

André Jackson de Holanda Jr.
Ronny Charles L. de Torres



Lei de IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

comentada

Lei 8.429/1992

Atualizada com as
alterações promovidas
pela Lei 14.230/2021
e pelos recentes
julgados do STF

2ª edição

Revista, atualizada
e ampliada

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992

Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelará a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Parágrafo único. (Revogado) (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

No capítulo que trata sobre a Administração Pública, a Constituição Federal estabelece 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 (§4º, art. 37).

Tal dispositivo foi regulamentado pela Lei federal nº 8.429/92, que define os elementos do ato de improbidade, suas modalidades, sanções cabíveis e regulamenta o respectivo processo administrativo e judicial.

No decorrer desse livro, abordaremos todos os dispositivos da Lei nº 8.429/92, com detalhamento das principais questões pontuadas pela doutrina e jurisprudência.

1.1 PONDERAÇÕES PRÉVIAS SOBRE A LIA E SUAS RECENTES ALTERAÇÕES

Antes de iniciarmos a análise dos dispositivos da Lei nº 8.429/92, com as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021, faz-se necessário tecer alguns comentários

relevantes, para que o leitor possa compreender melhor não apenas o conteúdo da LIA, mas também sua estrutura e alguns elementos que envolveram sua recente alteração.

1.1.1 EMENTA DA LEI Nº 8.429/1992

Conforme estabelece a Lei Complementar nº 95/1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, a “lei será estruturada em três partes básicas: I – parte preliminar, compreendendo a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas; II – parte normativa, compreendendo o texto das normas de conteúdo substantivo relacionadas com a matéria regulada; III – parte final, compreendendo as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber” (art. 3º). Ainda de acordo com a Lei Complementar nº 95/1998, a “ementa será grafada por meio de caracteres que a realcem e explicitará, de modo conciso e sob a forma de título, o objeto da lei” (art. 5º).

Ocorre que, antes da alteração promovida pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, a ementa da Lei nº 8.429/1992 tinha a seguinte redação: “Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”. A referida redação não explicitava, assim, de forma completa, o objeto da Lei nº 8.429/1992, limitando-se a mencionar a modalidade de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito.

A explicação para tal imprecisão da técnica legislativa na ementa Lei nº 8.429/1992, na redação anterior à Lei nº 14.230, de 2021, é que, inicialmente, seguindo a lógica da normatização até então vigentes (Leis nºs 3.164/1957 e 3.502/1958), o projeto de lei que resultou na Lei nº 8.429/1992 somente tratava de condutas voltadas ao enriquecimento ilícito do agente público. Posteriormente, a redação do projeto de lei foi alterada, de modo a abranger as modalidades de improbidades administrativas que causam prejuízo ao erário e que atentam contra os princípios de Administração Pública, sem, no entanto, ajustar a redação da ementa.

De toda forma, conforme pontua a doutrina, “a exclusiva referência a enriquecimento ilícito, constante da ementa da Lei n. 8.429/1992, não possui qualquer relevância na delimitação de seu alcance, tarefa que dependerá da interpretação dos dispositivos por ela veiculados”¹.

A nova redação da ementa, dada pela Lei nº 14.230, de 2021, corrige a imprecisão técnica até então existente, mostrando-se consentânea com a técnica legislativa, nos termos estabelecidos no art. 5º da Lei Complementar nº 95/1998.

1. GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*/Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 287.

1.1.2 MOTIVAÇÕES DA REFORMA DA LIA: DIREITO ADMINISTRATIVO DO MEDO, “APAGÃO DAS CANETAS” E “FUGA DA RESPONSABILIZAÇÃO”

A reforma da LIA, promovida com a edição da Lei nº 14.230/2021, foi motivada, teoricamente, pelo fenômeno do temor dos gestores públicos no processo decisório, em face da disfuncionalidade do controle externo sobre as ações administrativas. O excesso de controle sobre os administradores públicos proporciona, ante os altos riscos de responsabilização, um ambiente constante de temor decisório, denominado de direito administrativo do medo. A instalação na burocracia estatal do direito administrativo do medo provoca o “apagão das canetas”, consubstanciada na paralisia decisória dos gestores públicos que passam a se valer de artifícios para a não tomada de uma decisão. Além da paralisia decisória, pela não tomada de uma decisão (“apagão das canetas”), o direito administrativo do medo provoca a “fuga da responsabilização” dos agentes públicos por outros meios de blindagem ou proteção contra o controle externo, a exemplo do compartilhamento ou delegação do processo decisório, provocando uma crise de ineficiência, com impactos nocivos ao adequado funcionamento da atividade pública².

Tratando sobre o assunto, Fernando Vernalha Guimarães, ressalta que

“[d]ecidir sobre o dia a dia da Administração passou a atrair riscos jurídicos de toda a ordem, que podem chegar ao ponto da criminalização da conduta. Sob as garras de todo esse controle, o administrador desistiu de decidir. Viu seus riscos ampliados e, por um instinto de autoproteção, demarcou suas ações à sua ‘zona de conforto’. Com isso, instalou-se o que se poderia denominar de crise da ineficiência pelo controle: acudados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger. Tomar decisões heterodoxas ou praticar ações controvertidas nas instâncias de controle é se expor a riscos indigestos. E é compreensível a inibição do administrador frente a esse cenário de ampliação dos riscos jurídicos sobre suas ações. [...] É claro que o controle sobre a atividade administrativa é algo imprescindível e inevitável, inclusive aquele de natureza burocrática, uma vez que necessitamos de instrumentos eficazes para inibir condutas arbitrárias, ímprobas e ilegais, assim como para fiscalizar as ações do gestor do interesse coletivo. E é certo também que o controle, por si, gera ineficiências. É da sua essência interferir no funcionamento da atividade administrativa, criando travas e fricções burocráticas (por assim dizer). O ponto que parece merecer maior reflexão é precisamente a cultura do excesso de controle, que vem gerando efeitos colaterais indesejáveis, favorecendo a proliferação de ineficiências. É necessário perceber, enfim, as ‘externalidades negativas’ do controle, que devem ser consideradas para o fim da calibragem desse sistema”³.

2. O tema é muito bem abordado na obra *Direito Administrativo do Medo*, do Professor Rodrigo Valgas Santos, na qual o autor aborda o tema indicando efeitos muitas vezes não percebidos, na conduta dos agentes públicos, gerando externalidades negativas na gestão pública. Vide: SANTOS, Rodrigues Valgas. *Direito Administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 126.
3. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 01 set. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 13.02.2022.

