o art 13 da Lei Federal nº 8 429/92 e a Lei Federal nº 8 730/93, a partir das informações constantes das declarações de bens prestados por ele próprio, ou de informações patrimoniais ou de rendimentos em seu nome existentes em instituições bancárias, serviços notariais e de registros públicos, repartições públicas, etc , de modo que sempre caberá a ele provar a origem lícita dos recursos empregados na aquisição [40] É nessa exata medida que se dá a inversão do ônus da prova.

Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Antonio Herman Vasconcelos Benjamin manifestam que o autor da ação não tem o dever de demonstrar específicos atos de corrupção que deram origem ao acréscimo patrimonial do agente público, porque a **mens legis** prevalece sobre a **legislatoris,** e diante da redação do art 9º, inc VII, estará obrigado a provar "apenas a desproporção entre patrimônio e renda do funcionário! É a partir desse ponto que se inverte o ônus da prova" [41].

Marcelo Figueiredo [42] aponta a existência de uma presunção de enriquecimento ilícito, opinião compartilhada por Hely Lopes Meirelles [43] Luiz Fabião Guasque anota que a conduta do art 9º, inc. VII, prescinde de dolo ou culpa, espelhando um tipo de responsabilidade, que tem natureza objetiva, requerendo a inobservância de um dever jurídico criado pela Constituição, ou seja, que de sua atividade pública amplie seu patrimônio, bastando a constatação de variação patrimonial incompatível com os vencimentos do agente público [44].

(37) Neste sentido, Luís Cláudio Almeida Santos ('Reflexões sobre a Lei nº 8 429 de 02/06/1992 - Lei Anti-corrupção' Revista do Ministério Público de Sergipe 5/29).
(38) Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Antonio Herman Vasconcellos Benjamin, "A inversão do ônus da prova na lei da improbidade administrativa" Teses Aprovadas no X Congresso Nacional do Ministério Público Cadernos - Temas Institucionais, pgs. 34/35 ed APMP, 1995
(39) Diário do Congresso Nacional, Seção I, págs 8.149/8 157 6-5-1992.
(40) Neste sentido, explicitamente e provocando **ipso facto**, a inversão do ônus da prova dispõem o Decreto Federal 978/93 (art. 5º) e a Lei Federal 8.730/93 (arts. 2º §§ 5º e 7º, e, 4º § 2º).
(41) A inversão do ônus da prova na lei da improbidade administrativa Cadernos - Temas Institucionais págs 37/38 ed APMP, 1995.
(42) Probidade Administrativa, pág 44, Malheiros Editores 1ª ed.
(43) Direito Administrativo Brasileiro pág 424 Malheiros Editores 19ª ed.

BDJur http://bdjur.stj.gov.br



Carlos Alberto Ortiz assevera cuidar-se de presunção **juris tantum**, admitindo a inversão do ônus da prova, mostrando que a regra decorre do dever funcional de probidade, "do qual se origina o de transparência da vida pessoal do agente, especialmente com relação à origem do seu patrimônio"[45] Em sentido contrário, opinam Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior, negando a existência de inversão de ônus da prova ou presunção de enriquecimento ilícito, pois, segundo a exegese que devotam, deve-se comprovar "que o enriquecimento do agente público decorreu de determinado ato de improbidade praticado no exercício de função pública" [46].

Ora, esse último entendimento não há como prevalecer Significa, em última análise, uma reflexa repristinação dos requisitos exigidos pela legislação revogada na caracterização do enriquecimento ilícito Pois, se o enriquecimento ilícito decorreu de algum ato, ou da abstenção de sua prática, do agente público, tratar-se-á de outra modalidade do art 9º que não a do inc VII, que é residual Basta apenas a prova de que a variação patrimonial é incompatível com a disponibilidade financeira do agente público, e que ele exerce, ou exerceu, alguma função pública Como dito, a lei presume, neste caso, a inidoneidade daquele que percebe seus vencimentos e tem bens ou valores absolutamente incompatíveis e desproporcionais, considerando ilícito esse enriquecimento, porque foi conseguido no exercício de função pública.

A grande vantagem do art 9º, inc VII, é que ele é norma residual para punição do enriquecimento ilícito no exercício de função pública [47] 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 de repressão à imoralidade administrativa provar-se que seu patrimônio tem origem inidônea, incompatível, desproporcional, sendo manifestamente insólito à normalidade da evolução de sua riqueza e absolutamente incongruente com a sua disponibilidade financeira, porque foi construído a partir das vantagens proporcionadas pelo exercício de sua função pública, ou seja, da condição de agente público, bem conhecido o dado sociológico da estrutura das relações do poder político e da autoridade.

