

O tempo da improbidade: reflexões sobre o marco consumativo dos arts. 9º e 10 da Lei de Improbidade Administrativa após as alterações efetivadas pela Lei n.º 14.230/2021

The timing of administrative improbity: reflections on the moment of completion of articles 9º and 10 of Brazil's Administrative Improbability Act following the amendments introduced by Law nº 14.230/2021

Rita Tourinho*

Sumário

1. Introdução. 2. A interseção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. 3. Da nova configuração dos tipos de improbidade administrativa: a exclusão da norma de reserva a partir de transformação do art. 11 em tipo taxativo. 4. O crime de peculato e o bem jurídico tutelado. 5. O momento consumativo do peculato e dos atos de improbidade administrativa: a utilização da Teoria da *Amotio/ Apprehensio* e a tutela da moralidade administrativa. 6. Conclusão.

Resumo

O presente artigo tem por objetivo refletir sobre o momento consumativo do ato de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário, nas situações em que o agente público desvia, subtrai ou concorre para que terceiro subtraia dinheiro, valores ou bens móveis públicos, valendo-se de sua condição. Pretende-se a utilização da Teoria da *Amotio*, aplicada no Direito Penal em certos crimes. A necessidade dessa reflexão decorre da alteração da improbidade por violação de princípios, que a partir da Lei n.º 14.230/2021 deixou de ser “norma de reserva”.

Abstract

This article aims to reflect on the consummative moment of the act of administrative misconduct due to illicit enrichment and harm to public funds, in situations where a public

* Promotora de Justiça do Estado da Bahia, Coordenadora do Centro de Apoio às Promotorias de Proteção do Patrimônio Público do MPBA, Professora Adjunta da UFBA, mestre em Direito Público pela UFPE, Doutora em Direito Público pela UFBA.

agent diverts, embezzles, or contributes to the embezzlement of public money, valuables, or movable property by a third party, taking advantage of their position. The intention is to utilize the Amotio Theory, applied in Criminal Law to certain crimes. The need for this reflection stems from the alteration of the definition of misconduct due to violation of principles, which, following Law No. 14.230/2021, ceased to be a "reserve norm".

Palavras-chave: Improbidade Administrativa – Enriquecimento Ilícito e Prejuízo ao Erário – Momento consumativo – Utilização da Teoria da *Amotio*.

Keywords: *Administrative Impropriety – Illicit Enrichment and Damage to the Treasury – Consummatory Moment – Use of the Amotio Theory.*

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, em resposta às demandas populares por maior integridade na Administração Pública, estabeleceu expressamente, no *caput* do art. 37, os princípios que regem a atividade administrativa. No § 4º do mesmo artigo, previu sanções para os atos de improbidade administrativa, contribuindo para coibir condutas irresponsáveis por parte dos gestores públicos. Também merece destaque a inclusão da moralidade administrativa como fundamento da ação popular (art. 5º, inciso LXXIII), assim como a previsão de suspensão ou perda dos direitos políticos nos casos de improbidade.

A Lei n.º 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA), regulamentando o referido §4º, do art. 37, da Carta Constitucional, surge como marco no combate aos desvios praticados no âmbito do Estado.

A improbidade administrativa, definida na Lei n.º 8.429/1992, passou a ser combatida por meio de sanções severas — como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos —, representando, ao menos, uma esperança de transformação no cenário político-administrativo brasileiro. Surgiu a expectativa de que, com a nova Lei de Improbidade Administrativa, haveria uma espécie de seleção natural daqueles verdadeiramente comprometidos com o interesse coletivo, afastando a perspectiva individualista na gestão pública.

Três décadas de vigência da Lei n.º 8.429/1992 foram suficientes para o amadurecimento de uma visão crítica acerca dos acertos e equívocos decorrentes de sua aplicação.

Apesar de se configurar como um importante instrumento de combate aos desvios cometidos no âmbito da Administração Pública, com o passar do tempo passaram a ser questionados os limites de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, especialmente diante da possível afronta à segurança jurídica decorrente do tipo aberto previsto no art. 11 da Lei n.º 8.429/1992, que trata da improbidade administrativa por violação aos princípios administrativos. Por outro

lado, é importante reconhecer que o art. 11, na redação original da Lei n.º 8.429/1992, representou uma inovação relevante ao permitir a aplicação de sanções ao agente público que violasse os princípios que regem a Administração Pública, ainda que não houvesse enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário.

Com o advento da Lei n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021, que promoveu importantes e necessárias alterações na Lei n.º 8.429/1992, o legislador optou por transformar o art. 11 em um tipo taxativo, exigindo, para a configuração da improbidade administrativa por violação de princípios, o enquadramento da conduta em uma das hipóteses previstas em seus incisos. Com essa alteração, buscou-se assegurar maior segurança jurídica aos agentes públicos. Optou-se, ainda, por excluir a modalidade culposa do tipo previsto no art. 10 da LIA, referente à improbidade por prejuízo ao erário.

É importante destacar que, embora a expressa submissão do regime da improbidade administrativa aos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador só tenha sido formalmente prevista com a introdução do § 4º ao art. 1º da LIA, pela Lei n.º 14.230/2021, essa associação já se mostrava inevitável.

Em razão da inexistência de norma expressa que admitisse a aplicação dos tipos de improbidade administrativa na forma tentada — por analogia ao art. 14 do Código Penal — restou inviabilizada a incidência das tipificações previstas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n.º 8.429/1992 às hipóteses em que não se verifica a plena concretização do tipo objetivo.

Ocorre que tal situação possuía diminuta importância porque, sob a égide da redação original da LIA, mesmo que o agente público não alcançasse a concreção absoluta do tipo, com a efetiva obtenção da vantagem indevida ou provocação de prejuízo ao erário por circunstâncias alheias à sua vontade, era muito possível o enquadramento da conduta como improbidade administrativa por violação de princípios, sobretudo quando presente o dolo. Ou seja, ocorria a incidência da norma de reserva do art. 11.

Tal sistemática servia para garantir a expectativa constitucional de sancionamento dos atos violadores da probidade administrativa, necessária à implementação de direitos fundamentais individuais e sociais, próprios do Estado Social de Direito.

Os direitos fundamentais não compactuam com a impunidade, já que o Estado tem o dever de punir qualquer violação a esses direitos. A impunidade proveniente de interpretações equivocadas não resguarda a sociedade.

