


Revista da

CGU

ANO VI
Julho/2011
ISSN 1981-674X

Edição Especial - Direito Disciplinar

**CONTROLADORIA - GERAL
DA UNIÃO / PR**

The cover image shows a modern building facade with a grid pattern. Overlaid on the image is a circular graphic with a globe in the center and a map of Brazil. The text 'CONTROLADORIA - GERAL DA UNIÃO / PR' is printed on the building's facade.

Controladoria-Geral da União

Revista da CGU
Edição Especial - Correição

Brasília, DF
Julho /2011

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU
SAS, Quadra 01, Bloco A, Edifício Darcy Ribeiro
70070-905 - Brasília /DF
cgu@cgu.gov.br

Jorge Hage Sobrinho
Ministro-Chefe da Controladoria-Geral da União

Luiz Navarro de Britto Filho
Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União

Valdir Agapito Teixeira
Secretário Federal de Controle Interno

José Eduardo Elias Romão
Ouvidor-Geral da União

Marcelo Neves da Rocha
Corregedor-Geral da União

Mário Vinícius Claussen Spinelli
Secretário de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas

A Revista da CGU é editada pela Controladoria-Geral da União.

Tiragem: 1.500 exemplares

Diagramação e arte: Assessoria de Comunicação Social da CGU

Distribuição gratuita da versão impressa

Disponível também no site www.cgu.gov.br

É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte.
O conteúdo e as opiniões dos artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores e não expressam, necessariamente, as opiniões da Controladoria-Geral da União.

Revista da CGU Edição Especial - Correição / Presidência da República, Controladoria-Geral da União. - Ano VI, Julho/2011. Brasília: CGU, 2011.

376 p. Coletânea de artigos.

1.Prevenção e Combate da corrupção. I. Controladoria-Geral da União.

ISSN 1981- 674X
CDD 352.17

umário

O princípio da insignificância como requisito para formação do juízo de admissibilidade no processo administrativo disciplinar 14

Alessandra Lopes de Pinho

A formação do Estado patrimonialista português e a gênese da corrupção no Brasil 27

Alan Lacerda de Souza

Uma (re)leitura do poder correicional no Estado Democrático de Direito: prevenção versus repressão 37

Ana Cláudia de Moraes

Limites do controle judicial de proporcionalidade das sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos federais regidos pela Lei nº 8112/92.... 50

André Luís Schulz

Publicação dos vencimentos dos servidores públicos na rede mundial de computadores: violação à privacidade ou um instrumento de controle social?..... 62

Darcy de Souza Branco Neto

Possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade em processos administrativos disciplinares cuja penalidade prevista seja a demissão..... 72

Débora Queiroz Afonso

Responsabilização disciplinar de diretores de empresas públicas e sociedades de economia mista à luz do sistema de correição do Poder Executivo Federal

Eduardo Athayde de Souza Moreira..... 88

Prescrição no processo administrativo disciplinar.....	107
<i>Emília Cássia de Sousa</i>	
O uso do sistema de videoconferência no processo administrativo disciplinar.....	129
<i>Érika Lemância Santos Lôbo</i>	
Processo administrativo disciplinar europeu: procedimento e formação de comissões.....	140
<i>Fernando Toledo Carneiro</i>	
O controle social e a transparência pública na democracia brasileira.....	150
<i>Ivo de Souza Borges</i>	
Demissão de servidor pela Administração Pública por prática de ato de improbidade sem a necessidade de atuação antecipada do judiciário.....	160
<i>José Olímpio Barbacena Filho</i>	
Improbidade administrativa: aplicação da lei, tendências e controvérsias.....	171
<i>Laurent Nancym Carvalho Pimentel</i>	
A inserção das empresas estatais no Sistema de Correição do Poder Executivo Federal.....	185
<i>Marcelo Pontes Vianna</i>	
O Devido Processo Legal como direito fundamental em processos administrativos disciplinares implica necessariamente na obrigatoriedade de defesa técnica proferida por advogado?.....	199
<i>Maria do Rosário Ferreira</i>	
O monitoramento das reintegrações judiciais de servidores públicos como forma de verificar a efetividade do exercício da função disciplinar da Administração Pública Federal.....	212
<i>Marta Maria Vilela de Carvalho Gomes</i>	
A natureza jurídica da sindicância e seu papel no direito administrativo disciplinar.....	224
<i>Maxwell Novais Oliveira</i>	