Parece que aos legisladores assustava a explicitação da regra, que nada de arbitrária tem: providência informada pela razoabilidade, como expõe Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Antonio Herman Vasconcelos Benjamin [48], constitui válido e eficaz instrumento na tutela do interesse público, e em prol dele é instituída, no combate às complexas e organizadas formas de enriquecimento ilícito no exercício de função pública

A "quarentena" projetada era medida profundamente salutar Mas a supressão operada no Parlamento não impede a comprovação da ocorrência do enriquecimento ilícito após o exercício de alguma função pública, que se faz da mesma maneira: a partir das declarações prestadas pelo ex-agente público, ela se constata À evidência, seria coerente a instituição de seu dever, durante o prazo de "quarentena", de apresentação à entidade pública a qual pertenceu, de sua declaração de bens, renovada e atualizada anualmente

(44) A responsabilidade da Lei de Enriquecimento Ilícito, RT 712/359.
(45) Improbidade Administrativa Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral, 28/16, ed. IMESP.
(46) Improbidade Administrativa pgs. 62/64, ed. Atlas, 1º ed. Observam, ainda que o aumento patrimonial deve ser correlacionado à causa ilícita decorrente do indevido exercício da função pública para se enriquecer
(47) A Lei da Improbidade Administrativa, Caderno de Doutrina e Jurisprudência 35/30, ed APMP 1996 de nossa autoria.
(48) A inversão do ônus da prova na lei da improbidade administrativa Cadernos - Temas Institucionais pág 35 ed APMP 1995.

## IV – Providências estruturais na investigação da improbidade administrativa

Embora totalmente vocacionada a Lei Federal nº 8.429/92 à firme repressão dos atos de improbidade administrativa, e do enriquecimento ilícito, sua aplicação efetiva depende do incremento de providências estruturais na investigação, interessando, no particular, perspectivas para o seu aprimoramento fulcradas em dois aspectos: a) a requisição de recursos humanos e materiais da Administração Pública pelo Ministério Público; b) a importância do controle de legitimidade do enriquecimento de agentes públicos no exercício de cargos, empregos ou funções públicas; cuja relevância é elementar para construção de um sistema proficiente de repressão à improbidade administrativa, sobretudo nos casos de enriquecimento ilícito [49]

a) Requisição de recursos humanos e materiais específicos

Para instruir a ação civil pública o Ministério Público poderá valer-se, não obrigatoriamente, de instrumentos de investigação do fato, de natureza inquisitiva [50], visando apurar materialidade e autoria, que são o inquérito civil (inclusive a requisição de exames, perícias, documentos, informações, certidões) e procedimentos sob sua direção (art 8º da Lei Federal nº 7.347/85, Lei Federal nº 8.625/93, arts. 25 inc. IV e 26 inc I), o inquérito policial e o procedimento administrativo (art. 22 da Lei Federal nº 8.429/92), instaurados de ofício, a requerimento de qualquer pessoa, ou mediante representação de autoridade administrativa [51]

Não obstante armado destes instrumentos, o Ministério Público para instruí-los adequadamente e executar eficientemente sua missão constitucional, tendo em vista a insuficiência de meios próprios e a necessidade de investigar o fato com a melhor tecnologia e eficiência possíveis, precisa de maiores meios, que vão desde o acesso direto a informações sigilosas [52] como ao poder de requisição de recursos humanos e materiais das entidades da administração pública direta e indireta para concluir suas investigações

Na esfera federal, o Ministério Público da União poderá, para o exercício de suas atribuições nos procedimentos de sua competência, requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais para a realização de atividades específicas (art. 8º, inc III, Lei Complementar Federal nº 75/93). Essa prerrogativa deve ser estendida aos Ministérios Públicos Estaduais, reformando-se a legislação federal existente (em especial o art 26 da Lei Federal nº 8.625/93) e a legislação complementar estadual [53]

Em termos mais específicos, o Decreto Federal nº 983/93 dispôs sobre a cooperação dos órgãos e entidades da administração pública federal direta, indireta e fundacional, de ofício ou mediante requerimento fundamentado, na repressão a todas as formas de

(49) Esta abordagem é constante de tese apresentada e aprovada no XI Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em setembro de 1996 em Goiânia sob o título "Providências Estruturais na Investigação da Improbidade Administrativa" (Livro de Teses, Tomo I, pg 636).