As alterações introduzidas pela Lei n.º 14.230/2021, ao conferir natureza taxativa ao art. 11 da LIA, modificaram substancialmente o cenário anterior e passaram a exigir uma reflexão acerca do momento de consumação dos atos de improbidade, sob pena de comprometimento do objetivo constitucional de combate à corrupção e do risco de exclusão, do âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, de condutas de natureza corruptiva.

O presente trabalho dedica-se, especificamente, à análise do momento de consumação dos atos de improbidade por enriquecimento ilícito e por prejuízo ao erário, em especial nas situações em que o agente público subtrai ou concorre para que terceiro subtraia dinheiro, valores ou bens móveis, valendo-se da sua posição. Para tanto, propõe-se uma aproximação do regime da improbidade administrativa ao Direito Penal, como forma de preservar a intenção do legislador originário.

2. A interseção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador

Dentre as alterações trazidas pela Lei n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021, à Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/1992), destaca-se a expressa previsão da aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador ao sistema de improbidade administrativa, estabelecida no seu art. 1º, §4º.¹

As sanções previstas no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, bem como a inserção, na Lei n.º 8.429/1992, das expressões *dolo* e *culpa*, aliadas ainda aos títulos atribuídos aos Capítulos III e VI da Lei — “Das Penas” e “Das Disposições Penais” —, conduziram alguns doutrinadores ao equívoco de atribuir à Lei de Improbidade natureza penal.²

Exemplo disso ocorreu antes da promulgação da Lei n.º 8.429/1992, quando José Cretella Júnior, ao comentar o art. 37, § 4º da Constituição Federal, destacou a falta de eficácia da norma constitucional. Segundo ele, “antes, porém, de promulgação de lei penal material que defina, tipifique a improbidade administrativa, este crime inexistente”.³

Mesmo refutada a natureza penal da Lei n.º 8.429/1992 pela maioria da doutrina⁴ e da jurisprudência,⁵ desde a sua promulgação, ainda no ano de 1999, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça no julgamento da Reclamação n.º 591/SP,⁶ apesar de

¹ Art.1º(....)§4º. Aplicam-se ao sistema de improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador (Brasil,1988).

² PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; e FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa – Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. São Paulo: Atlas, 1998. p. 38.

³ CRETILLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**, v. IV. São Paulo: Forense, 1991. p. 2.257.

⁴ Dentre os autores que afastaram a natureza penal da Lei n.º 8.429/1992, desde a sua promulgação, tem-se, à título de exemplo: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, Malheiros, 2000. p. 135; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; e FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa – Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. São Paulo: Atlas, 1998. p. 224.; OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa: observações sobre a Lei 8.429/1992**. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 218; DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: 1994. p. 70.

⁵ “Recurso em *habeas corpus*. Concussão. Art. 316, do CP. Trancamento da Ação Penal. Falta de justa causa. Improbidade Administrativa. Ação Civil Pública julgada improcedente. Objeto distinto da Ação Penal. Independência das esferas civil e penal. A improcedência da ação civil pública apurando responsabilidade por improbidade administrativa não impede o prosseguimento da ação penal que apura suposto crime de concussão (CP, art. 316) ante a independência das esferas civil e criminal, mormente quando se afigura patente a diversidade de objetos e fins entre as duas ações. Em sede de *habeas corpus*, conforme entendimento pretoriano, somente é viável o trancamento de ação penal por falta de justa causa quando, prontamente, desponta a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou se acha extinta a punibilidade, circunstâncias não evidenciadas na espécie”. (Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 11.722 – MT, Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, em 20.09.2001, DJ de 05.11.2001. p. 124).

⁶ “(...)Conquanto caiba ao STJ processar e julgar, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho (Constituição, art. 105, I, a), não lhe compete, porém,

firmar o entendimento pela natureza não penal da Lei de Improbidade Administrativa, o fez por voto de desempate, o que revela a divergência quanto à matéria ainda existente naquele momento.

Ademais, quando do deferimento da liminar na Reclamação n.º 2.138-DF,⁷ que tramitou pelo Supremo Tribunal Federal questionando a aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos, o Ministro Relator, Nelson Jobim, reconheceu que a lei de improbidade possui um realce político-institucional, com forte conteúdo penal, em virtude das sanções de perda da função pública e suspensão de direitos políticos estabelecidas na norma.

No entanto, desde o ingresso da Lei n.º 8.429/1992 no ordenamento jurídico, a grande maioria passou a defender a natureza extrapenal ou civil *lato sensu* da norma.⁸ Mesmo Fábio Medina Osório, um dos primeiros doutrinadores a defender a tese favorável à alocação da improbidade administrativa no âmbito de Direito Administrativo Sancionador, na sua obra específica sobre o tema, publicada no ano de 2000,⁹ também defendeu a natureza extrapenal ou civil *lato sensu* da lei.¹⁰

No entanto, o aspecto sancionador da norma era irrefutável.

Conforme sabido, a sanção representa a *ultima ratio* de fazer eficaz o direito na defesa do ordenamento jurídico contra a violação de suas disposições estabelecidas.¹¹ Enquanto poder punitivo estatal, a sanção se encontra no universo do Direito Público Punitivo englobando duas categorias: sanções penais e sanções administrativas, com possibilidades de outras categorias menos impactantes no cenário social.

O *ius puniendi* do Estado, entendido como o poder de criar ilícitos e sanções, aplicá-las e executá-las,¹² pode se manifestar tanto pela via judicial como pela administrativa. Daí inafastáveis são as conexões e paralelos entre as sanções penais e administrativas aplicadas, respectivamente, no campo do Direito Penal e do Direito

explicitamente, processá-los e julgá-los por atos de improbidade administrativa. Implicitamente, sequer, admite-se tal competência, porquanto, aqui, trata-se de ação civil, em virtude de investigação de natureza civil. Competência, portanto, de juiz de primeiro grau.(...)” (RCL n.º 5911SP, DJ de 15.5.2000, p. 112, rel. Min. Nilson Naves, julgamento de 1.12.1999. Corte Especial).

⁷ STF – Reclamação n.º 2.138/DF, Relator: Min. NELSON JOBIM, Data de Julgamento: 11/09/2002, Data de Publicação: DJ 17/09/2002 PP-00052

⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; e FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa – Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. São Paulo: Atlas, 1998; GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 456.

⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

¹⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa: observações sobre a Lei 8.429/1992**. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 224.

¹¹ ARAUJO-JUÁREZ, José. La Potestad Administrativa Sancionatoria: Existencia, fundamentos y limites. In: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. **Derecho Administrativo Sancionador**. Caracas: Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO) de la Universidad Monteávilla, 2019. p. 28.