Controle social nos procedimentos administrativos disciplinares instaurados no âmbito do poder executivo federal.....	236
<i>Mileni Fonseca Krubniki Teodoro</i>	
Aplicação da teleaudiência em procedimentos disciplinares.....	248
<i>Oswaldo Fernandes de Araújo</i>	
O exame de constitucionalidade da norma de vedação definitiva de retorno do servidor ao serviço público federal por infringência do artigo 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.....	269
<i>Patrícia Ramos e Silva Santos</i>	
Responsabilidade disciplinar de empregado público celetista quando do exercício de cargo em comissão na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.....	282
<i>Rafael Oliveira Prado</i>	
Recuperação de recursos públicos malversados – uma alternativa para a ineficácia das tomadas de contas especiais.....	292
<i>Ricardo Cravo Midlej Silva</i>	
A Sindicância Patrimonial como instrumento de apuração no Direito Administrativo Disciplinar brasileiro.....	305
<i>Roberto Vieira Medeiros</i>	
Enriquecimento ilícito como modalidade de crime.....	315
<i>Rodrigo Vieira Medeiros</i>	
A aplicação da teoria do domínio do fato nos procedimentos administrativos disciplinares.....	323
<i>Sabrina Pitacci Simões</i>	
Estudo de caso: a perspectiva preventiva no controle das infrações administrativas.....	341
<i>Tatiana Spinelli</i>	
Enriquecimento ilícito: presunção absoluta, relativa ou necessidade de fato antecedente para a responsabilização administrativa.....	354
<i>Waldir João Ferreira da Silva Júnior</i>	

Enriquecimento ilícito: presunção absoluta, relativa ou necessidade de fato antecedente para a responsabilização administrativa

Waldir João Ferreira da Silva Júnior, bacharel em Ciências Políticas (UnB) e Direito (UNIEURO), Especialista em Direito Disciplinar na Administração Pública (UnB). Analista de Finanças e Controle da CGU-PR, Corregedor-Geral Adjunto da Área Social, Corregedoria-Geral da União (CGU-PR).

Introdução

Na sociedade contemporânea, há, por parte do Estado, o que se pode chamar de uma tendência à apropriação dos mecanismos sociais de controle. De certa maneira, é por meio dessa apropriação que o Estado passa a exercer sobre o indivíduo um controle de suas ações, empenhando-se na sua correção¹.

Na Inglaterra do século XVIII, havia diversos grupos sociais originados da pequena burguesia. Tais grupos, com forte apelo religioso, tinham por objetivo garantir a ordem em seu interior, por meio da supressão dos vícios, bem como dos hábitos contrários à moral. A manutenção da ordem moral empregada no interior desses pequenos grupos nada mais era do que a tentativa de escapar à sanha punitiva do Estado².

Na França ocorreu um processo diferente, haja vista o aparelhamento estatal mais robusto imposto pela monarquia absolutista francesa. O país já possuía, pelo século XVIII, um instrumento parajudiciário – a polícia –, bem como grandes prisões, cujo exemplo clássico é a Bastilha.

Interessante notar que a prisão se estendia até que o Estado afirmasse que o preso tinha-se corrigido. Surge aí, então, a ideia de aprisionar para corrigir, que, nas palavras do autor francês, é uma “idéia paradoxal, bizarra, sem fundamento ou justificação alguma ao nível do comportamento humano”³.

Observa-se que, por uma via distinta, a França chegou a um modelo de controle semelhante ao inglês, no qual a resposta punitiva do Estado

está mais relacionada ao comportamento do indivíduo do que ao fato por ele praticado.

Em ambos os casos, essa forma de punição, modelo contemporâneo hegemônico de punição do Estado Democrático de Direito, não é fruto do projeto jurídico elaborado pelos primeiros jusfilósofos. Distancia-se dessa formulação teórica para privilegiar os mecanismos de controle social.

Esse breve comentário exemplifica que, com o correr da história da humanidade, os direitos se aprimoram e evoluem. Sua síntese pode ser estabelecida com a ponderação entre direitos individuais absolutos e direitos coletivos fundamentais. A norma não visa apenas a proteger a pessoa como ser unitário, fora de um sistema complexo de relações sociais, e sim inserida e partícipe de uma coletividade ordenada para a consecução de um fim comum: a vivência pacífica.

Com efeito, já dizia Kelsen que *toda aplicação do direito é também atividade de criação*. Nas palavras do pai do normativismo jurídico:

“A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito”⁴.

O Estado, conforme nos leciona Bobbio, utiliza de sua interpretação para buscar a vivência pacífica, e assim é feito em sua leitura:

“A relação política por excelência é a relação entre governantes e governados, entre quem tem o poder de obrigar com suas decisões os membros do grupo e os que estão submetidos a essas decisões. Ora, essa relação pode ser considerada do ângulo dos governantes ou do ângulo dos governados. No curso do pensamento político, predominou durante séculos o primeiro ângulo. E o primeiro ângulo é o dos governantes”⁵.

Diante desse “embate”, há um campo fértil para a proteção dos direitos individuais ser utilizado como um escudo para a consecução de ilícitos. A relativização desses direitos individuais, para que não se fossilizem em absolutos, tem como objetivo que a própria sociedade não se torne refém de seus direitos.

Na esteira desse debate, a questão da transgressão a normas de cunho jurídico-administrativo ganha relevância dentro do próprio aparelho estatal, cujo escopo de atuação é delineado em inúmeros normativos. Um dos focos de atuação se circunscreve ao patrimônio dos servidores/empregados públicos, uma das variantes da corrupção.