(50) Cf José Emmanuel Burle Filho ('A natureza do inquérito civil, como atribuição constitucional do Ministério Público', Justitia 165/34; "Principais aspectos do Inquérito Civil como função institucional do Ministério Público" Ação Civil Pública pg 321 ed RT, 1ª ed coordenação de Édis Milaré).

(51) cf. 'Alguns meios de investigação da improbidade administrativa' (RT 727/329, de nossa autoria). Vide também Luís Claudio Almeida Santos ('Reflexões sobre a Lei nº 8.429 de 2/6/1992 – 'Lei Anticorrupção" Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, 5/31, 1993) e Marino Pazzaglini Filho Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior ("Improbidade Administrativa", pág. 136, 1ª ed. ed. Atlas)

(52) Marino Pazzaglini Filho ('Inquérito Civil" Caderno de Doutrina e Jurisprudência 34/27 ed APMP). Observe-se que o art 8º § 2º da Lei Complementar Federal 75/93 aplica-se subsidiariamente aos Ministérios Públicos Estaduais por força do art 80 da Lei Federal 8.625/93

(53) A título de exemplo, a Constituição do Estado de São Paulo refere que 'nos termos de sua lei complementar' visando à promoção do inquérito civil e de procedimentos administrativos de sua competência, o Ministério Público poderá 'requisitar dos órgãos da administração direta ou indireta os meios necessários a sua conclusão" (art 97, parágrafo único, item 1)

BDJur http://bdjur.stj.gov.br



improbidade administrativa pelo Ministério Público (art. 1º), podendo realizar diligências, perícias, levantamentos, coleta de dados e informações para instrução de procedimento destinado à apuração do enriquecimento ilícito de agente público, fornecendo os meios de prova necessários ao ajuizamento da ação prevista na Lei Federal nº 8.429/92 (art. 2º), devendo Estados e Municípios agir no mesmo sentido.

b) Declaração de bens (controle de legitimidade do enriquecimento de agentes públicos)

Importante instrumento instituído pela Lei Federal nº 3.164/57, e mantido pela Lei Federal nº 8.429/92[54], é o referente a obrigatoriedade da apresentação de declaração de bens do agente público no momento de sua investidura, e suas sucessivas atualizações anuais, abrangendo informações do cônjuge e dependentes, sob pena de demissão a bem do serviço no caso de ausência ou falsidade do conteúdo.

Trata-se de um controle permanente da moralidade no exercício de função pública[55], com grande serventia para aferição de eventual enriquecimento ilícito do agente, que é ato de improbidade administrativa (art. 9º), notadamente nos casos de evolução patrimonial desproporcional em relação à renda (art. 9º, inc. VII), bem como de muita utilidade para ministrar pedido de indisponibilidade de bens, garantindo a execução de sentença condenatória de perda dos bens adquiridos ilicitamente ou de ressarcimento do dano ao erário (arts. 7º e 18, Lei Federal nº 8.429/92), evitando a insolvência fraudulenta e simulada, e a impunidade

O art. 13 da Lei Federal nº 8.429/92 é aplicável a todos os agentes públicos, de quaisquer dos Poderes, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e suas respectivas entidades da administração indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e sociedades com participação acionária estatal), como norma geral Deve ser efetivamente cumprido para que não figure como mais uma ineficaz disposição de boa vontade, sendo tarefa do Ministério Público exigir em cada Estado, em cada Município, a efetiva observância dessa disposição de inegável caráter salutar, que facilita a investigação do enriquecimento ilícito, e seu posterior combate. Estados e Municípios, por sinal, têm a prerrogativa de estabelecer normas próprias a respeito, sem, no entanto, nulificar ou contrariar as disposições da legislação federal comentada, que fixa requisitos mínimos de observância compulsória para as unidades federadas além daqueles que estas venham posteriormente estabelecer [56]

A respeito, a Lei Federal nº 8.730/93 constituiu grande avanço [57], instituindo controle externo da legitimidade do enriquecimento de agentes públicos, e requisitos da declaração de bens e suas atualizações anuais com maior apuro, ao exigir dos agentes

(54) Ao oferecer substitutivo ao Projeto de Lei 1.446/91 na Câmara dos Deputados, o Deputado Federal Carlos Alberto Campista propugnava pela exclusão da "tola obrigação de atualizar anualmente a declaração de bens dos agentes públicos" sob o argumento de que geraria "um acúmulo de papéis, serviço e burocracia que terminariam inclusive anulando qualquer ganho do Poder Público com a economia resultante da eventual repressão ao enriquecimento ilícito", propondo à Administração Pública a checagem, a qualquer tempo da consistência da variação patrimonial do agente público, "desde que algum pelo menos razoável indício de irregularidade assim o justifique" (Diário do Congresso Nacional, Seção I 3-10-1991, pág. 19 014).