¹² MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 86.

Administrativo Sancionador,¹³ porém com âmbitos distintos e sem que exista entre eles relação de hierarquia ou de subordinação.¹⁴

Segundo Alejandro Nieto,¹⁵ a base axiológica do direito administrativo sancionador é semelhante à do direito penal, pois decorre do *ius puniendi estatal*, que é uno. O direito administrativo sancionador (DAS) é gênero que engloba todas as espécies de sancionamentos administrativos do Poder Público; abarca, por exemplo, sanções disciplinares, ambientais, tributárias e de improbidade. Essas sanções decorrem de ilícitos administrativos que, assim como os ilícitos penais, são oriundas de uma concepção unitária-ontológica de ilícito, ou seja, alguma afronta a um interesse coletivo. Ademais, infere-se dos votos dos Ministros do STF, quando do julgamento da Repercussão Geral, Tema n.º 1199, o reconhecimento de uma zona de intersecção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador.¹⁶

Partindo dessa premissa, Andreas Eisele¹⁷ sustenta que as sanções administrativas estão submetidas às mesmas garantias e proteções conferidas pelo Direito Penal. Assim, compreende-se que as normas de direitos fundamentais aplicáveis ao âmbito penal, por força da estrutura do sistema sancionatório brasileiro — penal e não penal —, devem também incidir sobre o sancionamento administrativo, alcançando, por consequência, as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa

Tratando da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/1992), Fábio Medina Osório¹⁸ afirma que a norma prevê sanções de Direito Administrativo posto que se trata de relações especiais de sujeição submetidas ao Direito Administrativo Sancionador, sendo ilícitos praticados contra os princípios e regras que presidem a Administração Pública.

Nessa perspectiva, o Estado-Administrador recebe a tutela do Direito Administrativo, embora a sua operacionalização ocorra através do Poder Judiciário. Medina Osório¹⁹ acrescenta que poderes sancionadores de Direito Administrativo podem ser outorgados a juízes e tribunais, considerando a livre configuração legislativa. Não há qualquer barreira constitucional que impeça o legislador de transferir a aplicação de sanções administrativas ao Poder Judiciário, principalmente diante de

¹³ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 85.

¹⁴ DE PALMA DEL TESO. Ángeles. **El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador**. Madrid: Tecnos, 1996. p. 38.

¹⁵ NIETO GARCÍA, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 5. ed. refor. Madrid: Tecnos, 2012.

¹⁶ Segundo expõe Alexandre de Moraes, no seu voto proferido como relator da ARE 843989/PR: “Diferentemente do Direito Penal, que materializa o *ius puniendi* na seara judicial, mais precisamente no juízo criminal; o Direito Administrativo Sancionador tem aplicação no exercício do *ius puniendi* administrativo; sendo ambos expressões do poder punitivo estatal, porém representando sistemas sancionatórios que “não guardam similitude de lógica operativa”.

¹⁷ EISELE, Andreas. **Direito Penal: teoria do direito**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021

¹⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. **Corrupción y mala gestión de la *res publica*: el problema de la improbida administrativa y su tratamiento em el Derecho Administrativo Sancionador brasileño**. **Revista de Administración Pública**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 149, maio-agosto, 1999. p. 487

¹⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 92.

ilícitos com graves consequências não só para a Administração Pública, enquanto pessoa jurídica, mas também para toda a sociedade.

Esse parece ter sido o contexto acolhido pela Lei n.º 14.230/2021, ao submeter o sistema de improbidade administrativa aos princípios do Direito Administrativo Sancionador.

O Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto proferido como relator no Recurso Extraordinário com Agravo 843.989/PR (Tema 1.119 da Repercussão Geral),²⁰ ao se manifestar pela aplicação do Direito Administrativo Sancionador no âmbito do sistema de improbidade administrativa, acrescenta que o objetivo é “garantir um maior rigor procedimental nas investigações e uma maior efetividade na aplicação do contraditório e ampla defesa”. O inteiro teor do acórdão referente ao julgamento do referido ARE 843.989/PR por diversas vezes se reporta à inclusão do instituto da improbidade administrativa no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

Como consequência, todas as regras e todos os princípios versando sobre ilícitos, sanções, processos sancionadores e sobre as garantias deferidas aos acusados e aos sancionados em geral, como insculpidos na Carta Magna, são apropriáveis tanto pelo Direito Penal como pelo Direito Administrativo Sancionador, ainda que com nuances, porque retratam o poder punitivo estatal.²¹

As alterações promovidas na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei n.º 14.230/2021 também impulsionaram a defesa da aproximação entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Processual Penal.

Magami Junior²² cita diversas alterações que exigem uma aplicação na sistemática do Direito Processual Penal à lei de Improbidade Administrativa. São estas: (i) afastamento da presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em caso de revelia do réu; (ii) afastamento do ônus da prova ao réu, na forma dos §§ 1º e 2º do art. 373 do CPC, quando atribui ao Conselho Nacional do Ministério Público dirimir conflitos de atribuições entre os MP's em decorrência do ajuizamento de mais de uma ação de improbidade administrativa pelo mesmo fato; e (iii) afastamento de aplicação do reexame obrigatório da sentença de improcedência ou de extinção sem resolução de mérito.

A aproximação da Lei n.º 8.429/1992 com institutos do Direito Penal também se evidencia em uma análise mais detida do art. 17, § 10-D, que estabelece a necessidade de indicação de apenas um tipo sancionador, dentre aqueles previstos nos arts. 9º, 10 e 11, para cada ato de improbidade. Uma leitura apressada dessa disposição

²⁰ “Tema 1119 – Definição de eventual (ir)retroatividade das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) a necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo- para configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no art. 10 da LIA; e (II) a aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente” Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4652910&numeroProcesso=843989&classeProcesso=ARE&numeroTema=1199>. Data de acesso: 15 out.2023

²¹ JIMÉNEZ, J. Manuel Trayter; CUDOLÀ, Vicenç Aguado i. **Derecho Administrativo Sancionador**: materiales. Barcelona: Cedecs Editorial, 1995.p.26

²² <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/212678/206052>

poderia sugerir a impossibilidade de concurso material ou formal no âmbito das ações de improbidade administrativa. No entanto, à luz da coerente incorporação de institutos do Direito Penal ao regime da improbidade, não se pode afastar a viabilidade do reconhecimento de concursos formais, materiais ou mesmo da figura da improbidade continuada.