Se, por um lado, é fundamental impor punição severa àqueles que praticam desonestidades, no exercício de cargo público, por outro lado, é importante também evitar que o “punitivismo” excessivo gere disfunções, desestimulando arrojo, inovação ou mesmo o exercício da função pública, por agentes públicos honestos. Isso porque, em certo grau, a punição excessiva acaba desestimulando gestores bons e honestos a ocuparem cargos sensíveis, abrindo espaço para agentes mal intencionados e proporcionando uma seleção adversa prejudicial ao interesse público⁴.

Em obra que tratou especificamente sobre o denominado “Direito Administrativo do Medo”, Rodrigo Valgas pontuou que “o excesso de punição por improbidade administrativa, acaba incentivando a própria improbidade”. Segundo o autor, “quando a punição é inevitável quer se esteja de boa ou má-fé, então incentiva-se o agente público a locupletar-se”, seja para resguardar futura defesa, com a contratação de advogados e demais custos, seja para “apropriar-se ilícitamente de recursos públicos para o período de infortúnios”, após o exercício do cargo⁵.

De qualquer forma, indubitável que o combate ao direito administrativo do medo e suas consequências (“apagão das canetas” e “fuga da responsabilização”) serviu, ao menos teoricamente, como base de sustentação política para a realização da reforma da LIA, pela Lei nº 14.230/2021, tendo por finalidade eliminar ou diminuir o risco de responsabilização por ato de improbidade administrativa em condutas que configurem mero erro administrativo, criando, assim, um ambiente de tranquilidade necessária que propicie e estimule o dinamismo do processo decisório pelos gestores públicos.

1.1.3 A REFORMA DA LIA E SUA NOVA ESTRUTURA NORMATIVA

Com a edição da Lei nº 14.230/2021, a Lei nº 8.429/1992, ao disciplinar os atos de improbidade administrativa, seus elementos consubstanciadores e respectivas sanções, passa a apresentar a seguinte estrutura normativa:

- Bem jurídico tutelado nas ações por improbidade administrativa (art. 1º, caput e § 5º);
- Conceito de atos de improbidade administrativa (art. 1º, § 1º);
- Elemento subjetivo necessário para a configuração dos atos de improbidade administrativa (art. 1º, §§ 2º e 3º; art. 10, § 2º; art. 11, §§ 1º e 2º);
- Aplicabilidade dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador ao sistema de responsabilização por ato de improbidade administrativa (art. 1º, § 4º);
- Sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa (art. 1º, §§ 5º, 6º e 7º);

4. TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 12ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2021. p. 109.

5. SANTOS, Rodrigues Valgas. Direito Administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 126.

- Não configuração de ato de improbidade administrativa, quando haja divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência (art. 1º, § 8º);
- Sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa (arts. 2º e 3º);
- Dever de representação, pela autoridade que conhecer de indícios de ato de improbidade administrativa, ao Ministério Público para que sejam adotadas as providências necessárias (art. 7º);
- Responsabilidade patrimonial dos sucessores do ímprobo (arts. 8º e 8º-A);
- Atos de improbidade administrativa (arts. 9º, 10 e 11);
- Sanções e respectivos critérios de aplicabilidade (art. 12);
- Declaração de bens dos agentes públicos (art. 13);
- Procedimento administrativo para apuração dos atos de improbidade administrativa (arts. 14 e 15);
- Medida cautelar de indisponibilidade de bens (art. 16);
- Procedimento judicial para apuração dos atos de improbidade administrativa (arts. 17, 17-B, 17-C, 17-D, 18 e 18-A);
- Acordo de não persecução cível (art. 17-B);
- Criminalização da representação inverídica da prática de ato de improbidade administrativa (art. 19);
- Eficácia das sanções de perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos (art. 20, caput);
- Afastamento cautelar do agente público do exercício da função (art. 20, §§ 1º e 2º);
- Irrelevância da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público e da aprovação ou rejeição das contas pelos órgãos de controle (art. 21, caput);
- Consideração na formação da convicção do juiz dos atos e provas praticados e produzidos perante os órgãos de controle (art. 21, §§ 1º e 2º);
- Vinculação de instâncias (art. 21, §§ 3º e 4º);
- Compensação de sanções (art. 21, § 5º);
- Instauração de inquérito civil ou procedimento investigativo assemelhado, bem como requisição de instauração de inquérito policial, pelo Ministério Público, para apurar a prática de ato de improbidade administrativa (art. 22);
- Prescrição das pretensões sancionatórias decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa (art. 23);
- Dever do Poder Público de capacitação contínua dos agentes públicos e políticos que atuem com prevenção ou repressão de atos de improbidade administrativa (art. 23-A);

- Despesas processuais e honorários sucumbenciais nos processos judiciais para apuração dos atos de improbidade administrativa (art. 23-B);
- Exclusão dos partidos políticos e suas fundações do sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa (art. 23-C); e
- Vigência e revogação das disposições em contrário (arts. 24 e 25).

No decorrer desse livro abordaremos cada um dos artigos existentes na Lei, esmiuçando os pontos relevantes sobre cada uma de suas disposições.

1.1.4 CORRUPÇÃO E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Corrupção, em uma análise lexical, significa “deterioração, modificação, adulteração das características originais de algo, depravação de hábitos, costumes etc.; devassidão”⁶.

Ao tratar do conceito de corrupção, esclarece Waldo Fazzio Junior que “[h]á que o entenda (o termo) como depravação, suborno, desmoralização. Contudo, hoje em dia, apresenta-se afetado por conotação moral, por sentido metafórico que traduz um distanciamento de conduta em relação a determinado padrão tido por correto, um desvio de atuação. No uso vulgar, cifra-se na falta de honestidade, precisamente o atributo que deve ornamentar o desempenho das funções públicas”⁷.

Sob a perspectiva técnico-jurídico do ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, corrupção pode ser definida, nos termos dos arts. 317 e 333 do Código Penal, como: i) a solicitação ou o recebimento por funcionário público, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou a aceitação de promessa de tal vantagem (**corrupção passiva**); e ii) o oferecimento ou a promessa de vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício (**corrupção ativa**).

No entanto, fazendo um paralelo entre os **mandados de criminalização compulsória** estabelecidos na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida)⁸ e o ordenamento jurídico brasileiro, é possível enquadrar as seguintes condutas criminosas, tipificadas na legislação nacional, no conceito amplo de corrupção:

- a) Suborno de funcionários públicos nacionais** (art. 15⁹ da Convenção de Mérida), correspondente aos **crimes de corrupção passiva, corrupção ativa e**

6. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 848.

7. FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Corrupção no poder público: peculato, concussão, corrupção passiva e prevaricação. São Paulo: Atlas, 2002, p. 162.

8. A Convenção de Mérida foi assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, ratificada em 15 de junho de 2005 e promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

9. Artigo 15 Suborno de funcionários públicos nacionais Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometidos intencionalmente: a) A promessa, o oferecimento ou a concessão a um funcionário público, de forma direta ou indireta, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa ou entidade com o fim de que tal funcionário atue ou se abstenha de atuar no cumprimento de suas funções oficiais; b) A solicitação ou

concussão, previstos, respectivamente, nos arts. 317¹⁰, 333¹¹ e 316¹² do Código Penal;

- b) Suborno de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários de organizações internacionais públicas** (art. 16¹³ da Convenção de Mérida), correspondente, em parte, ao crime de **corrupção ativa em transação comercial internacional**, previsto no art. 337-B¹⁴ do Código Penal; e
- c) Malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público** (art. 17¹⁵ da Convenção de Mérida), correspondente aos **crimes de peculato e de peculato mediante erro de outrem**, previstos, respectivamente, nos arts. 312¹⁶ e 313¹⁷ do Código Penal.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida) também estabelece **mandados de criminalização facultativa** para as seguintes condutas

aceitação por um funcionário público, de forma direta ou indireta, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa ou entidade com o fim de que tal funcionário atue ou se abstenha de atuar no cumprimento de suas funções oficiais.

10. Corrupção passiva Art. 317 – Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.
11. Corrupção ativa Art. 333 – Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.
12. Concussão Art. 316 – Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.
13. Artigo 16 Suborno de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários de organizações internacionais públicas 1. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, a promessa, oferecimento ou a concessão, de forma direta ou indireta, a um funcionário público estrangeiro ou a um funcionário de organização internacional pública, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa ou entidade com o fim de que tal funcionário atue ou se abstenha de atuar no exercício de suas funções oficiais para obter ou manter alguma transação comercial ou outro benefício indevido em relação com a realização de atividades comerciais internacionais. 2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, a solicitação ou aceitação por um funcionário público estrangeiro ou funcionário de organização internacional pública, de forma direta ou indireta, de um benefício indevido que redunde em proveito próprio ou no de outra pessoa ou entidade, com o fim de que tal funcionário atue ou se abstenha de atuar no exercício de suas funções oficiais.
14. Corrupção ativa em transação comercial internacional Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.
15. Artigo 17 Malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, a malversação ou o peculato, a apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens, fundos ou títulos públicos ou privados ou qualquer outra coisa de valor que se tenham confiado ao funcionário em virtude de seu cargo.
16. Peculato Art. 312 – Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena – reclusão, de dois a doze anos, e multa.
17. Peculato mediante erro de outrem Art. 313 – Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

correlatas à corrupção: **i) Tráfico de influências** (art. 18¹⁸ da Convenção de Mérida), correspondente, em parte, ao **crime de tráfico de influência**, previsto no art. 332¹⁹ do Código Penal; **ii) Abuso de funções** (art. 19²⁰ da Convenção de Mérida), correspondente ao **crime previsto no art. 33, parágrafo único²¹, da Lei que define os crime de abuso de autoridade** (Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019); **iii) Enriquecimento ilícito** (art. 20²² da Convenção de Mérida), inexistindo lei interna de criminalização de tal conduta; **iv) Suborno no setor privado** (art. 21²³ da Convenção de Mérida), inexistindo lei interna de criminalização de tal conduta; **v) Malversação ou peculato de bens no setor privado** (art. 22²⁴ da Convenção de Mérida), inexistindo lei interna de crimina-

-
18. Artigo 18 Tráfico de influências 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: a) A promessa, o oferecimento ou a concessão a um funcionário público ou a qualquer outra pessoa, de forma direta ou indireta, de um benefício indevido com o fim de que o funcionário público ou a pessoa abuse de sua influência real ou suposta para obter de uma administração ou autoridade do Estado Parte um benefício indevido que redunde em proveito do instigador original do ato ou de qualquer outra pessoa; b) A solicitação ou aceitação por um funcionário público ou qualquer outra pessoa, de forma direta ou indireta, de um benefício indevido que redunde em seu proveito próprio ou no de outra pessoa com o fim de que o funcionário público ou a pessoa abuse de sua influência real ou suposta para obter de uma administração ou autoridade do Estado Parte um benefício indevido.
19. Tráfico de Influência Art. 332 – Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.
20. Artigo 19 Abuso de funções 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 abuso de funções ou do cargo, ou seja, a realização ou omissão de um ato, em violação à lei, por parte de um funcionário público no exercício de suas funções, com o fim de obter um benefício indevido para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade.
21. Art. 33. Exigir informação ou cumprimento de obrigação, inclusive o dever de fazer ou de não fazer, sem expresse amparo legal: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se utiliza de cargo ou função pública ou invoca a condição de agente público para se eximir de obrigação legal ou para obter vantagem ou privilégio indevido.
22. Artigo 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 relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele.
23. Artigo 21 Suborno no setor privado Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais: a) A promessa, o oferecimento ou a concessão, de forma direta ou indireta, a uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar; b) A solicitação ou aceitação, de forma direta ou indireta, por uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar.
24. Artigo 22 Malversação ou peculato de bens no setor privado Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais, a malversação ou peculato, por uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de quaisquer bens, fundos ou títulos privados ou de qualquer outra coisa de valor que se tenha confiado a essa pessoa por razão de seu cargo.

lização de tal conduta; **vi) Lavagem de produto de delito** (art. 23²⁵ da Convenção de Mérida), correspondente ao **crime de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores**, previsto no art. 1^o²⁶ da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998; **vii) Encobrimento** (art. 24²⁷ da Convenção de Mérida), correspondente ao **crime de favorecimento real**, previsto no art. 349²⁸ do Código Penal; e **viii) Obstrução da justiça** (art. 25²⁹ da