(55) Carlos Alberto Ortiz qualifica o art. 13 da Lei Federal 8.429/92 como "regra de segurança para conferência permanente da probidade administrativa' ("Improbidade Administrativa" Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral, 28/20, ed. IMESP). A exigência já constava do art. 3º da Lei Federal 3.164/57 (Lei Pitombo-Gódoi Ilha), comentando Francisco Bilac Moreira Pinto que a providência tornava 'fácil a prova do eventual enriquecimento ilícito dos servidores públicos ou autárquicos, cria para estes o dever de explicar a origem dos seus novos bens ou rendas, toda vez que se suscite dúvida acerca da irregularidade de sua aquisição" (ob cit., págs 113/114). A providência sempre foi inculcada por Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1967, tomo V, pág. 199, ed. Forense 1987, 3ª ed ), agregada "à publicação de seus bens e rendas, anualmente'

(56) 'Alguns meios de investigação da improbidade administrativa" (RT 727/343, de nossa autoria).

(57) Marcelo Figueiredo observa que 'as exigências da Lei nº 8.730/93 são maiores e procuram sem dúvida, acompanhar o desenvolvimento econômico-financeiro do agente sempre visando a detectar alguma anomalia ou presença de ilícito ou improbidade administrativa" (Probidade Administrativa pág 79 1ª ed Malheiros Editores)

públicos federais a apresentação da declaração de bens, com indicação das fontes de renda, no momento da posse ou na entrada em exercício de cargo, emprego ou função pública, bem como no final de cada exercício financeiro, no término da gestão ou mandato, e nas hipóteses de exoneração, renúncia ou afastamento definitivo (art 1º), com remessa de cópia ao Tribunal de Contas para, dentre outras providências, exercer o controle da legalidade e legitimidade desses bens e rendas (art. 1º, § 2º, inc II) No contejo com o art 13, § 1º, o art 2º opera a exclusão dos objetos e utensílios de uso doméstico, de módico valor. A relação dos bens, que abrange os do cônjuge, companheiro, filhos e outras pessoas sob dependência econômica (art 13 § 1º da Lei Federal nº 8.429/92), será discriminada com os valores de aquisição constantes dos respectivos instrumentos traslativos de domínio acompanhados da indicação concomitante de seus valores venais (art 2º, § 1º, Lei Federal nº 8 730/93) ou do valor venal da época da transmissão acompanhado de sua expressão atualizada (art. 2º, § 2º, Lei Federal nº 8.730/93).

Feita a relação, o agente público deverá apurar a variação patrimonial ocorrida, indicando a origem dos recursos que hajam propiciado o eventual acréscimo (art 2º, § 5º, Lei Federal nº 8.730/93). A qualquer tempo o Tribunal de Contas poderá exigir a comprovação da legitimidade da procedência de bens e rendas acrescidos ao patrimônio do agente público no período relativo à declaração (art. 2º, § 7º, "b", Lei Federal nº 8.730/93).

O art 13 da Lei Federal nº 8.429/92 elege a apresentação da declaração de bens como condição da posse ou exercício em cargo, emprego ou função pública, e o art 3º da Lei Federal nº 8.730/93 explicitou a sanção de nulidade da investidura (impedindo até a realização do ato), configurando a apresentação da declaração de bens requisito de validade do ato.

A recusa, o atraso ou falsidade de sua prestação gera a demissão a bem do serviço público (art 13 § 3º, Lei Federal nº 8.429/92), sem prejuízo de outras sanções cabíveis, estabelecidas, agora, no art. 3º da Lei Federal nº 8.730/93, configurando, de um lado, crime de responsabilidade (Lei Federal nº 1.079/50), e de outro, infração político-administrativa (no caso dos Municípios, lei municipal deve estabelecer a propósito), crime funcional (lei penal deve prever o fato típico e as respectivas penas) ou falta grave disciplinar, puníveis com a perda do mandato, demissão do cargo, exoneração do emprego ou destituição da função, além de inabilitação (até cinco anos) para o exercício de novo mandato, cargo, emprego ou função pública. Sem prejuízo dessas previsões específicas, o fato em si mesmo considerado pode caracterizar ato de improbidade administrativa