Com isso em mente, a aplicação prática da Lei de Improbidade Administrativa, após a reforma promovida pela Lei n.º 14.230/2021, tem recorrido a construções próprias da sistemática penal. Entre elas, destaca-se a definição do momento consumativo do enriquecimento ilícito ou do prejuízo ao erário, que, em determinados casos, pode ser aferido mediante a utilização da teoria da *amotio*, originalmente aplicada a certos tipos penais, conforme se demonstrará.

3. Da nova configuração dos tipos de improbidade administrativa: a exclusão da norma de reserva a partir de transformação do art. 11 em tipo taxativo

A Lei 8.429/92 reprime três modalidades de atos de improbidade administrativa: aqueles que levam ao enriquecimento ilícito (art. 9º), os que geram prejuízo ao erário (art. 10) e os que violam os princípios administrativos (art. 11).

Antes das alterações introduzidas pela Lei n.º 14.230/2021, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) apresentava, em seus artigos, descrições exemplificativas das condutas consideradas ímprobas,²³ indicando situações que poderiam caracterizar o ilícito. Com a nova redação, o art. 11 passou a adotar uma tipificação taxativa, o que gera importantes consequências e demanda uma análise mais aprofundada.

É evidente que de pouco adiantaria a determinação constitucional de observância aos princípios administrativos, prevista no *caput* do art. 37, da Carta Constitucional, sem a existência de um mecanismo eficaz de repressão à sua violação.

Segundo Von Ihering “o direito não é mero pensamento, mas sim força viva. Por isso a Justiça segura, numa das mãos, a balança, com a qual pesa o direito, e na outra a espada, com a qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a fraqueza do direito”.²⁴ Assim, veio a Lei n.º 8.429/92 e estabeleceu sanções de natureza pessoal ao agente público que viola princípios administrativos.

²³ Como os artigos. 9º, 10 e 11, da Lei 8.429/92 utilizavam o termo **notadamente**, o posicionamento amplamente dominante na doutrina era que além das hipóteses elencadas nos artigos, outras poderiam existir. Assim, pronunciaram-se Marcelo Figueiredo (Cf. **Probidade Administrativa**: Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 69), Cláudio Ari Mello (Cf. **Improbidade Administrativa**: Considerações sobre a Lei 8.429/92. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, n. 36, p. 17, 1995) e Wallace Paiva Martins Júnior (Cf. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 181), dentre outros. Em sentido contrário, ou seja, entendendo que as hipóteses presentes nos incisos dos arts. 9º, 10 e 11 eram taxativas, pode-se citar Pedro da Silva Dinamarco (Cf. **Requisitos Para a Procedência das Ações por Improbidade Administrativa**. In: **Improbidade Administrativa**: Questões Polêmicas e Atuais. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 332. Coord. Bueno, Cássio Scarpinella, Porto Filho, Pedro Paulo de Rezende) e Francisco Octavio de Almeida Prado (Cf. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 35).

²⁴ IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.p. 27

A Lei de Improbidade Administrativa seria então, considerando a abordagem de Von Ihering, a espada voltada a garantir a observância dos princípios administrativos, que estariam na balança.

O art. 11 foi intitulado “norma de reserva”, pois ainda que a conduta não causasse danos ao patrimônio ou não acarretasse o enriquecimento ilícito do agente, seria possível a configuração da improbidade sempre que demonstrada a inobservância dolosa dos princípios regentes da atividade estatal.²⁵

Conforme já mencionado, a partir da Lei n.º 14.230/2021, houve uma mudança na dinâmica legal, com a transformação do art. 11 em tipo taxativo, mediante a descrição expressa das condutas que caracterizam a violação, o que afastou seu antigo caráter de “norma de reserva”.

O art. 10, da LIA, também foi impactado com a mudança substancial trazida pela Lei n.º 14.230/2021, que estabeleceu no art. 1º, §1º e 2º, o dolo como elemento subjetivo exigido para todos os tipos de improbidade administrativa. Assim, não mais persiste a improbidade por prejuízo ao erário na modalidade culposa, como previsto na redação original do referido art. 10.

Especificamente quanto ao tipo do art. 9º — improbidade por enriquecimento ilícito — aparentemente pouca coisa mudou.

O núcleo central da improbidade por enriquecimento ilícito consta do *caput* do art. 9º, caracterizado por “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: (...)”.

Além de permanecer como tipo exemplificativo, a única alteração promovida no *caput* do art. 9º consistiu na inclusão expressa da exigência do elemento subjetivo dolo para a caracterização da conduta, requisito que já se inferia em razão da natureza do ilícito e da interpretação sistemática da norma.

Não há enriquecimento ilícito negligente ou imprudente, afinal todos os agentes públicos sabem da proibição de se enriquecer às expensas da Administração Pública. Não é crível que o agente público receba vantagem não autorizada por lei de forma culposa.²⁶

Antes das alterações introduzidas pela Lei n.º 14.230/2021, situações em que o agente público apenas solicitava vantagem indevida vinculada ao exercício de suas funções ou tentava apropriar-se de bem público — frustrado por ação de terceiros —, embora não configurassem improbidade por enriquecimento ilícito, diante da inexistência da forma tentada do tipo, eram enquadradas como improbidade por violação aos princípios administrativos, nos termos do *caput* do art. 11 ou de seu

²⁵ GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.423.

²⁶ Nesse sentido CASTELLO, Melissa Guimarães. Atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito: comentários ao art. 9º. **Lei de Improbidade Administrativa**: Lei n.º 14.230/2021. Coords: VANIN, Fábio Scopel, ROBL FILHO, Ilton Noberto, ROCHA, Wesley. São Paulo: Almedina, 2023. p. 109.

inciso I, que previa a prática de ato visando a fim proibido em lei ou regulamento, ou diverso daquele previsto na regra de competência. O mesmo raciocínio se aplicava ao agente que realizava atos voltados à incorporação indevida de bem público ao patrimônio de terceiro, sem que essa incorporação se concretizasse por circunstâncias alheias à vontade dos envolvidos. Nessas hipóteses, ainda que afastada a incidência do art. 10, permanecia a subsunção ao art. 11.

Persistindo, então, a incidência da Lei de Improbidade Administrativa, tornava-se de menor importância o debate quanto ao momento da consumação do ato de improbidade por enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, já que persistia a possibilidade de utilização da “norma de reserva” do art. 11, sem maiores questionamentos.