25. Artigo 23 Lavagem de produto de delito 1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente: a) i) A conversão ou a transferência de bens, sabendo-se que esses bens são produtos de delito, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens e ajudar a qualquer pessoa envolvida na prática do delito com o objetivo de afastar as conseqüências jurídicas de seus atos; ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, situação, disposição, movimentação ou da propriedade de bens ou do legítimo direito a estes, sabendo-se que tais bens são produtos de delito; b) Com sujeição aos conceitos básicos de seu ordenamento jurídico: i) A aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo-se, no momento de sua recepção, de que se tratam de produto de delito; ii) A participação na prática de quaisquer dos delitos qualificados de acordo com o presente Artigo, assim como a associação e a confabulação para cometê-los, a tentativa de cometê-los e a ajuda, incitação, facilitação e o assessoramento com vistas à sua prática. 2. Para os fins de aplicação ou colocação em prática do parágrafo 1 do presente Artigo: a) Cada Estado Parte velará por aplicar o parágrafo 1 do presente Artigo à gama mais ampla possível de delitos determinantes; b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes, como mínimo, uma ampla gama de delitos qualificados de acordo com a presente Convenção; c) Aos efeitos do item “b)” supra, entre os delitos determinantes se incluirão os delitos cometidos tanto dentro como fora da jurisdição do Estado Parte interessado. Não obstante, os delitos cometidos fora da jurisdição de um Estado Parte constituirão delito determinante sempre e quando o ato correspondente seja delito de acordo com a legislação interna do Estado em que se tenha cometido e constituí-se assim mesmo delito de acordo com a legislação interna do Estado Parte que aplique ou ponha em prática o presente Artigo se o delito houvesse sido cometido ali; d) Cada Estado Parte proporcionará ao Secretário Geral das Nações Unidas uma cópia de suas leis destinadas a dar aplicação ao presente Artigo e de qualquer emenda posterior que se atenha a tais leis; e) Se assim requererem os princípios fundamentais da legislação interna de um Estado Parte, poderá dispor-se que os delitos enunciados no parágrafo 1 do presente Artigo não se apliquem às pessoas que tenham cometido o delito determinante.
26. Art. 1^o Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa. § 1^o Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I – os converte em ativos lícitos; II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III – importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros. § 2^o Incorre, ainda, na mesma pena quem: I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.
27. Artigo 24 Encobrimento Sem prejuízo do disposto no Artigo 23 da presente Convenção, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outra índole que sejam necessárias para qualificar o delito, quando cometido intencionalmente após a prática de quaisquer dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção mas sem haver participado deles, o encobrimento ou a retenção contínua de bens sabendo-se que tais bens são produtos de quaisquer dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.
28. Favorecimento real Art. 349 – Prestar a criminoso, fora dos casos de co-autoria ou de recepção, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime: Pena – detenção, de um a seis meses, e multa.
29. Artigo 25 Obstrução da justiça Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometidos intencionalmente: a) O uso da força física, ameaças ou intimidação, ou a promessa, o oferecimento ou a concessão de um benefício indevido para induzir uma pessoa a prestar falso testemunho ou a atrapalhar a prestação de testemunho ou a apartação de provas em processos relacionados com a prática dos delitos qualificados de acordo com essa Convenção; b) O uso da força física, ameaças ou intimidação para atrapalhar o cumprimento das funções oficiais de um funcionário da justiça ou dos serviços encarregados de fazer cumprir-se a lei em relação com a prática dos delitos qualificados

Convenção de Mérida), correspondente ao crime de **coação no curso do processo** (art. 344³⁰ do Código Penal), bem como aos previstos no art. 343³¹ do Código Penal e no § 1º do art. 2º³² da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.

É perceptível que a corrupção se coloca como um meio de desvirtuamento e degradação do interesse público da função desenvolvida pelo agente estatal, de modo a possibilitar a prevalência indevida de interesses particulares, fazendo, assim, com que o interesse coletivo seja preterido pelo império do interesse privado, a solapar as bases de interesse social, sobre as quais se edifica o sistema jurídico. Nesse sentido, assevera Jesús González Pérez que “a corrupção consiste, precisamente, na utilização de poderes públicos para interesses particulares, qualquer que seja a forma de se manifestar, seja em benefício próprio ou de terceiro ou do partido político; seja por razão de amizade ou por dinheiro ou por outras prestações”³³.

A corrupção, sob o prisma eminentemente jurídico, indica, em suma, condutas praticadas por agente público ou particular voltadas a interferir, mediante o manejo de vantagem indevida, no escorrito cumprimento da função pública desempenhada pelo agente público, de modo que, ao invés da observância dos legítimos interesses impostos pela finalidade pública, prevaleçam os ilegítimos e escusos interesses privados.

Tendo em vista a relevância do bem jurídico a ser tutelado e o alto desvalor da conduta, a corrupção é tipificada como conduta criminosa. A corrupção, assim, tem alcance mais restrito do que os atos de improbidade administrativa, constituindo apenas uma das faces da improbidade administrativa. Com efeito, os atos de improbidade administrativa abrangem condutas que não são tipificadas criminalmente, não sendo correto, portanto, enquadrar todos os atos de improbidade administrativa como atos de corrupção. **É possível afirmar, então, que toda corrupção será caracterizada como improbidade, mas nem toda improbidade pode ser classificada como corrupção. A improbidade administrativa é o gênero do qual a corrupção é espécie.**

Em face dessa interseção entre a corrupção e a improbidade administrativa, mostra-se relevante a abordagem e a sistematização dos efeitos e das causas, especialmente considerando a realidade brasileira, dos atos de corrupção.

de acordo com a presente Convenção. Nada do previsto no presente Artigo menosprezará a legislação interna dos Estados Partes que disponham de legislação que proteja a outras categorias de funcionários públicos.

30. Coação no curso do processo Art. 344 – Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa, além da pena correspondente à violência.
31. Art. 343. Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação: Pena – reclusão, de três a quatro anos, e multa. Parágrafo único. As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.
32. Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. § 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.
33. PEREZ, Jesús González. La ética en la Administración pública. 2 ed. Madrid: Civitas, p. 64.

A corrupção produz efeitos nefastos na sociedade. Imprime uma lógica cruel de captura do interesse social da função pública pelo império do interesse privado, que põe em descrédito as relações sociais e a própria atividade econômica, na medida em que, a um só tempo, alija do mercado ou impede o desenvolvimento de agentes econômicos não dispostos a aderir a essa lógica e possibilita o crescimento artificial de agentes econômicos ineficientes.

A par dos efeitos deletérios nas relações sociais e na economia, a corrupção, conforme aponta a doutrina, macula o funcionamento da própria organização estatal, ensejando “[...] o surgimento de um código paralelo de conduta, à margem da lei e da razão, que paulatinamente se incorpora ao *standard* de normalidade do *homo medius*. Uma vez iniciado esse processo, difícil será a reversão ao *status quo*, fundado na pureza normativa de um *dever ser* direcionado à consecução do bem de todos”³⁴.