Bobbio define corrupção como uma transação ou troca entre quem corrompe e quem se deixa corromper. Trata-se, portanto, de uma promessa ou recompensa em troca de um comportamento que favorece os interesses do corruptor e do corrompido. O autor define corrupção como uma forma particular de influência do tipo ilícita, ilegal e ilegítima⁶.

Caracterizam-se de duas maneiras a forma de interpretar a corrupção: de

um lado, por meio de justificativas moralistas, pontuando como a decadência das virtudes do indivíduo. De outro, por meio da leitura de que a corrupção é algo resultante das regras próprias do mundo político, em que a corrupção política de uma cidade estará ligada à fraqueza de suas leis e de suas instituições políticas, à falta de preocupação e de ação do cidadão em relação às coisas públicas⁷.

Ainda que algumas pessoas sejam boas, sempre haverá indivíduos que são maus e que devem ser impedidos de praticar suas maldades. Contra isso, a conscientização não é suficiente; são necessários outros mecanismos mais fortes e eficazes: as instituições e as leis⁸.

No combate à corrupção, uma das medidas adotadas é o acompanhamento da evolução patrimonial de agentes públicos, de forma a identificar possíveis casos de enriquecimento ilícito, uma das espécies do gênero improbidade administrativa, designativo técnico da chamada corrupção administrativa⁹. O enriquecimento ilícito é comumente definido pela doutrina como o aumento indevido, injusto ou sem causa do patrimônio material, moral ou intelectual de uma pessoa¹⁰. Em suma, constitui-se na aquisição de patrimônio em dimensões incompatíveis ou desproporcionais com os rendimentos auferidos pelo indivíduo.

1. Marcos do estudo sobre enriquecimento ilícito

Diversos são os matizes relacionados ao contratualismo, mas, de forma geral, pode-se dizer que cada membro da so-

cidade teria conferido idealmente uma parte mínima da sua liberdade ao soberano para que este, imbuído de poder sobre cada indivíduo, pudesse fazer prevalecer a proteção e a defesa do homem natural¹¹. Em caso de violação das regras, o infrator estaria desrespeitando o pacto, razão pela qual se lhe aplicaria uma sanção.

Em razão de a concepção individualista e a concepção orgânica da sociedade estarem em irremediável contradição¹², diante da dificuldade de se estabelecerem os limites do grau de liberdade que o indivíduo se dispõe a conceder ao Estado (*Leviatã*), estabelece-se uma limitação às ações do Estado.

Para poder limitar essa capacidade estatal de decidir imperativamente (poder), há necessidade de regras de procedimentos, concretizando o culto ao valor liberdade, em função do qual o poder estatal seria exercido com contornos delimitadores, para a dignidade dos indivíduos sobre os quais ele se exerce¹³. *Poder* (autoridade) e liberdade são dois polos de um pêndulo em que o exercício da jurisdição do Estado procura manter o equilíbrio¹⁴.

Com o desenvolvimento das instituições atinentes à vida própria do Estado, diante da perspectiva teórica anterior, mais clara ficou a distinção entre infração moral e penal, inserindo, nesta última, uma nova definição de criminoso, respaldada na ideia de dano social. O criminoso é tido como um inimigo da sociedade; na medida em que lhe causava danos com a sua conduta, ao infringir os valores da sociedade, o infrator dela se excluía, rompendo com o pacto social¹⁵.

Com a penalização cada vez maior das condutas consideradas inadequadas em sociedade, a tendência é a da criminalização reiterada de toda a população, tornando-se inoperante o sistema penal, estruturalmente montado para que se exerça o poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva, tornando-o dirigido aos setores vulneráveis¹⁶.

Em reação a essa desestruturação do sistema penal, o Estado busca formas de compensações a condutas não aceitas pela sociedade, inserindo-se nesse campo o combate às formas de corrupção dentro do aparato estatal. Nessa esteira, corruptos e corruptores não são mais aceitos como partes do cotidiano, não são mais tolerados como um mal necessário. Atualmente, a corrupção é vista como prejudicial ao desenvolvimento, inimiga das políticas públicas e agente alimentador da exclusão social¹⁷.

No âmbito da Administração Pública, o enriquecimento ilícito é um dos sintomas que a sociedade identifica como um dano social aos valores que lhe são relevantes, assim como na esfera privada, mas aqui já com o nome de *enriquecimento sem causa*¹⁸. Essa consequência da corrupção deve ser reprimida com rigor, pois se trata de um das espécies de improbidade administrativa com nítido viés de ostentação. Isso porque, ao auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida, o agente público deixa de exercer seus deveres funcionais de honestidade, lealdade e moralidade para com a Administração¹⁹.

O ponto nevrálgico situa-se na possibilidade de indicação de enriquecimento ilícito em desfavor de agente

público, sem a necessidade de se comprovar a origem ilegal dos recursos patrimoniais. Nessa discussão, há que se ter em voga a *teoria dos ônus processuais* que dita o correto direcionamento e a justa medida das consequências dos possíveis comportamentos omissivos das partes²⁰.

