

A Responsabilidade da Lei de Enriquecimento Ilícito*

LUIZ FABIÃO GUASQUE**

Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992

Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

Da leitura da lei se infere, claramente, que seu sentido teleológico é tutelar a responsabilidade do agente público, *lato sensu* (art. 2º), por conduta dolosa ou culposa no exercício do **dever jurídico** que lhe é imposto (art. 5º), além de presumir essa responsabilidade, desde que ocorra tipicidade a qualquer das hipóteses dos arts. 9º e 11.

Com a constituição de um estado de direito, o ordenamento regula relações da vida preexistentes, como o casamento e a posse, e cria outras como a propriedade.

As primeiras decorrem de situações verificadas em qualquer grupamento humano e passam a ter a incidência da norma jurídica após já estarem faticamente constituídas.

Na segunda o Direito é que a cria, estabelecendo novo comportamento a partir de sua instituição.⁽¹⁾

É esta a hipótese de dever jurídico imposto ao agente público, que, neste caso, advém da própria Constituição da República, que, no seu art. 37, submete a administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Portanto, a todos os agentes públicos, em sentido amplo, como assinalamos, é imposto dever de obediência a tais princípios, que nada mais são do que corolários de um regime democrático (*demo*= povo, *cracia*= governo) e de um governo Republicano (*res-publica*= coisa pública).

Quanto ao conceito de dever jurídico, ensina Hélio Tornaghi, que “é a necessidade imposta por lei de fazer (ou omitir) alguma coisa. Por vezes ela exige a prestação independentemente da vontade de quem quer que seja; de outras vezes a obrigação de fazer corresponde ao direito de exigir de outrem. A todo o direito corresponde um dever, mas a recíproca não é verdadeira: há deveres criados por lei

⁽¹⁾ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts-Diritto delle Pandette, vol. I, par. 37.

independentemente de exigência de qualquer pessoa. Assim, por exemplo: o dever de pagar o aluguel corresponde ao direito do locador; mas o dever do médico de comunicar certas doenças (CP, art. 269) é imposto em lei independentemente da vontade de quem quer que seja." (*A Relação Processual Penal*, pág. 59.)

É portanto, na lei maior que se funda o dever jurídico de o agente público atuar de forma comissiva ou omissiva, em prol do interesse público, ou para usar as expressões da lei: atentar para a probidade administrativa.

A inobservância ao dever, se dolosa ou culposa, determinará tipicidade às hipóteses do art. 10 da lei, para o caso de prejuízo ao erário.

Mas, outras formas de atuar comissivo ou omissivo fundadas em **dever jurídico**, de responsabilidade objetiva, e estranhas à análise sobre a vontade do agente, estão discriminadas de forma genérica no art. 9º e no *caput* do art. 11 e seus incisos.

No art. 9º, inc. VII, a tipicidade engloba todas as outras, pois a lei determina esta responsabilidade objetiva do agente que, **no exercício de função pública, adquire bens de valor desproporcional à sua renda.**

Aqui, como nas demais hipóteses, a responsabilidade é análoga à objetiva do Estado de que trata o parágrafo 6º do art. 37 da Constituição da República onde, existindo nexos entre o dano e a atuação do Poder Público, haverá o dever de indenizar.

No caso do agente público, *há uma presunção de responsabilidade se existir nexos de incompatibilidade entre o patrimônio e a renda auferida no exercício do cargo. O dano é presumido com a constatação da variação patrimonial injustificada.* Por via de consequência, há inversão no ônus da prova, devendo o agente justificar a origem para escapar à sanção do art. 12, inc. I da lei.

Note-se que, nesta espécie de responsabilidade, não se fala em dolo ou culpa, ou melhor, não há necessidade de aferição de vontade no ato que dá origem à sanção da lei.

Nos casos de atuação dolosa ou culposa, a responsabilidade da lei terá nexos subjetivo com o ato de vontade causador do dano. Na de que tratam os arts. 9º e 11, e em especial a do inc. VII do primeiro, ela decorre da inobservância de um dever jurídico criado pela Constituição, e independe da vontade de qualquer pessoa. Neste caso, ao agente público é conferido o dever de praticar atos em prol do interesse da maioria sem que esta atividade, comissiva ou omissiva, determine a ampliação de seu patrimônio pessoal, além do limite que lhe possibilita a contraprestação de seu trabalho pelos cofres públicos.