Além disso, a corrupção acarreta o desvio de significativa gama de recursos que impacta diretamente no desenvolvimento e efetivação dos direitos fundamentais, motivo pelo qual se defende, no âmbito doutrinário, **a corrupção como prática violadora dos direitos humanos**.

Nas palavras de Regis Fernandes de Oliveira, “[c]onsequência evidente da corrupção é a agressão aos direitos humanos. Na medida em que os recursos públicos são desviados para pagamento de propinas, para extorsão de servidores, para fraudes, para compra de consciências, para liberação acelerada de verbas, para ganho em licitações, para não pagamento de tributos, para sonegação, enfim, para deturpação de qualquer espécie, o lesado não é o governo, mas o ser humano. [...] Se é assim, evidente está que com receitas que poderiam gerar hospitais, creches, escolas, merenda escolar, leite, cestas básicas etc., e como são elas desviadas de seus objetivos para atender a comportamentos corruptos, há o que se pode rotular de disfunção da função. [...] Daí não termos dúvida em afirmar que a corrupção violenta os Direitos Humanos”³⁵.

Nesse sentido, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 976566/PA, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, consignou em seu voto que o “combate à corrupção, à ilegalidade e à imoralidade no seio do Poder Público, com graves reflexos na carência de recursos para implementação de políticas públicas de qualidade, deve ser prioridade absoluta no âmbito de todos os órgãos constitucionalmente institucionalizados. A corrupção é a negativa do Estado Constitucional, que tem por missão a manutenção da retidão e da honestidade na conduta dos negócios públicos, pois não só desvia os recursos necessários para a efetiva e eficiente prestação dos serviços públicos, mas também corrói os pilares do Estado de Direito e contamina a necessária legitimidade dos detentores de cargos públicos, vital para a preservação da Democracia representativa, pois, como afirmado por MARCO TÚLIO CÍCERO (Manual do candidato às eleições): ‘fazem muito mal à República os políticos corruptos, pois não apenas

34. GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa* / Emerson Garcia, Rogério Pacheco. – 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 61.

35. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 284.

de preço e de riscos envolvidos, podendo ser necessária para a continuidade da atuação empresarial, com todos os reflexos econômicos decorrentes. Assim, a regra objetiva dar segurança jurídica ao negócio de reestruturação empresarial, quando envolvidas pessoas jurídicas acusadas em processo de improbidade administrativa. Por outro lado, pode também ser indevidamente utilizada para obstar parte das sanções aplicáveis, um problema que precisará ser devidamente identificado no processo de apuração de eventual prática de ato de improbidade administrativa.

Convém salientar que, diante dessas disposições, ao menos em relação às hipóteses de fusão e incorporação, restam afastadas as demais sanções, que não envolvam a obrigação de reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, desde que os atos tenham sido praticados antes da data da fusão ou da incorporação. Convém frisar, esta proteção é afastada, caso verificada que a fusão ou a incorporação tenha sido utilizada como instrumento para simulação ou fraude.

CAPÍTULO II DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

SEÇÃO I Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa **importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida** em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade **nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:** (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

9 ATOS DE IMPROBIDADE QUE IMPORTAM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO (TIPOLOGIA LEGAL)

Constitui-se como 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 nos sujeitos passivos (anteriormente descritos). Por sua vez, os incisos do referido dispositivo ainda trazem um elenco exemplificativo de atos de improbidade classificados nessa modalidade.

Conforme já mencionado, o legislador valeu-se da seguinte metodologia na definição da tipologia legal dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito: i) no **caput**, foi adotada uma descrição aberta de condutas configuradoras de atos de improbidade administrativa, estabelecida, por intermédio de conceitos jurídicos indeterminados; e ii) nos incisos, foram elencadas hipóteses específicas ensejadoras de atos de improbidade administrativa.

Reitere-se, mais uma vez, que existe uma relativa autonomia entre os incisos e o **caput** do art. 9º da LIA. Nas palavras de Emerson Garcia:

“[c]omo se vê, a técnica legislativa adotada pela Lei n. 8.429/92 permite a identificação de uma relativa autonomia entre os incisos e o caput do art. 9º, demonstrando que, não raro, possível será que determinado ato não se subsuma aos incisos mas encontre acolhida no *caput*, já que diversos são os elementos que os informam. Com a subsunção do ato à tipologia legal, ter-se-á, além do dever moral, o dever jurídico de ressarcimento, estando o agente igualmente sujeito às demais sanções que advêm da prática do mais grave e vil dos de improbidade.”²⁷⁹

Por fim, convém pontuar que as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021 não modificaram tal metodologia em relação à tipologia dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito. Diversamente dos atos de improbidade que atentam contra os princípios das Administração Pública, que passaram a ter tipificação taxativa, o art. 9º da LIA continua a trazer um elenco exemplificativo de atos de improbidade classificados nessa modalidade.

9.1 REQUISITOS

Convém citar a doutrina de José Antonio Lisbôa Neiva²⁸⁰, que aponta os seguintes requisitos para a configuração dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito:

- a) o enriquecimento ilícito, pelo recebimento de vantagem patrimonial indevida;
- b) a conduta dolosa do agente;
- c) a existência de liame entre o recebimento e o exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade pública de um modo geral, em uma das entidades mencionadas no art. 1º da LIA;
- d) nexó de causalidade entre o comportamento desejado e a vantagem patrimonial recebida.

Realmente, pelo texto descrito pela lei, são requisitos necessários à configuração do ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito.

Alguns deles serão tratados mais detidamente, em tópicos a seguir.

9.2 ELEMENTO SUBJETIVO

É importante ressaltar que a nova redação dada pela Lei 14.230/2021 ao “caput” do art. 9º da LIA deixa explícita a exigência do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito.

279. GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*/Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves – 7. ed., rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 360.

280. NEIVA, José Antonio Lisbôa. *Improbidade Administrativa: legislação comentada artigo por artigo: doutrina, legislação e jurisprudência*. 5. ed., rev. e atual. – Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 89.

Além do mais, conforme já pontuado nos comentários ao art. 1º, §§ 2º e 3º, da LIA, as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021 estabelecem a necessidade de comprovação do denominado “dolo específico”, sem o qual restará afastada a responsabilidade por ato de improbidade administrativa, restando superado, assim, o posicionamento jurisprudencial e doutrinário no sentido de que, para a configuração do ato de improbidade administrativa, bastaria a presença do “dolo genérico”.