Na interpretação da medida mais adequada para a condução do processo, indispensável será a ponderação de interesses à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização²¹.

Uma das possibilidades para indicar a desproporcionalidade entre renda e patrimônio – e para subsequente enquadramento em enriquecimento ilícito – ser de valor relativo (possibilidade do contraditório) se resguarda na presunção legal, visto o agente ter a obrigatoriedade de apresentar declaração de bens, conforme preceitua a Lei 8.429/92, art. 13, *in verbis*:

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

À Administração caberá demonstrar que a aquisição de bens de qualquer natureza é de valor desproporcional à

O enriquecimento ilícito é um dos sintomas que a sociedade identifica como um dano social aos valores que lhe são relevantes.

evolução do patrimônio ou à renda do agente público²².

Comprovada a desproporcionalidade, o Estado terá cumprido seu ônus, transferindo ao indigitado a responsabilidade de infirmar essa imputação²³. Ou seja, dessa dialética entre o argumentado e comprovado pela Administração e o contra-argumentado e descomprovado pelo agente é que se refletem as perspectivas, as possibilidades, as chances, as expectativas e o ônus, situação na qual cada polo desse processo constrói o melhor quadro, sempre com vistas à melhoria de sua própria situação²⁴.

2. Responsabilização administrativa

A doutrina conceitua a transgressão disciplinar como “proceder anômalo, interno ou externo, do agente público que, além de colocar em descrédito a Administração, redunde em detrimento da regularidade do serviço público”²⁵.

A sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública e, em uma leitura extensiva, de toda a sociedade.

A apuração, a punição e a reparação, caso necessário, fazem parte da normalidade do funcionamento do Estado, já que é impossível imaginar um lugar onde ninguém infrinja uma lei ou uma norma de conduta. A não punição dos erros já é um sinal de que algo de errado está ocorrendo²⁶.

A Administração, para manter a disciplina interna de sua organização, exer-

cita o poder disciplinar, em virtude do qual pode impor sanções a seus agentes. A diferenciação dessas sanções, notadamente quanto ao aspecto penal, reside em dois pontos centrais: o reconhecimento de uma espécie de titularidade natural da Administração, derivada de um Poder Hierárquico no âmbito doméstico, decorrente dos Princípios da Finalidade, da Eficiência e da Supremacia do Interesse Público, sopesados com o Princípio da Proporcionalidade²⁷; e a previsão de ilícitos que correspondem a condutas valoradas com critérios deontológicos (princípios, fundamentos e sistemas de moral).

Por isso, a tradição do Direito Público pretendeu dispensar desse tipo de potestade o requisito geral de tipicidade, caracterizador das penas nos tipos penais, substituindo essa regra por uma sorte de potestade doméstica, legitimada na simples posição de uma submissão geral dos destinatários das medidas disciplinares, compulsória na contratação. As atribuições de competências sancionatórias da Administração Pública para com seus agentes residem na disciplina – a hierarquia encontra aqui sua pedra angular²⁸.

O problema central radica-se na forma adequada de legislar sobre os *tipos*²⁹ que analisam as condutas que estimulam a corrupção, para que esse combate se alinhe às categorias dos delitos que atentam contra o prestígio e a atuação da própria Administração Pública, notadamente a probidade³⁰.

Os delitos que, conforme entendimento da Administração Pública, são puníveis são definidos em grupos esquemáticos, divididos normalmente em

deveres, obrigações e proibições, competindo à lei definir qual conduta deverá ser enquadrada em um dos grupos citados, com a consequente configuração do ilícito administrativo e a sua correspondente sanção.

O presente estudo concentrar-se-á no delito esculpido na Lei de Improbidade Administrativa, classificado dentro do grupo proibições. O inciso VII do art. 9º da Lei 8.429/92 prevê o “tipo” de adquirir bens, no exercício do cargo, em valor desproporcional à renda do agente, a saber:

“Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

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

Trata-se de evidente sintoma de ilegalidade, caracterizado por sinais exteriores de riqueza incompatíveis com a renda do servidor.

Hodiernamente, a lei não exige que a conduta do agente público acarrete um dano ou prejuízo ao patrimônio público, bastando a simples comprovação do enriquecimento ilícito ocorrido no exercício do cargo. A constatação do enriquecimento ilícito ocorre quando a Administração verifica que os bens e valores que integram o patrimônio do

agente são incompatíveis com os rendimentos e as disponibilidades declarados, e esse servidor não é capaz de explicar a desproporcionalidade, de apontar ou justificar a origem dos recursos que sustentaram o acréscimo patrimonial³¹.

3. Improbidade administrativa

A expressão *improbidade administrativa* foi inserida, pela primeira vez, no texto constitucional na Carta Magna de 1988, em seus arts. 15, V, e 37, § 4º:

“Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 4º 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.”

A improbidade administrativa exprime o exercício da função pública com desconsideração aos princípios constitucionais expressos e implícitos que regem a Administração Pública³².