Além dessa declaração específica, o agente público deve apresentar a declaração de rendimentos e bens oferecida à Receita Federal, e coerente com o art 1º, parágrafo único, da Lei Federal nº 8 429/92, também aquele que por força de lei deva prestar contas ao Tribunal de Contas (art 4º), devendo este órgão aferi-las para proceder ao levantamento da evolução patrimonial do seu titular e ao exame de sua compatibilização com os recursos e disponibilidades declarados (art 4º, § 2º), com o apoio dos órgãos fazendários (art. 5º) Instituída como norma geral, deve ser observada pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios (art 7º), podendo estes regularem concorrente e especificamente a matéria, respeitadas as prescrições de cunho geral, irredutíveis [58].

De seu turno, o Decreto Federal nº 978/93 regulamentou o citado art. 13 da Lei Federal nº 8 429/92, ressalvando as disposições específicas da Lei Federal nº 8 730/93, destacando-se a instituição do registro cadastral de bens e valores declarados e atualizados anualmente pelo agente público (art. 4º), a responsabilidade funcional pela exigibilidade da declaração de bens e suas atualizações (art 3º, parágrafo único), e a instauração de

(58) No Estado de São Paulo, antes da edição da Lei Federal 8.429/92, o Decreto Estadual 33.734/91 exigia a declaração de bens que, apresentada, seria submetida a análise de auditoria independente. Posteriormente, foi editado o Decreto Estadual 41 406/96 dando novos contornos à matéria compatibilizando a exigência com a Lei Federal 8 429/92

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br



sindicância ante a constatação de sinais exteriores de riqueza ou de aumento patrimonial incompatível com a renda declarada (art 5º). Trata-se do controle interno da probidade administrativa, malgrado a Lei Federal nº 8 429/92 no art 14 tenha tratado da investigação de improbidade administrativa pela própria administração pública a requerimento de qualquer pessoa, nada impede que seja feita de ofício como decorrência do poder disciplinar, dando a falsa impressão de que estava excluído esse controle interno [59]

Digna de encômios a especificação dos meios de controle e de prevenção do enriquecimento ilícito no exercício de cargos, empregos ou funções públicas elaborada complementarmente pela Lei Federal nº 8.730/93 e pelo Decreto Federal nº 978/93 relativamente às prescrições do art 13 da Lei Federal nº 8.429/92, descrevendo os contornos do controle interno (Decreto Federal nº 978/93) e atribuindo o controle externo a cargo do Tribunal de Contas (Lei Federal nº 8 730/93). A grande valia desses sistemas de controle está justamente no fato de atribuir a apresentação da declaração como requisito de validade da investidura e do exercício de função pública, de constituir meio de obtenção de informações mais verídicas do que meras formalidades, e de incentivar os órgãos de controle ao exame e a aferição real da formação patrimonial do agente público, possibilitando o incremento de iniciativas de ofício

É lamentável que somente no controle interno seja cientificado o Ministério Público (art 7º, Decreto Federal nº 978/93), pois sendo legitimado para a ação (art 17 da Lei Federal nº 8.429/92), também o Tribunal de Contas tem a obrigação de comunicá-lo. Todavia, o amplo poder de requisição do Ministério Público (art 129 incs III e VI, da Constituição Federal, art 26 da Lei Federal nº 8.625/93, e art 8º da Lei Federal nº 7 347/85), e o sistema de freios e contrapesos inerente à Lei Federal nº 8 429/92 (que se infere dos arts 7º, 14, 15 e 16) obriga a remessa dessas informações ao órgão, de ofício ou mediante requisição, como também faculta a requisição de exame (pois é legitimado para a ação, e para investigar direta ou indiretamente)

Inegável que as disposições do art. 5º do Decreto Federal nº 978/93 e dos arts. 2º §§ 5º e 7º, e 4º § 2º, da Lei Federal nº 8 730/93, evidenciam que o art 9º inc VII da Lei Federal nº 8 429/92 (evolução patrimonial desproporcional à renda) instituiu a regra da inversão do ônus da prova nesse exemplo de enriquecimento ilícito [60]

De outra parte, o aprimoramento do controle da legitimidade do enriquecimento de agentes públicos no exercício de funções públicas adquiria maior segurança com a obrigatoriedade da apresentação de declaração de bens referente ao exercício da investidura em função pública, mas também dos exercícios anterior [61] e posterior (ao término), ou referentes a investidura passada em outros cargos, empregos ou funções públicas, proporcionando universo maior de informações na análise de eventual incompatibilidade da evolução patrimonial e de outras formas de enriquecimento ilícito. Nesse sentido, concorre ainda a necessidade das informações bancárias e fiscais serem arquivadas nas respectivas entidades por prazos maiores que os atualmente estabelecidos, porquanto na maioria dos casos o enriquecimento ilícito só é, anos após, descoberto ou investigado.