Ao tipificar de forma taxativa as condutas que configuram improbidade administrativa por violação a princípios no art. 11, a Lei n.º 14.230/2021 deixou de contemplar diversas práticas recorrentes no âmbito da Administração Pública — muitas delas associadas a condutas ilícitas de agentes públicos voltadas à obtenção de vantagem indevida ou à geração de prejuízo ao erário. Além disso, a nova redação revogou expressamente o tipo previsto no inciso I do referido artigo.

Nesse cenário, o agente público que exige vantagem indevida em razão de sua função — conduta tipificada como crime de concussão no art. 316 do Código Penal —, caso não chegue a obter tal vantagem, não incorre em ato de improbidade administrativa. De igual modo, infrações penais como condescendência criminosa (art. 320), a nova modalidade de prevaricação (art. 319-A), advocacia administrativa (art. 321), violência arbitrária (art. 322) e abandono de função (art. 323), todas previstas no Código Penal, deixaram de ser enquadradas como improbidade por violação aos princípios da Administração Pública.

Diante da limitação imposta ao art. 11 da Lei n.º 8.429/1992 após a reforma promovida pela Lei n.º 14.230/2021, torna-se essencial delimitar o momento de consumação dos atos de improbidade por enriquecimento ilícito e por prejuízo ao erário, especialmente nas hipóteses de recebimento ou apropriação de vantagem econômica, em benefício próprio ou de terceiro, decorrente do exercício da função pública. Nesse contexto, coloca-se a seguinte indagação: o agente público que se apropria de bem pertencente ao poder público e, ao ser descoberto horas depois, devolve o bem, ainda assim incide em ato de improbidade por enriquecimento ilícito?

Pois bem, pretende-se aqui estabelecer uma linha de interseção entre a sistemática da improbidade administrativa e do Direito Penal a partir da adoção da teoria da *amotio* ou *apprehensio*, aplicada a tipos penais, dentre os quais, ao crime de peculato-furto.

4. O crime de peculato e o bem jurídico tutelado

A compatibilidade e conexão de alguns dos tipos da improbidade administrativa por enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário com o crime de peculato é incontroverso.

Hungria, ao relatar a gênese romana do peculato, revela que “à subtração de coisas pertencentes ao Estado chamava-se *peculatus* ou *depeculatus*, sendo este *nomen juris* oriundo do tempo anterior à introdução da moeda, quando bois e carneiros (*pecus*), destinados aos sacrifícios, constituíam riqueza pública por excelência”.²⁷

Percebe-se que a origem do tipo penal está intrinsecamente ligada à tutela dos bens estatais, sendo importante ressaltar que o patrimônio resguardado pela legislação penal é aquele que pertence à coletividade ou, em algumas circunstâncias, bens privados que estejam sob a guarda ou administração do poder público. Nesse contexto, a regulamentação tem como objetivo proteger o patrimônio público, a integridade administrativa e a honestidade na gestão pública.

Por conta disso, César Bitencourt²⁸ afirma que esta tutela apresenta dois aspectos distintos. Em primeiro lugar, objetiva garantir o bom funcionamento da Administração Pública, bem como o dever do funcionário público de conduzir-se com lealdade e probidade; em segundo, visa a proteger o patrimônio mobiliário do Poder Público. Vê-se, então, a relevância na tutela da probidade administrativa.

Observa-se a aplicação dessa conclusão na Súmula n.º 599 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública”. Na justificativa do afastamento desse princípio, têm-se que, no delito de peculato, o bem jurídico tutelado não se restringe a proteger o patrimônio da vítima, mas também a moralidade, a probidade administrativa, a imagem e a credibilidade da instituição. Esse posicionamento foi exposto pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,²⁹ seguida por outros Tribunais.³⁰

²⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Ed Forense, 1959, v IX

²⁸ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial** (arts. 312 a 359-H e Lei n.10.028/2000) Crimes contra a Administração Pública e crimes praticados por prefeitos. 12ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 5. p. 42.

²⁹ PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PECULATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. DELITO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 20 DA LEI N. 10.522/2002. INAPLICABILIDADE. 1. Segundo a jurisprudência desta Corte, não se aplica o princípio da insignificância aos crimes cometidos contra a administração pública, ainda que o valor seja irrisório, porquanto a norma penal busca tutelar não somente o patrimônio, mas também a moral administrativa. (...) 3. De qualquer forma, mostra-se irrelevante a discussão acerca do valor indevidamente apropriado, ante a reprovabilidade da conduta perpetrada pelo agravante, que se utilizou do cargo de gerente e tesoureiro da agência dos Correios para se apropriar da quantia de R\$ 5.680,78. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 487.715/CE, Rel. Min. GURGEL DE FÁRIA, Quinta Turma, julgado em 18/08/2015).

³⁰ PENAL. PROCESSO PENAL. PECULATO. EMPREGADO DA CEF. APROPRIAÇÃO DE VALORES PERTENCENTES À INSTITUIÇÃO BANCÁRIA DOS QUAIS DETINHA A GUARDA EM RAZÃO DE SUA FUNÇÃO DE TESOUREIRO. PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA FRAGMENTARIEDADE DO DIREITO PENAL. INAPLICÁVEIS. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. ANALOGIA. DELITOS TRIBUTÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. 1. Apelante condenado nas penas do art. 312, caput, do Código Penal (peculato), em razão de, na condição de funcionário da Caixa Econômica Federal, valendo-se das facilidades que seu cargo de tesoureiro de agência, ter se apropriado indevidamente de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) pertencentes à referida instituição financeira. 2. O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública, em razão da relevância do bem jurídico protegido. 3. Ao censurar a prática do crime de peculato, a norma penal visa a tutelar não somente o patrimônio público, como também a moralidade e a probidade dos agentes públicos. (Precedentes desta Turma e do STJ). [...] 7. Apelação parcialmente provida. (ACR 0015472-12.2011.4.01.4100 / RO, Rel. Des. Mônica Sifuentes, Terceira Turma, E-DJF1 de 22/9/2017).

Ressalte-se que o fato de o Supremo Tribunal Federal já ter admitido a aplicação do princípio da insignificância a crimes contra a Administração Pública não implica o reconhecimento de que tais condutas deixem de ofender gravemente a moralidade administrativa. Trata-se, na verdade, de uma medida voltada à racionalização do sistema penal, diante da necessidade de desafogar o Judiciário.³¹

Assim, é evidente que um dos bens jurídicos tutelados pelos crimes contra a Administração Pública — a moralidade administrativa — também se encontra protegido pela Lei de Improbidade Administrativa.