Na lição de Fábio Medina Osório:

“Mais especificamente, a improbidade decorre da quebra do dever de

probidade administrativa, que descende, diretamente, do princípio da moralidade administrativa, traduzindo dois deveres fundamentais aos agentes públicos: honestidade e eficiência funcional mínima. Daí decorre a ideia de que improbidade revela violação aos deveres de honestidade *lato sensu* e eficiência profissional em sentido amplo.”³³

Em razão da necessária normatização, decorrente do final do disposto na CF, art. 37, § 4º (...), *na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*), foi editada a Lei 8.429/92, a Lei de Improbidade Administrativa, identificada pela sigla LIA.

A LIA agrupou os atos de improbidade administrativa em três categorias:

- atos que importam enriquecimento ilícito do agente público (art. 9º);
- atos que causam prejuízo ao erário (art. 10);
- atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Também lhe cominou sanções políticas, civis e administrativas, definiu os sujeitos ativos e passivos dos atos de improbidade, cuidou dos procedimentos investigatórios desses atos e regulou a ação civil de improbidade administrativa, versando sobre declaração de bens, prescrição e infração penal, referentes à improbidade administrativa³⁴.

Dentre as três categorias citadas, deter-nos-emos na esculpida no art. 9º, VII, já transcrito, sobre o qual o entendimento de Waldo Fazzio Júnior é de que “o inciso VII é extensão e exempli-

ficção do caput, denunciado pelo adverbio *notadamente*”³⁵.

Trata-se da modalidade mais grave de improbidade administrativa, tendo-se como parâmetro as sanções definidas no art. 12 da LIA, *in verbis*:

“Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - na hipótese do art. 9º, 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;”

Expressa a norma do enriquecimento ilícito (art. 9º) o tráfico, a negociação da função pública pelo administrador no exercício de qualquer atividade estatal, com o fim ignóbil de auferir vantagem patrimonial sem respaldo ético-legal, por meio da atividade laboral.

O enriquecimento ilícito é a figura que mais leva em conta os efeitos do delito da corrupção, porque atinge de forma direta o objetivo perseguido pelo agente corrupto: a aquisição de patrimônio e sua ostentação. Ressalte-se que não é qualquer incremento patrimonial do agente público que deve-

rá ser levado em conta para que se configure o enriquecimento ilícito, mas aquele significativo, excessivo ou vultoso.

4. Enriquecimento ilícito

O enriquecimento ilícito é definido pela doutrina majoritária como o resultado de qualquer ação ou omissão que possibilite ao agente público crescer ao patrimônio material, moral ou intelectual uma vantagem não prevista em lei³⁶.

O enriquecimento sem causa, ou ilícito, apesar de não ter no início sua origem na lei, sempre foi matéria puramente doutrinária, tendo como fundamentação três outros princípios: da moral, dos princípios gerais de direito e da equidade, entendida como emanção do ideal central de justiça de nossa concepção jurídica: “a arte de dar a cada um o que é seu”³⁷. Aquele que auferir para si patrimônio sem justificativa, por situação lógica, enriquece com prejuízo alheio.

A ideia nevrálgica do enriquecimento ilícito é a obrigatoriedade do agente público justificar sua evolução patrimonial desproporcional à renda, demonstrando que não a obteve à custa de outrem, de forma ilegítima, e que a causa é reconhecida pelo ordenamento jurídico como apta a sustentar o acréscimo patrimonial³⁸.

A existência de uma presunção legal que conduza à confirmação da improbidade administrativa, pela desproporção entre patrimônio e renda, não fere a norma constitucional.

Enriquecimento ilícito é definido pela doutrina majoritária como o resultado de qualquer ação ou omissão que possibilite ao agente público crescer ao patrimônio material, moral ou intelectual uma vantagem não prevista em lei.

Na busca pela elucidação do espírito da norma (a Lei 8.429/92), surgiram três correntes doutrinárias de interpretação³⁹, explicitadas a seguir.

4.1. Necessidade de fato antecedente para a responsabilização administrativa

A presente corrente advoga ser indispensável a comprovação do fato antecedente ocasionador do enriquecimento. Sem a devida prova do ato ilícito que causou prejuízo ao erário, não há nexos de causalidade para configuração do enriquecimento ilícito do agente público.

Conforme nos leciona Norberto Bobbio, “a função primária da lei é de comprimir, não a de liberar; a de restringir, não a de ampliar, os espaços de liberdade; a de corrigir a árvore torta, não a de deixá-la crescer selvagemmente”⁴⁰.

A era da verdade sabida foi descartada do cenário do processo administra-

tivo, para dar lugar à verdade real, em que os fatos e as provas devem desconstituir a presunção de inocência do servidor público⁴¹.

O princípio da presunção de inocência vem contido no art. 5º, LVII, da CF. Estabelece esse princípio uma garantia de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. *In verbis*:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

Por esse princípio, a Administração deverá provar que o agente público praticou um ato delituoso, pois é vedada a condenação que contraria a prova dos autos: “há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal”⁴².