(59) "Alguns meios de investigação da improbidade administrativa" (RT 727/339 de nossa autoria).

(60) Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Antonio Herman V Benjamin entendem que provada a desproporção entre o patrimônio e a renda do funcionário "é a partir desse ponto que se inverte o ônus da prova" ("A inversão do ônus da prova na Lei da Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/92" Teses Aprovadas no X Congresso Nacional do Ministério Público, Cadernos -- Temas Institucionais, ed APMP, pgs 37/38, 1995) Luiz Fabião Guasque entende tratar-se de responsabilidade civil objetiva a variação patrimonial incompatível, pois ' evidenciada tal situação, o desvio de finalidade no dever de probidade administrativa é presumido e implica a necessidade de comprovação de origem do patrimônio" ("A responsabilidade da Lei de Enriquecimento Ilícito' RT 712/359).

(61) Segundo Marcelo Figueiredo a ratio legis consiste na procura de algum elo entre a formação e desenvolvimento do patrimônio do agente público e uma possível atividade ilícita ou imoral em sua vida administrativa ou funcional, assinalando que "a análise dos dados oferecidos ou requisitados não se limita ao período em que o agente ocupou o cargo público Pode haver, inclusive, pesquisa ou oferecimento de informações de período anterior tudo visando ao escopo maior: apurar-se a verdade patrimonial" (ob. cit pg 79)

Por fim, há a necessidade de que os exames aqui mencionados sejam realizados e encaminhados aos co-legitimados para a promoção da ação civil pública em tempo hábil e compatível, evitando-se a ocorrência da prescrição prevista no art. 23 da Lei Federal nº 8.429/92, razão pela qual o controle deve ser automático, contemporâneo, imediato, permanente e periódico a ser exercido por órgão especializado da Administração Pública, e pelo Tribunal de Contas, de ofício, a requerimento de qualquer pessoa (nos termos do art. 14 da Lei Federal 8.429/92), ou mediante requsição do Ministério Público (nos termos do art. 129 inc. III da Constituição Federal, do art. 26 incs. I a III da Lei Federal nº 8.625/93, do art. 8º da Lei Federal 7.347/85 e do art. 22 da Lei Federal nº 8.429/92).

Em suma, as normas de controle permanente da legitimidade do enriquecimento de agentes públicos no exercício de funções públicas descritas no art. 13 da Lei Federal nº 8.429/92 foram complementadas pela Lei Federal nº 8.730/93, sendo aplicáveis aos Estados e Municípios, à falta de legislação estadual e municipal específica, e à existência dessas, como normas gerais. O Ministério Público deve zelar pela estrita observância dessas normas, para aprimorar tanto o controle interno quanto o externo da legitimidade do enriquecimento de agentes públicos no exercício de funções públicas, devendo estimular Estados e Municípios a legislarem sobre o assunto (art. 26 inc. VI da Lei Federal nº 8.625/93).

Leis estaduais e municipais devem instituir, a exemplo da legislação federal, sistemas permanentes de controle automático, contemporâneo, obrigatório e periódico da legitimidade do enriquecimento de agentes públicos no exercício de funções públicas a partir de declarações por eles prestadas que permitam a aferição da validade da evolução patrimonial e dos sinais exteriores de riqueza, e iniciativas de ofício para exames reais no âmbito interno (Administração Pública) e no externo (Tribunal ou Conselho de Contas), estando tanto a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, quanto os Tribunais ou Conselhos de Contas, obrigados a comunicar de ofício ao Ministério Público a instauração e a conclusão de investigação sobre todos e quaisquer atos de improbidade administrativa, máxime o enriquecimento ilícito de agentes públicos (inclusive a evolução patrimonial desproporcional) no exercício de funções públicas), bem como instaurar investigação mediante requisição fundamentada do Ministério Público, observado em qualquer caso o prazo prescricional legal, fornecendo as provas conclusivas a respeito, para promoção da ação civil pública de que trata o art. 17 da Lei Federal nº 8.429/92.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br