Nesse contexto, sustenta-se a possibilidade de adotar a teoria da *amotio/apprehensio* — empregada para definir o momento consumativo do crime de peculato, em algumas de suas modalidades — como parâmetro para a fixação do instante de consumação dos atos de improbidade por enriquecimento ilícito ou por prejuízo ao erário, nas hipóteses em que as condutas guardem similitude.

5. O momento consumativo do peculato e dos atos de improbidade administrativa: a utilização da Teoria da *Amotio/Apprehensio* e a tutela da moralidade administrativa.

No ordenamento jurídico brasileiro, o crime de peculato está previsto nos artigos 312 e 313 do Código Penal, os quais apresentam uma distinção didática das condutas ilícitas e de suas respectivas sanções, conforme a gravidade da ofensa aos bens jurídicos protegidos:

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.

³¹ HABEAS CORPUS. PECULATO PRATICADO POR MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DA AÇÃO PENAL. DESPROPORCIONALIDADE. 1. A circunstância de tratar-se de lesão patrimonial de pequena monta, que se convencionou chamar crime de bagatela, autoriza a aplicação do princípio da insignificância, ainda que se trate de crime militar. 2. Hipótese em que o paciente não devolveu à Unidade Militar um fogão avaliado em R\$ 455,00 (quatrocentos e cinquenta e cinco) reais. Relevante, ademais, a particularidade de ter sido aconselhado, pelo seu Comandante, a ficar com o fogão como forma de ressarcimento de benfeitorias que fizera no imóvel funcional. Da mesma forma, é significativo o fato de o valor correspondente ao bem ter sido recolhido ao erário. 3. A manutenção da ação penal gerará graves consequências ao paciente, entre elas a impossibilidade de ser promovido, traduzindo, no particular, desproporcionalidade entre a pretensão acusatória e os gravames dela decorrentes. Ordem concedida (STF - HC: 87478 PA, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 29/08/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 23-02-2007 PP-00025 EMENT VOL-02265-02 PP-00283). Habeas Corpus. 2. Subtração de objetos da Administração Pública, avaliados no montante de R\$ 130,00 (cento e trinta reais). 3. Aplicação do princípio da insignificância, considerados crime contra o patrimônio público. Possibilidade. Precedentes. 4. Ordem concedida (STF - HC: 107370 SP, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 26/04/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-119 DIVULG 21-06-2011 PUBLIC 22-06-2011).

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Peculato culposo

§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta. 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. (BRASIL, 1940)

Como se vê, o delito foi ramificado em cinco tipos penais diferentes: o peculato apropriação e o peculato desvio, ambos tratados pelo *caput*; o peculato furto; o peculato culposo e o peculato mediante erro de outrem.

Não é necessária a diferenciação entre as espécies de peculato previstas para a configuração do peculato próprio (peculato-apropriação e peculato-desvio). No entanto, o tipo penal exige que o funcionário público detenha a posse lícita e legítima do bem. A doutrina, contudo, diverge quanto ao conceito de posse a ser adotado para a interpretação desse elemento típico: se deve seguir os parâmetros do direito civil (tese civilista) ou se há um conceito próprio e autônomo no âmbito penal (tese autônoma).

Nos termos do artigo 1.196 do Código Civil, “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. A partir desse conceito, excluem-se tanto a figura do mero detentor quanto outras formas de disponibilidade jurídica do bem. Além disso, sob a perspectiva técnico-jurídica, a posse pertence à Administração Pública, cabendo ao funcionário público apenas a detenção material do bem.

Por sua vez, a tese da autonomia, adotada no âmbito penal, sustenta que o conceito de posse deve ser interpretado conforme os fins da norma penal. Nessa perspectiva, mesmo a posição de mero detentor pode ser suficiente para a configuração do peculato. O elemento central é a verificação da disponibilidade jurídica sobre o bem por parte do agente, o que também pode se aplicar a superiores hierárquicos que, embora não mantenham contato direto com o objeto material do delito, detêm poder de disposição sobre ele. Hungria ilustra, com um de seus votos no Supremo Tribunal Federal:

Em rumoroso caso levado recentemente à decisão do Supremo Tribunal Federal, foi sustentado que um governador não tem a posse dos bens do Estado e, assim, não pode cometer peculato; mas a tese foi, como não podia deixar de ser, repelida, tendo sido êste o meu pronunciamento: “O governador tem a posse dos bens patrimoniais do Estado como um administrador qualquer tem a posse dos bens administrados. Ainda que não possa exercê-la diretamente sôbre todos êsses bens, exerce-a indiretamente ou por intermédio de auxiliares da Administração Pública, isto é, dos funcionários que lhe são hierarquicamente inferiores. Pela lógica do radical ponto de vista do ilustre advogado do paciente, um governador não poderia ser sujeito ativo de peculato, nem mesmo quanto ao patrimônio estatal sob sua imediata posse. Assim, poderia, impunemente, apropriar-se, digamos, da baixela de prata que integra os pertences do palácio governamental. O absurdo da ilação está a evidenciar o desacêrto da tese ora defendida.”³²

Na doutrina e na jurisprudência, prevalece a tese da autonomia da posse penal em cotejo com a teoria civilista, pois, conforme salientam Pagliaro e Costa Jr:

A tese civilística é indubitavelmente errônea, porque a posse civilística do bem diz respeito, nos casos de peculato, não ao funcionário, mas somente à Administração Pública. Esta poderá propor as ações de manutenção somente no caso de turbação da posse, sendo obrigada a restituir os frutos, tendo direito à indenização por melhoramentos, podendo obter, mediante a posse, um novo direito sobre a coisa. Necessário acolher, pois, a tese da autonomia. A noção de posse, consoante o art. 312 do Código Penal, haverá de admitir que o ente público possa exercitar os poderes de gozo e de disposição dos bens somente por meio de pessoas físicas, às quais sejam conferidos ditos poderes. Segundo o art. 312, posse é um poder jurídico que implica um posicionamento do sujeito no sistema da produção jurídica, com atos viciados acerca da destinação da coisa móvel, desviando-a dos fins tutelados pelo direito e endereçando-a indevidamente rumo a fins próprios do sujeito ativo ou de outros sujeitos particulares.³³

³² HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Ed Forense, 1959, v. IX, p. 337

³³ PAGLIARO, Antônio; COSTA JR., Paulo José da. **Dos crimes contra a administração pública**, p. 50.