Conforme lecionou o Ministro Celso de Mello, em julgamento de Habeas Corpus nº 73.338/RJ, no Supremo Tribunal Federal - STF:

“Nenhuma acusação pessoal presume-se provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao MP comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra que, em dado momento

histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência.”

Na mesma linha de argumentação, os doutrinadores adesistas a essa corrente recorrem a ressaltar que a inversão do ônus da prova só ocorre, em nosso direito positivo, em situações especialíssimas de relevante interesse público, como no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), em prol do consumidor de produtos ou serviços lesado, bem como na Lei de Proteção ao Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), em que o agressor é que tem de provar a falta de nexo causal entre a sua atividade e o desastre ambiental ocorrido. E sua adoção, por ser excepcional e afastar a regra processual geral, tem de ser expressa, e não tácita ou presumida⁴³.

Todavia, não restam dúvidas quanto ao caráter limitado das garantias individuais – debate será aprofundado no tópico específico inserido no capítulo “Aparente Conflito de Princípios” –, em especial a da presunção de inocência e inversão do ônus da prova (controvertido, pois não se trata de afronta a esses princípios, e sim de argumento dos adeptos dessa corrente de pensamento), tendo em vista que se deve ponderar, em face da necessidade de apuração da verdade, visando o bem da sociedade, devendo o interesse público prevalecer sobre o interesse individual⁴⁴.

Inclusive, no campo jurisprudencial, existem decisões que advogam pela desnecessidade de nexo de causalidade

entre o exercício do cargo e a conduta ilícita administrativa, como exemplificado no Mandado de Segurança nº 12.536-DF, no Superior Tribunal de Justiça – STJ, relatado pela Ministra Laurita Vaz, nos termos seguintes:

“A conduta do servidor tida como ímproba não precisa estar, necessária e diretamente, vinculada com o exercício do cargo público. Com efeito, mesmo quando a conduta é perpetrada fora das atividades funcionais, se ela evidenciar incompatibilidade com o exercício das funções do cargo, por malferir princípios basilares da Administração Pública, é sim passível de punição na esfera administrativa, inclusive com a pena máxima de demissão.”

Ora, se ao agente público é necessária uma conduta ilibada, mesmo fora das atividades funcionais, por exteriorizar o fortalecimento dos princípios que devem nortear o *homo publicus*, é de classificá-lo de forma especial, inclusive com mais obrigações e flexibilização de direitos, em nome do interesse público.

De maneira direta, o julgamento proferido pela Ministra Eliana Calmon, do STJ, no Recurso Especial nº 804052, alicerça o entendimento da desnecessidade de fato antecedente comprovado:

“Para a configuração do ato de improbidade não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material, restando alcançados os danos imateriais.”

A lei presume que, pelo que acontece de ordinário, o enriquecimento ilícito, quando recaído sobre agente público, se deveu ao uso indevido do cargo público, ou em razão de outra atividade,

de, privada – lícita ou ilícita –, permitindo-se ao agente, todavia, a prova em contrário.

O interesse público, concretizado por meio do Estado, prevalece sobre o individual, pois o Estado não pode se colocar no mesmo plano do indivíduo singular. O indivíduo age por impulso, motivado por raiva, paixão, interesses, em defesa própria. Já o Estado tem a obrigação de agir de maneira mediata, reflexiva, racional⁴⁵.

Em suma, a presente corrente não encontra guarida na maioria dos julgados, pois não faria sentido a presença do art.9º, inciso VII, da LIA, caso fosse necessário apresentar provas de fato antecedente. Inclusive as outras condutas, as *antecedentes*, já se encontram tipificadas como crimes, infrações administrativas típicas ou insertas no rol exemplificativo de atos de improbidade. A exigir-se a prova do ilícito antecedente, seria convertida em letra morta aquela disposição legal.

4.2. Enriquecimento ilícito com presunção absoluta para a responsabilização administrativa

Nessa corrente há os que defendem existir uma presunção absoluta no controvertido inciso VII do art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa. Como exemplo, pode ser citado José Armando da Costa, que defende ser “de índole absoluta (*jure et de jure*) a presunção de enriquecimento do tipo político-disciplinar em comento”⁴⁶.

Naturalmente, e até pela dificuldade de se aprofundar aquilo que é naturalmente raso, em um Estado Democrático

de Direito, a punição direta por possível enriquecimento ilícito não é absoluta. Certo que cederá se sopesados com outros interesses igualmente fundamentais – como o próprio interesse público, como se contorna o instrumento –, mas sem arranhar princípios ilustres ao Direito, como o contraditório e a ampla defesa.

O direito de defesa constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁷.

Em todo processo do tipo acusatório, em regimes democráticos, vigora o princípio do contraditório, sendo dogma constitucional inserido na Carta Política de 1988, segundo o qual o acusado, isto é, a pessoa contra quem se imputa algo, goza do direito “primário e absoluto” da defesa. O réu deve conhecer a acusação que lhe atribui responsabilidade, para poder contrariá-la, evitando, assim, que possa ser condenado sem ser ouvido⁴⁸.