É tipo de responsabilidade que, por sua natureza objetiva, também se assemelha à contratual. Nesta, o estabelecimento de direitos e correspondentes obrigações determina a simples ocorrência do dever de indenizar pelo descumprimento. Não se perquire dolo ou culpa, apenas a não observância objetiva do pactuado. Na de que trata a lei de enriquecimento ilícito, apenas se constata objetivamente se ocorreram qualquer das hipóteses dos incisos dos artigos 9º e 11 e, no caso do inc. VII, se houve variação patrimonial incompatível com os vencimentos. Evidenciada tal

situação, o desvio de finalidade no dever de probidade administrativa é presumido e implica na necessidade de comprovação de origem do patrimônio.

As combinações para a hipótese de tipicidade ao art. 9º são:

“perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.”

Para o art. 11º:

“ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.”

No que respeita ao espectro das sanções, são elas aplicáveis àqueles que, mesmo não sendo agente público, induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem de forma direta ou indireta (art. 3º).

Nesse sentido foi a posição do Juiz Vittorio Paraggio, um dos expoentes da “Operação Mãos Limpas” italiana, que, em sua palestra no Hotel Rio Palace, em recente visita ao Brasil, afirmou que a lei italiana punia o agente público que não justificasse a variação patrimonial auferida durante o exercício de cargo público. Entretanto, alertou o ilustre magistrado que essa lei, após resultados significativos no combate à corrupção e o desvio de finalidade no exercício do *munus público*, infelizmente foi revogada, por aqueles que hoje são os maiores destinatários desse preceito.

Mas, da leitura da lei decorrem indagações como:

- 1 - Como se viabiliza a indisponibilidade ou o perdimento de bens?
- 2 - Isto se dá por ações cautelares ou incidentes no processo para a perda de bens adquiridos ilicitamente?
- 3 - Em favor de que pessoa jurídica reverterão os bens havidos ilegalmente?

Vejamos se conseguiremos responder a tais indagações.

1. Como acabamos de ver, a perda de bens cumulada com o ressarcimento ao erário ou demais implicações têm natureza de sanção, e, como tal, se sujeitam aos corolários de um regime democrático fundado na segurança jurídica, com os princípios do contraditório e da ampla defesa, todos direitos fundamentais da pessoa, conforme o art. 5º inc. LV da Constituição da República, que evidentemente serão observados no processo judicial.

Mas, anteriormente ao processo judicial, pode haver procedimento investigatório para apurar o ato de improbidade, e como este é apenas preparatório para a ação principal, à semelhança do inquérito criminal, sua natureza é inquisitória, o que significa dizer que não se sujeita ao princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 14 e segs.), pois não possibilita a imposição de qualquer penalidade.

O art. 15, de forma imperativa: "dará", impõe o conhecimento do procedimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas, o que indica que cada um, dentro de suas atribuições, deverá zelar pela probidade na colheita de provas, podendo ainda, segundo o parágrafo único, designar representante para acompanhá-lo.

É importante frisar que a legitimação constitucional genérica deferida ao Ministério Público, no art.127 da Constituição da República, de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, o faz tutor do princípio da legalidade expresso no art. 5º inc. II, direito fundamental do regime democrático, que vem repetido no art. 37 afeto à administração pública, o que já o legitimava a tomar qualquer medida para sua observância.

Esta atuação, inclusive, torna possível a eficácia da doutrina dos freios e contrapesos expressa no art. 2º da Lei Magna, que de forma harmônica determina que uma função deve fiscalizar a outra.

Não foi por outro motivo que a Lei 8.625/93, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, estabeleceu no art. 26, que:

"No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes."

Pode, para tanto, tomar todas as medidas das letras "a", "b" e "c", como: condução coercitiva, requisição de informações, promover inspeções e diligências investigatórias etc, junto a todas as pessoas jurídicas a que se refere a lei em análise.