Portanto, como conclui Meneghin,³⁴ “a posse, a que se refere o texto legal, deve ser entendida em sentido amplo, compreendendo a simples detenção, bem como a posse indireta (disponibilidade jurídica sem detenção material, ou poder de disposição exercível mediante ordens, requisições e mandatos)”. É a posse invertida alcançada em razão do cargo. Inexistindo relação entre a posse invertida e as funções públicas desempenhadas pelo agente, estará configurado o delito de apropriação indébita.³⁵

Ainda no tocante às implicações da posse nos tipos de peculato, no peculato-apropriação o crime se consuma com a inversão da posse, acompanhada do *animus rem sibi habendi*, nos moldes da apropriação indébita prevista no artigo 168 do Código Penal. Para a configuração do delito, não é necessário que o agente obtenha lucro efetivo, sendo irrelevante o fato de a vantagem pretendida ter sido ou não alcançada.³⁶

Quando um agente dá destino diverso à coisa, seja em benefício próprio ou de terceiro, consuma-se o considerado peculato-desvio. Pode haver “emprego irregular de verbas públicas” se for usado em benefício público, conforme o artigo 315 do Código Penal.

Por fim, observa-se que o peculato-furto se consuma quando o agente subtrai a coisa ou concorre para que seja subtraída, mesmo que por curto espaço de tempo, do deslocamento e independentemente da “*posse tranquila*” sobre a coisa, porém sem intenção de devolvê-la. Nesse caso, a consumação dispensa a posse mansa e pacífica do bem, seguindo a mesma linha doutrinária do crime de furto e roubo, ou seja, a teoria da *amotio* ou *apprehensio*:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. MOMENTO CONSUMATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. RITO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. DIREITO PENAL. FURTO. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO. LEADING CASE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 102.490/SP. ADOÇÃO DA TEORIA DA APPREHENSIO (OU AMOTIO). PRESCINDIBILIDADE DA POSSE MANSO E PACÍFICA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Recurso especial processado sob o rito do art. 543-C, § 2º, do CPC e da Resolução n. 8/2008 do STJ. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, superando a controvérsia em torno do tema, consolidou a adoção da teoria da apprehensio (ou amotio), segundo a qual se considera consumado o delito de furto quando, cessada a clandestinidade, o agente detenha a posse de fato sobre o bem, ainda que seja possível à vítima retomá-lo, por ato seu ou de

³⁴ https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASMFN2/1/concurso_de_pessoas_nos_crimes_de_peculato_e_corrup_o_passiva_guilherme_meneghin.pdf

³⁵ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: volume único. Parte especial (arts. 121 ao 361). São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 975.

³⁶ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: volume único. Parte especial (arts. 121 ao 361). São Paulo: JusPodivm, 2024. p.981

terceiro, em virtude de perseguição imediata. Desde então, o tema encontra-se pacificado na jurisprudência dos Tribunais Superiores. 3. Delimitada a tese jurídica para os fins do art. 543-C do CPC, nos seguintes termos: Consuma-se o crime de furto com a posse de fato da res furtiva, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada. 4. Recurso especial provido para restabelecer a sentença que condenou o recorrido pela prática do delito de furto consumado. (REsp 1524450/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 29/10/2015)³⁷

A interpretação relativa ao momento de consumação do furto e do roubo, utilizada no peculato-furto tem, como um de seus fundamentos, a posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento em plenário do Recurso Extraordinário n.º. 102.490, relatado pelo Ministro Moreira Alves. Nessa decisão abriu-se divergência amparado pelas lições de Néelson Hungria, Heleno Cláudio Fragoso, Magalhães Noronha e, principalmente, Sebastián Soler, cuja leitura das proposições romanas referentes à consumação do furto merecem ser aqui transcritas:

Pero dentro del derecho romano habia una razón fundamental para determinar las más severas teorías acerca del momento consumativo del hurto, y era ésta: no existiendo en el derecho romano la noción de la tentativa, era necesario “anticipar el elemento de la consumación, considerando ya consumado el hurto con sólo tocar la cosa, sin necesidad de llevársela. Una vez admitida en la doctrina y en la legislación la teoría de la tentativa, resulta evidente que no se hacía necesaria una delimitación tan avanzada del momento consumativo del delito como la propugnada por algunos (attrectatio). He ahí el motivo por el cual modernamente no goza de predicamento la primera de las recordadas teorías. Por motivos opuestos, puede decirse igualmente rechazada la doctrina que requiere un desarrollo muy avanzado y excesivo de la acción, cual es la que hace consistir el hurto en que la cosa hurtada haya sido puesta a buen recaudo por parte del ladrón. El hurto está consumado mientras el ladrón se lleva la cosa, aun cuando no haya llegado a su destino.”³⁸

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial provido para restabelecer a sentença que condenou o recorrido pela prática do delito de furto consumado. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Makley da Silva Gonçalves. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Jul. 14 out. 2015. Diário de Justiça Eletrônico STJ, 29 out. 2015. Disponível em: . Acesso em: 16º set. 2024.

³⁸ SOLER, Sebastián. **Derecho Penal Argentino**. Tomo IV. Buenos Aires: Tea, 1951, págs. 182-183

Dessa forma, fica claro que para a definição do momento da consumação não é necessário que o agente tenha obtido vantagem no crime e nem que se fixe o montante dos valores assenhoreados. Esta é a conclusão do doutrinador citado acima: *“el hurto está consumado mientras el ladrón se lleva la cosa, aun cuando no haya llegado a su destino”*.

É incontroverso que o peculato se consuma no exato instante em que o agente se apropria, desvia, furta ou concorre para que outrem subtraia o dinheiro, valor ou qualquer bem móvel. Por consectário lógico, a existência de prazos administrativos para repor o dinheiro ao erário é completamente nula para fins de tipificação. Hungria³⁹ sustenta que “se a configuração do peculato é alheia aos prazos administrativos para o recolhimento do numerário, valores ou quaisquer outros bens móveis, é claro que independe da constituição em mora do *reliquataire*, ou da tomada de contas.”.

Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado à fixação do momento consumativo dos atos de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito ou por prejuízo ao erário. A apropriação, o desvio e o furto de bens públicos por parte do agente público, em benefício próprio ou de terceiro, bem como o recebimento de vantagem ilícita para permitir que terceiro incorpore indevidamente bens públicos ao seu patrimônio, são condutas cuja consumação independe do tempo em que a vantagem permaneceu em poder do agente ou do beneficiário. Não se exige posse mansa, pacífica e desvigiada. Isso porque o bem jurídico tutelado primordialmente é a moralidade administrativa, que se sobrepõe à efetiva incorporação patrimonial do recurso desviado, seja pelo agente público, seja por terceiro a quem ele favoreceu.