A exigência do dolo específico para a configuração do ato de improbidade administrativa fica evidenciada nos §§ 2º e 3º do art. 1º da LIA, incluídos pela Lei nº 14.230/2021, na medida em que se estabelece que não basta a voluntariedade do agente ou o mero exercício da função ou desempenho de competências públicas para a configuração do dolo, sendo imprescindível a comprovação de que a conduta consciente e voluntária do agente seja voltada especificamente à realização do resultado ou fim ilícito dos elementos objetivos que compõem os atos de improbidade administrativa.

Por sua vez, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 11, incluídos pela Lei nº 14.230/2021, deve ser comprovada a finalidade de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade na conduta funcional do agente público para a configuração de quaisquer atos de improbidade administrativa.

9.3 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA X ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

O enriquecimento sem causa não se confunde com o enriquecimento ilícito. Enquanto aquele caracteriza-se pelo enriquecimento à custa de outrem, sem lastro em justa causa, nos termos do art. 884 do Código Civil²⁸¹, este ocorre quando o enriquecimento à custa de outrem, para além da ausência de justa causa, é derivado de conduta ilícita informada pela má-fé, deslealdade ou desonestidade.

Nesse sentido, Flávio Tartuce aduz, de forma elucidativa, que:

“[c]ategoricamente, o *enriquecimento sem causa* não se confunde com o *enriquecimento ilícito*. Na primeira hipótese, falta uma causa jurídica para o enriquecimento. Na segunda, o enriquecimento está fundado em um ilícito. Assim, todo enriquecimento ilícito é sem causa, mas nem todo enriquecimento sem causa é ilícito. Um contrato desproporcional pode não ser um ilícito e gerar enriquecimento sem causa”²⁸².

José dos Santos Carvalho Filho pondera que “[c]onstitui *objeto da tutela o enriquecimento legítimo*, justo e moral. Não há objeção a que o indivíduo se enriqueça, desde que o faça por meios lícitos. O que a lei proíbe é o enriquecimento ilícito, ou seja,

281. Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

282. TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011. p. 283.

aquele que ofende os princípios da moralidade e da probidade”²⁸³. No mesmo sentido, Emerson Garcia aduz que “[o] simples enriquecimento à custa de outrem não infringe a ordem moral, o que a infringe é o enriquecimento injusto, o qual acarreta o dever moral de indenizar aquele que empobreceu”²⁸⁴.

9.4 VANTAGEM DE CARÁTER PATRIMONIAL

É imprescindível, para a configuração do ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito, que a vantagem auferida pelo agente público seja de caráter patrimonial.

Nesse sentido, Emerson Garcia assevera que:

“[a]s vantagens de ordem sexual obtidas pelo agente em razão do vínculo mantido junto ao Poder Público, por não terem cunho ‘propriamente’ patrimonial, não ensejarão a incidência da tipologia do art. 9º da Lei de Improbidade. Isto, no entanto, não impedirá a incidência da tipologia do art. 10, em sendo constatado que a sua ação ou omissão causou dano ao patrimônio público, ou do art. 11, em tendo ocorrido tão somente a violação aos princípios regentes da atividade estatal. Falamos na ausência de cunho ‘propriamente’ patrimonial não por estar a relação sexual fora do comércio, já que a prostituição é tão antiga quanto o homem, mas, sim, porque tal prática, por si só, não assume contornos patrimoniais. Sob outra ótica, demonstrando-se que as relações foram mantidas com profissional, deixando o agente público de despender o numerário exigido para o pagamento do ‘serviço’, será evidente a obtenção da vantagem patrimonial indevida”²⁸⁵.

Outras espécies de vantagens, tais como as de natureza profissional, sexual ou sentimental, não são aptas a configurar o ato de improbidade administrativa descrito no art. 9º da LIA. Mostra-se, então, “[i]ndispensável que haja enriquecimento patrimonial indevido, eis que, se houver vantagem diversa da patrimonial, a improbidade existirá, mas terá adequação nos arts. 11 ou 10, conforme o caso”²⁸⁶.

9.4.1 A VANTAGEM PATRIMONIAL INDEVIDA PODE SER OBTIDA POR OMISSÃO

Não só por meio de conduta comissiva é possível a prática de ato de improbidade que importe em enriquecimento ilícito. A conduta omissiva também é apta a configurar o ato de improbidade descrito no art. 9º da LIA. Assim, o recebimento, a aceitação, a

283. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2013, p. 1083.

284. GARCIA, Emerson. Improbidade Administrativa/Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves – 7. ed., rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 354.

285. GARCIA, Emerson. Improbidade Administrativa/Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves – 7. ed., rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 362.

286. NEIVA, José Antonio Lisboa. Improbidade Administrativa: legislação comentada artigo por artigo: doutrina, legislação e jurisprudência. 5. ed., rev. e atual. – Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 89.

percepção ou a incorporação de vantagem patrimonial indevida podem, perfeitamente, ser efetivadas por meio de condutas omissivas.

A respeito do assunto, embora proferidas no âmbito do Direito Penal, mostram-se pertinentes, em sede de improbidade administrativa, as observações de Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Jr., citados por Rogério Sanches, sobre a prática de corrupção passiva por omissão, no sentido de que “[o]s casos que se pretende enquadrar no conceito de recebimento ou aceitação mediante omissão são comportamentos omissivos só aparentemente. Trata-se, na realidade, de verdadeiros comportamentos positivos, como no caso de receber de presente o objeto que já possui”²⁸⁷.

9.4.2 VANTAGEM PATRIMONIAL POR PRESTAÇÃO POSITIVA OU NEGATIVA

A vantagem patrimonial decorrente do ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito pode ser obtida por meio de prestação positiva ou negativa.

A **vantagem patrimonial por prestação positiva** é aquela em que há um acréscimo patrimonial típico, no sentido de se adicionar novos bens ou valores ao patrimônio do agente. Em outras palavras, consideram-se positivas as prestações que produzem acréscimo ao patrimônio do agente, “possibilitando um somatório de novos bens ou valores àqueles preexistentes à prática ilícita”²⁸⁸.

A **vantagem patrimonial por prestação negativa** é aquela em que, embora não ocorra um acréscimo patrimonial, proporciona ao agente público a não realização de uma despesa, evitando a diminuição de bens ou valores que integram seu patrimônio. No mesmo sentido, Emerson Garcia aduz que são prestações negativas “aquelas que evitam uma diminuição dos bens ou valores existentes no patrimônio do agente, fazendo que determinado ônus, preexistente ao ilícito, ou não, seja assumido por terceiro”²⁸⁹.