O *princípio da garantia de defesa*, entre nós, está assegurado no inciso LV do art. 5º da CF (LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes), juntamente com a obrigatoriedade do contraditório, como decorrência do Devido Processo Legal (CF, art. 5º, inciso LIV: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o Devido Processo Legal).

Fato é que a corrente em questão, ao negligenciar as especificidades de cada

caso, impondo uma única e invariável relação de identificação e punição direta, termina por se distanciar do princípio do contraditório, ferindo, no mesmo momento, o princípio da proporcionalidade, mormente no que tange às suas acepções de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Ao assegurar o contraditório e a ampla defesa, a Constituição objetiva munir o litigante ou o acusado de efetivos instrumentos para influir na decisão final, de modo que esta represente a síntese de um diálogo, e não um monólogo⁴⁹.

Isso posto, evidente se torna que a Administração Pública não tem o direito de impor aos administrados gravames e sanções que atinjam, direta ou indiretamente, seu patrimônio, sem ouvi-los adequadamente, preservando-lhes o direito de defesa⁵⁰.

4.3. Enriquecimento ilícito com presunção relativa para a responsabilização administrativa

O patrimônio desproporcional não pode ser considerado sinal de locupletamento ilícito insuscetível de prova em contrário, embora permita uma presunção legal. Infere-se que os bens desproporcionais à renda ou à normal evolução patrimonial do agente público, adquiridos no exercício do cargo, representam auferimento de vantagem indevida em razão desse exercício (caput do art. 9º) e, portanto, configuram ato de improbidade⁵¹. Será possível comprovar a legitimidade do acréscimo patrimonial como uma atividade ou investimento *extramuros* governamental.

Sem materialidade e autoria devidamente comprovadas por meio de robustas provas, fica comprometida qualquer apenação ao agente público, que tem em seu favor a presunção de inocência. Todavia, a materialidade é a desproporção, e a autoria é o agente público identificado com a desproporção.

Dessa maneira, caberá à Administração comprovar a aquisição de bens de valor desproporcional à sua renda. É esse o fato-base, o ônus da prova para a Administração.

Observe-se que a exigência de demonstração, por parte do agente público, da origem de seu patrimônio não implica inversão do ônus da prova no processo, pois a comunidade tem o direito de exigir de seus agentes a transparência de suas rendas. A prova produzida pela Administração é a que demonstra a desproporção entre o patrimônio e renda do agente.

Demonstrada a licitude da evolução patrimonial ou da renda do servidor público, cessa a justa causa da investigação, aqui se albergando uma presunção legal relativa (*juris tantum*). O professor Hely Lopes Meireles é adepto dessa corrente, apontando assim seu entendimento: “Quando desproporcional, o enriquecimento é presumido como ilícito, cabendo ao agente público a prova de que ele foi lícito, apontando a origem dos recursos necessários à aquisição”⁵².

A lei presume a ilegalidade do comportamento funcional do servidor que, no exercício do cargo, enriquece desproporcional e injustificadamente. A

relação com o cargo fica evidenciada por presunção legal.

Diante dos fatos, esse entendimento se molda o mais razoável e promove, de forma equilibrada, o temperamento na solução de suposta colisão de direitos fundamentais, de um lado o direito à privacidade e à presunção de inocência e, de outro, a vida, a moralidade pública, o patrimônio público e outros direitos previstos no texto constitucional.

Verificada a desproporção entre patrimônio e renda, tem-se a existência de uma presunção legal, reconhecida no processo penal, uma das fontes do processo administrativo disciplinar, empregada com frequência.

O caso de presunção legal ocorre quando a lei atribui caráter de veracidade e de existência a determinados fatos. A questão da presunção ser absoluta ou relativa está diretamente ligada ao ônus da prova. Sendo absoluta, caberá à parte que alegou o fato ou a quem esse interesse está dispensado prová-lo. Sendo relativa, caberá à parte *ex adversa* desconstituir a presunção, nos casos em que os fatos notórios não necessitam ser provados⁵³. No caso, tem-se uma presunção relativa do enriquecimento ilícito, sendo a prova a desproporção entre renda e patrimônio.

Demonstrada a desproporção entre o patrimônio e a renda, a atribuição definitiva da responsabilidade deverá ser prescindida de defesa do agente público, para desfazer a presunção de fato. Mas esse ônus é do agente, não da Administração.

Em suma, a linha de interpretação da presente corrente é a que exige que a Administração comprove a desproporção do patrimônio do agente público com sua renda, presumindo-se a prática de infração anterior. Ao servidor incumbirá o ônus de comprovar a legitimidade de seu patrimônio.

5. Aparente conflito de princípios

Existe um aparente conflito entre direitos individuais e o direito do Estado de apenar agente público decorrente de enriquecimento ilícito, corolário da desnecessidade de comprovação de fato ilícito anterior.

O fundamento metapositivo do Direito é encontrado no seio do modelo de comunidade que se denomina comunidade de princípios, na qual seus membros, atuando como agentes morais, aceitam que são governados por princípios comuns, e não por regras forjadas em um compromisso político. Isso significa que não se está a tratar de uma comunidade geográfica ou linguística, tampouco de uma comunidade ligada por vínculos emocionais ou convencionais, mas sim de uma comunidade ligada por princípios de conduta compartilhados e endossados pelos cidadãos⁵⁴.