O que a Lei de Improbidade Administrativa visa a sancionar é o agente público que se dispôs a se apropriar, desviar ou furtar bem público, valendo-se dessa qualidade, em benefício próprio ou alheio.

Nesse sentido, o agente público que se aproprie de um computador pertencente ao órgão público — ainda que o bem seja interceptado por um segurança quando aquele o coloca em seu veículo — incide na hipótese do art. 9º da referida lei. Da mesma forma que incidirá a hipótese do art. 10 se o agente público contribui para que terceiro furte um bem público, sendo interceptado quando sai do órgão público portando o referido bem. Nessas hipóteses aplica-se a teoria do *amotio* ou *apprehensio*.

Tal raciocínio está em consonância com a diretriz constitucional de repressão aos atos de improbidade administrativa, expressa no § 4º do art. 37 da Constituição Federal. Considerando que a Lei n.º 8.429/1992 não contempla a figura da tentativa para os tipos de improbidade e que, com a reforma, o art. 11 deixou de exercer a função de “norma de reserva”, impõe-se a antecipação do momento de consumação dos atos de enriquecimento ilícito e de prejuízo ao erário, como forma de concretizar o mandamento constitucional de tutela da probidade administrativa.

³⁹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Ed Forense, 1959, v. IX, p. 341.

Para que se mantenha a coerência interpretativa com os objetivos constitucionais, a nova Lei de Improbidade Administrativa deve ser interpretada de modo a garantir a máxima efetividade à proteção da moralidade e da integridade no exercício da função pública.

6. Conclusões

1. A Lei 8.429/1992, em razão da inexistência de norma expressa, não admite a incidência das tipificações previstas nos arts. 9º, 10 e 11 na forma tentada.
2. Na redação original da Lei de Improbidade Administrativa, mesmo que o agente público não alcançasse a concreção absoluta do tipo, com a efetiva obtenção da vantagem indevida ou provocação de prejuízo ao erário por circunstâncias alheias à sua vontade, era muito possível o enquadramento da conduta como improbidade administrativa por violação de princípios, sobretudo quando presente o dolo. Ou seja, ocorria a incidência da “norma de reserva” do art. 11, em face da violação de princípios.
3. A partir da Lei n.º 14.230/2021, houve uma mudança na dinâmica legal, com a transformação do art. 11 em tipo taxativo, mediante a descrição expressa das condutas que caracterizam a violação, o que afastou seu antigo caráter de “norma de reserva”.
4. Ao tipificar de forma taxativa as condutas que configuram improbidade administrativa por violação a princípios no art. 11, a Lei n.º 14.230/2021 deixou de contemplar diversas práticas recorrentes no âmbito da Administração Pública.
5. Diante da limitação imposta ao art. 11 da Lei n.º 8.429/1992 após a reforma promovida pela Lei n.º 14.230/2021, torna-se essencial delimitar o momento de consumação dos atos de improbidade por enriquecimento ilícito e por prejuízo ao erário, especialmente nos casos de apropriação, desvio ou furto de bens ou valores públicos por agente público, em benefício próprio ou de terceiro, decorrente do exercício da função pública.
6. Nessa perspectiva, importa destacar que a Lei n.º 14.230/2021 submeteu expressamente o sistema de improbidade administrativa aos princípios do Direito Administrativo Sancionador, por meio da inclusão do § 4º ao art. 1º da Lei n.º 8.429/1992. Com isso, a aplicação prática da Lei de Improbidade Administrativa, após a reforma, passou a admitir soluções inspiradas na sistemática penal.
7. No crime de peculato, a apropriação, o desvio ou a subtração de bens públicos pelo agente, no exercício de suas funções e em benefício próprio ou de terceiro, consuma-se independentemente do tempo em que a vantagem permaneceu em poder do agente ou do beneficiário. Não se exige posse mansa, pacífica ou desvigiada, pois o bem jurídico primordialmente tutelado é a moralidade administrativa, que prevalece sobre a efetiva incorporação

patrimonial do recurso desviado, seja pelo agente público, seja por terceiro por ele favorecido. Trata-se da aplicação da teoria da *amotio* ou *apprehensio*.

8. Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado à fixação do momento consumativo dos atos de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito ou por prejuízo ao erário, em situações análogas.
9. Tal raciocínio está em consonância com a diretriz constitucional de repressão aos atos de improbidade administrativa, expressa no § 4º do art. 37 da Constituição Federal, que visa à tutela da probidade administrativa.

Referências bibliográficas

CASTELLO, Melissa Guimarães. Atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito: comentários ao art. 9º. **Lei de Improbidade Administrativa**: Lei n.º 14.230/2021. Coords: VANIN, Fábio Scopel, ROBL FILHO, Ilton Noberto, ROCHA, Wesley. São Paulo: Almedina, 2023.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**, v. IV. São Paulo: Forense, 1991.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: volume único. Parte especial (arts. 121 ao 361). São Paulo: JusPodivm, 2024.

DE PALMA DEL TESO, Ángeles. **El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador**. Madri: Tecnos, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: 1994.

EISELE, Andreas. **Direito Penal**: teoria do direito. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa**: Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar. São Paulo: Malheiros, 2000.

GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

HERNÁNEZ-MENDIBLE, Victor Rafael. **Derecho Administrativo Sancionador**. Caracas: Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO) de la Universidad Monteávila, 2019.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Ed Forense, 1959, v IX.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

JIMÉNEZ, J. Manuel Trayter; CUDOLÀ, Vicenç Aguado i. **Derecho Administrativo Sancionador**: materiales. Barcelona: Cedecs Editorial, 1995.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, Malheiros, 2000.

MELLO, Cláudio Ari. Improbidade Administrativa: Considerações sobre a Lei 8.429/92. *In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, n. 36, 1995.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2007.

NIETO GARCÍA, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 5. ed. refor. Madrid: Tecnos, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa**: observações sobre a Lei 8.429/1992. Porto Alegre: Síntese, 1998.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. Corrupción y mala gestión de la *res publica*: el problema de la improbida administrativa y su tratamiento em el Derecho Administrativo Sancionador brasileño. **Revista de Administración Pública**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 149, maio-agosto, 1999.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOLER, Sebastián. **Derecho Penal Argentino**. tomo IV, 1951.