Não importa se a vantagem econômica indevida for obtida por prestação positiva ou negativa, para caracterização do enriquecimento ilícito do agente público ou terceiro. Tanto a prestação positiva, quanto a prestação negativa, ensejam o enriquecimento ilícito do agente, caracterizando-se, assim, o ato de improbidade administrativa descrito no art. 9º da LIA.

9.4.3 VANTAGEM PATRIMONIAL DIRETA OU INDIRETA

A vantagem patrimonial pode ser recebida de forma direta ou indireta. Na primeira hipótese, ela será absorvida já pelo próprio agente público, sem intermediários. Na

287. CUNHA, Rogério Sanches. Curso de Direito Penal, Parte Especial – volume único (arts. 121 ao 361). ed. 4. Salvador: 2012, p. 760.

288. GARCIA, Emerson. Improbidade Administrativa/Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves – 7. ed., rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 362.

289. GARCIA, Emerson. Improbidade Administrativa/Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves – 7. ed., rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 363.

forma indireta, utiliza-se um intermediário, que receberá a vantagem, inicialmente, e posteriormente reverterá para o agente público.

9.5 IRRELEVÂNCIA DA LICITUDE DO ATO ADMINISTRATIVO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO ATO ÍMPROBO

Para a caracterização do ato de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, é irrelevante se a vantagem econômica indevida enseja a prática de ato administrativo lícito ou ilícito.

O legislador entendeu que é suficiente, para a configuração do ato ímprobo, a reprovabilidade que recai sobre o desvalor da conduta, sendo possível, todavia, valorar a ilicitude do ato administrativa na dosimetria da pena a ser aplicada, conforme os arts. 12 e 17-C da LIA.

9.6 DANO AO ERÁRIO COMO ELEMENTO ACIDENTAL

Conforme deixa claro o art. 21, I, da LIA, o dano a erário não é elemento essencial para a configuração do ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito. No entanto, embora não seja elemento essencial, é possível a ocorrência de dano ao erário no ato de improbidade administrativa descrito no art. 9º da LIA, situação em que funcionará como elemento accidental.

Nessa linha, José Antonio Lisbôa Neiva pondera que a caracterização deste ato de improbidade não torna imprescindível a ocorrência de dano ao patrimônio da pessoa jurídica da qual faz parte o agente, “na medida em que o juízo de reprovabilidade incide na própria conduta de receber a vantagem ilícita em razão de sua posição, como agente público que teria atribuição para a ação ou omissão desejada pelo terceiro”²⁹⁰.

Apesar de ser o dano ao erário um elemento accidental do ato de improbidade administrativa descrita no art. 9º da LIA, somente ocorrerá o ressarcimento integral do dano, quando houver efetivo prejuízo ao erário, conforme evidenciam o art. 12, *caput*, e art. 21, I, da LIA, com redações dada pela Lei nº 14.230/2021.

Desde outrora, a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admitia a condenação por ato de improbidade administrativa que importe enriquecimento ilícito, mesmo sem constatação de dano ao erário:

DIREITO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE DE LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO EM ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE IMPORTA ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. Ainda que não haja dano ao erário, é possível a condenação por ato de improbidade administrativa que importe enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei n. 8.429/1992), excluindo-se, contudo, a possibilidade de aplicação da pena de ressarcimento ao erário. Isso porque, comprovada a ilegalidade na conduta do agente, bem como a presença do dolo indispensável à configuração do ato de improbidade administrativa, a ausência de dano

290. NEIVA, José Antonio Lisbôa. Improbidade Administrativa: legislação comentada artigo por artigo: doutrina, legislação e jurisprudência. 5. ed., rev. e atual. – Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 88.

ao patrimônio público exclui tão-somente a possibilidade de condenação na pena de ressarcimento ao erário. As demais penalidades são, em tese, compatíveis com os atos de improbidade tipificados no art. 9º da LIA²⁹¹.

Em outras palavras, podemos ter um ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito, sem necessário dano ao erário, embora a ausência de dano tenha o condão de tornar prejudicada a aplicação da sanção de ressarcimento.

9.7 FUNCIONÁRIO FANTASMA

A prática de percepção de remuneração por agente público sem a correspondente contraprestação laboral, caracterizando a figura do denominado “funcionário fantasma”, enquadra-se como ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito.

O Superior Tribunal de Justiça já externou entendimento segundo o qual é possível tal punição por ato de improbidade administrativa:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. “FUNCIONÁRIO FANTASMA”. PERCEPÇÃO DE VENCIMENTOS SEM A CORRESPONDENTE CONTRAPRESTAÇÃO LABORAL. AUTONOMIA DE CONDUTA. DESNECESSIDADE DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO COM OUTRO AGENTE PÚBLICO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DOLO CONFIGURADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 9º, CAPUT, DA LEI Nº 8.429/92. SANÇÕES APLICADAS DE FORMA PROPORCIONAL E RAZOÁVEL. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Ressai claro dos autos que havia um vínculo jurídico-funcional entre a Administração e a ré, que, na condição de Secretária Parlamentar da Câmara dos Deputados, percebeu remuneração por quase dez anos, sem a necessária contrapartida laboral.

2. A pessoa vinculada à Administração que, confessadamente, auferiu remuneração dos cofres públicos sem haver trabalhado pratica ato de improbidade autônomo, que não reclama a simultânea responsabilização de eventual partícipe. Patenteada sua condição de agente pública, está a recorrente legitimada para figurar no polo passivo da ação de improbidade, de per se, sem a necessidade de formação de litisconsórcio passivo com outro também agente público.

3. Acrescente-se que, ante o arcabouço fático delineado no acórdão, restou claramente evidenciado o dolo na conduta da recorrente, ensejadora de inegável enriquecimento ilícito. Tal comportamento, sem dúvida, revela-se suficiente para caracterizar o ato de improbidade capitulado no art. 9º, caput, da Lei nº 8.429/92.

4. Tendo em mira a diretriz dosimétrica estampada no parágrafo único do art. 12 da LIA (“[...] o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”), as razões

291. STJ. REsp 1.412.214-PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para acórdão Min. Benedito Gonçalves, julgado em 8/3/2016, DJe 28/3/2016. Inf. 580.

do recurso especial não lograram demonstrar que, na espécie, as sanções aplicadas devessem ser decotadas à conta de suposta falta de proporcionalidade ou razoabilidade.

5. Recurso especial desprovido.

(REsp 1434985/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 28/08/2014)

Art. 9º [...]

I – receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

9.8 RECEBER VANTAGEM ECONÔMICA EM RAZÃO DAS ATRIBUIÇÕES FUNCIONAIS (ART. 9º, I, DA LIA)

Configura, nos termos do art. 9º, I, da Lei nº 8.429/92, ato de improbidade administrativa, que importa enriquecimento ilícito, o recebimento, pelo agente público, para si ou para outrem, de dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público.

9.8.1 ELEMENTOS PARA A CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A conduta é assemelhada ao tipo que define o crime de corrupção passiva delineado no art. 317 do Código Penal²⁹². Observa-se que, para que reste devidamente caracterizado o ato de improbidade administrativa descrito no art. 9º, I, da Lei nº 8.429/92, devem estar delineados, de forma cumulativa, os seguintes elementos:

A) o recebimento pelo agente público, para si ou para outrem, de dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta:

292. Art. 317 – Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

a.1) vantagem econômica direta e indireta.

O recebimento da vantagem econômica pode se dar de duas formas: i) **direta**, quando agente público efetivamente a recebe; ou ii) **indireta**, quando o agente público deixa de realizar uma despesa.

a.2) promessa de vantagem econômica.

Exige-se o efetivo recebimento de vantagem econômica pelo agente público, não sendo suficiente para caracterizar o ato de improbidade administrativa a mera promessa da vantagem. Não obstante a promessa de vantagem econômica ser inidônea para configuração do ato de improbidade administrativa que importe enriquecimento ilícito, em análise, ela por si só pode ser suficiente para caracterizar outra modalidade de ato de improbidade administrativa, quando causar prejuízo ao erário ou restar caracterizada algumas das condutas elencadas nos incisos do art. 11 da LIA.

a.3) destinação da vantagem econômica.

A vantagem econômica recebida pelo agente público pode ter duas destinações: i) **para si próprio**, no caso em que o próprio agente dela se apropria; ou ii) **para outrem**, quando a vantagem econômica é repassada a terceiro. É importante notar que o tipo em análise, ao admitir a destinação da vantagem econômica a terceiro, abre uma exceção ao requisito genérico de auferimento de vantagem patrimonial indevida exigida no “caput” do art. 9º da LIA. É que, nessa hipótese, o agente público não auferi a vantagem econômica, funcionando como intermediário do real destinatário.

No entanto, diante da gravidade da conduta, o legislador encaixou tal situação como enriquecimento ilícito do próprio agente público, o que deve ser aceitável em termos estritos, somente diante de expressa previsão legal.

Ademais, importa ressaltar que, quando a vantagem econômica for destinada a outrem, aquele a quem foi destinada a vantagem econômica somente poderá ser responsabilizado pelo ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 3º da LIA, alterado pela Lei nº 14.230/2021, quando tiver induzido ou concorrido dolosamente para a prática do ato ímprobo, tendo em vista que o terceiro que se limita a beneficiar-se das vantagens decorrentes do ato ímprobo levado a efeito pelo agente público, não estar mais submetido ao sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa.

B) o recebimento da vantagem econômica tenha se dado a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente.**b.1) vantagem econômica indevida.**

A vantagem econômica recebida deve ser indevida. É óbvio, então, que, sendo o agente público remunerado, nos termos da lei, pelo Estado ou por entidade da qual o

Estado participe, mostra-se indevido o recebimento de comissão, percentagem, gratificação ou presente de particulares em razão de suas atribuições funcionais.

C) o particular que fornece a vantagem econômica tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público:

c.1) interesse direto ou indireto do particular.

O interesse do particular nas atribuições do agente pode ser direto ou indireto. Assim, estará configurado o interesse indireto quando o agente público, embora não possuindo atribuição específica, tenha o poder de influenciar, de algum modo, na definição do interesse do particular.

c.2) desnecessidade do efetivo atendimento do interesse do particular.

Não é imprescindível que o agente público efetivamente atenda o interesse do particular, haja vista que o legislador exige tão somente a possibilidade de o interesse privado “ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público”.

c.3) não exigência da ilicitude da conduta funcional.

Não se exige que a ação ou omissão do agente público seja ilícita. Assim, ainda que a conduta funcional do agente público esteja de acordo com o ordenamento jurídico, não sendo infringido dever funcional, o recebimento de vantagem econômica, desde que presentes os demais elementos apontados, configurará ato de improbidade administrativa. Contudo, se a conduta praticada pelo agente público mostrar-se ilícita, tal fato deverá ser levado em consideração na dosimetria das penas a serem aplicadas, em razão de sua maior gravidade.

c.4) dano ao erário.

Nem sempre decorrerá do tipo, em análise, dano ao erário. No entanto, quando a conduta funcional praticada em contrapartida à vantagem econômica auferida pelo agente público for ilícita, aumenta-se a probabilidade de ocorrer dano ao erário.

9.8.2 TERCEIRO PARTÍCIPE

É importante consignar que o particular, seja ele pessoa física ou jurídica, que fornece a vantagem econômica ao agente público, nos termos acima assinalados, afigura-se como terceiro partícipe do ato de improbidade administrativa, nos moldes do art. 3º da LIA, motivo pelo qual também se submeterá, no que couber, às penalidades previstas no art. 12 da LIA.

Art. 9º [...]

II – perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

9.9 PERCEBER VANTAGEM ECONÔMICA PARA FACILITAR CONTRATAÇÕES SUPERFATURADAS (ART. 9º, II, DA LIA)

Conforme estabelece o art. 9º, II, da Lei nº 8.429/92, constitui ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado.

9.9.1 ELEMENTOS PARA A CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A conduta é assemelhada aos tipos que definem os crimes: a) de corrupção passiva, conforme delineado no art. 317 do Código Penal²⁹³; e, eventualmente, a depender do *modus operandi*, b) em licitações e contratos administrativo incluídos pela Lei nº 14.133/2021 no Código Penal, especialmente o descrito no art. 337-L (Fraude em licitação ou contrato)²⁹⁴.

Trata-se, assim, de conduta altamente reprovável, configurando fato de extrema gravidade que deve ser levado em consideração na dosimetria da pena, nos termos dos arts. 12 e 17-C da Lei nº 8.429/92.

Para que reste devidamente caracterizado o ato de improbidade administrativa, descrito no art. 9º, II, da Lei nº 8.429/92, devem estar delineados, de forma cumulativa, os seguintes elementos:

293. Corrupção passiva

Art. 317 – Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

294. Fraude em licitação ou contrato

Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante:

I – entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais;

II – fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido;

III – entrega de uma mercadoria por outra;

IV – alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido;

V – qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.