Na verdade este atuar nada mais é do que a regulamentação detalhada de como o *Parquet* zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, conforme dispõe o art. 129 inc. II da carta política.

2. Mas, para que a sanção não se torne inócua, prevê o art. 16 a hipótese de ação cautelar para decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público.

Para a pretensão e seu conseqüente acolhimento, bastam "**fundados indícios de responsabilidade.**"

Tal medida restritiva de direitos, por esta natureza é jurisdicional, e deverá ser requerida ao juízo competente. Só no exercício de função anômala da administração, quando julga seus funcionários ou outras hipóteses assemelhadas, a atividade administrativa se sujeita aos princípios referidos.

A indisponibilidade é conseqüência da medida, que visa a assegurar a execução da sentença de perdimento de bens e garantir o ressarcimento ou até pagamento da multa possível às três penalidades dos artigos citados.

É interessante notar que a lei mais uma vez foi pouco técnica ao falar em "seqüestro" e referir-se ao procedimento do Código de Processo Civil (arts. 822 e 825).

Em primeiro lugar porque este, seguindo o modelo italiano, distinguiu o seqüestro do arresto. Aquele é para quando há dúvida sobre a propriedade do bem, e este para a garantia da execução, como é o caso de que trata a lei.

Em segundo, porque como a lei trata de enriquecimento ilícito, devia referir-se ao seqüestro de que trata o Código de Processo Penal (art. 125 e segs.), este sim, sem a distinção técnica referida, e mais próprio à hipótese. Ao que parece, a preferência pelo juízo cível determinou a escolha.

A pretensão cautelar pode incluir investigação, exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, isto nos termos da lei e dos tratados internacionais (par. 2º do art. 6º). De pouca utilidade em face do art. 26 da LOMP, que possibilita tais medidas ao Ministério Público na esfera administrativa.

A eficácia da cautela fica sujeita ao ajuizamento da ação principal em 30 dias (art.17), se não requerida liminarmente com a principal.

3. Como indica o art. 1º da lei, esta se dirige a punir atos de improbidade em detrimento da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Territórios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Assim, afora a penalidade pecuniária, que deverá reverter à pessoa jurídica de direito público correspondente, o ressarcimento e a perda de bens devem ser incorporados à receita da pessoa jurídica lesada.

Não é outra coisa o que determina o art. 18 da lei, que impõe à sentença a determinação do pagamento, ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

É importante notar que, embora o artigo fale em "ação civil", não há obrigatoriedade de utilização da ação civil pública de que trata a Lei 7347/85, que é de rito especial.

Isto porque, como defendido anteriormente, a legitimação do Ministério Público é de natureza constitucional, não podendo ser limitada pela legislação infraconstitucional.

Dentro desta linha de raciocínio é que o art. 17 determina o procedimento ordinário para a ação que visa à aplicabilidade da sanção da lei, indicando apenas que a mesma é de conhecimento, declarando a responsabilidade e aplicando a penalidade correspondente.

A Constituição da República de 1988, legitimou o Ministério Público a fazer uso de qualquer ação presente no ordenamento jurídico brasileiro, para defesa de direitos subjetivos públicos nela assegurados e que expressem interesses difusos por esta natureza, como o são os casos da lei de enriquecimento ilícito, pois que é

direito de todos o respeito à lei e aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. O princípio da **legalidade** (art. 5º, inc.II), desdobramento da **segurança jurídica** procura limitar a ação do Estado contra seus súditos, determinando, no art. 37, que a administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes de todos os entes federados deve obedecê-lo, bem como ao da impessoalidade, moralidade e publicidade, além de outros que discrimina. Dever jurídico, que advém da própria Constituição da República, como assinalamos.

Tal posicionamento foi defendido e aprovado no Congresso Estadual do Ministério Público do Rio de Janeiro, em setembro de 1992, quando apresentamos a tese: "O Ministério Público e a Tutela dos Interesses Difusos", publicada na "Revista do Ministério Público de Minas Gerais" – JUS/16 - pp. 217/236.

* Trabalho premiado no Congresso Nacional do Ministério Público realizado em Belém do Pará (1994).

** **Luiz Fabião Guasque** é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.