O debate que se trava entre direitos individuais e interesse público vem na esteira das discussões interpretativas sobre quais os valores a sociedade tem como mais importantes em uma escala prioritária, pois “a mola do progresso não é a calma, mas o conflito”⁵⁵.

Quebrar uma lógica de ação implica, no limite, mudar uma cultura, transformar hábitos, reformar condutas⁵⁶.

O postulado do interesse público, remansosamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência como princípio, é condição para a aplicação das normas jurídicas em que o Estado seja parte. Umbilicalmente ligado a esse postulado tem-se o princípio da proporcionalidade, no qual o ponto de inflexão orienta a interpretação e a aplicação de normas, no sentido de acomodar os bens jurídicos em jogo, sem que se exclua totalmente um em prol da subsistência do outro. Ou seja, dentre as opções disponíveis, todas serão otimizadas em algum nível. Esse é o dever de ponderação, ao qual se liga o postulado do interesse público.

Interesse público, todavia, tem duas concepções⁵⁷, uma *primária* e outra *secundária*. Pode-se entender o primeiro como a razão de ser do Estado, cabendo a ele promover a justiça, a segurança e o bem-estar social. Já a concepção *secundária* é caracterizada pelo interesse da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica. O interesse público *secundário* jamais desfrutará de supremacia a priori e abstrata em face do interesse do particular. Já o interesse público *primário* desfruta de supremacia, porque não é passível de ponderação. Ele é o parâmetro de ponderação.

Os direitos e as garantias individuais não podem ser utilizados como um “escudo protetivo” para a prática de atividades ilícitas⁵⁸. Eles são limitados por

outros direitos igualmente consagrados pela Carta Magna.

Ao contrário das regras, que são normas binárias, aplicadas segundo a lógica do “tudo ou nada”, os princípios têm uma dimensão de peso, sendo aplicados em maior ou menor grau, conforme juízos de ponderação formulados, tendo em conta outros princípios concorrentes e eventuais limitações à sua concretização⁵⁹.

A Carta de 1988, ao redemocratizar o país, trouxe novas diretrizes ao relacionamento do Estado para com o cidadão, diretrizes essas que não de repercutir nas mais diversas esferas dessa relação, inclusive, e talvez principalmente, na relação processual.

Sempre que a própria Constituição ou a lei não houver esgotado os juízos possíveis de ponderação entre interesses públicos e privados, caberá à Administração lançar mão da ponderação de todos os interesses e atores envolvidos na questão, buscando a sua máxima realização⁵⁹.

Caberá ao intérprete proceder à ponderação adequada, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto. A ideia de uma prioridade absoluta do coletivo sobre o individual é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Tal concepção pressupõe que o aplicador do Direito assumam uma postura ativa e construtiva, caracterizada pelo esforço de interpretar o sistema de princípios como um todo coerente e harmônico, dotado de integridade.

O Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, já aplicou a técnica de ponderação, instrumentalizada por meio do postulado da proporcionalidade. Confira-se trecho de decisão da lavra do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da Intervenção Federal 2.257-6/SP:

“O princípio da proporcionalidade representa um método geral para a solução de conflitos entre princípios...

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.”

Na maioria dos casos, nem a Constituição nem a lei realiza o juízo de ponderação por completo entre os interesses conflitantes. À Administração Pública incumbirá percorrer as etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, para encontrar o ponto de equilíbrio de justa ponderação entre direitos individuais e metas coletivas.

Uma liberdade fundamental só pode ser limitada ou negada em favor de uma outra ou de outras liberdades fundamentais, uma vez que são associadas ao valor liberdade, no sentido de autodeterminação do indivíduo⁶¹.

Ensina Raymundo Faoro, dissertando sobre a relação de poder do Estado frente o indivíduo:

“O indivíduo, de súdito, passa a cidadão, com a correspondente mudança de converter-se o Estado, de senhor a servidor, guarda da autonomia do homem livre. A liberdade pessoal, que compreende o poder de dispor da propriedade, de comerciar e produzir, de contratar e contestar, assume o primeiro papel, dogma de direito natural ou da soberania popular, reduzindo o aparelhamento estatal a um mecanismo de garantia do indivíduo. Somente a Lei, como expressão da vontade geral, institucionalizada, limitado o Estado a interferências estritamente previstas e mensuráveis na esfera individual, legítima as relações entre os dois setores agora rigidamente separados, controláveis pelas Leis e pelos Juízes.”⁶²

Assim, antes que absolutos, os direitos e as garantias individuais, de maneira genérica, devem ser tidos como relativos, já que, conforme nos ensina Norberto Bobbio:

“O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e outras culturas. (...) São bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção. (...) O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns

casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras.”⁶³

Essa interpretação doutrinária é a que tem encontrado guarida em decisões judiciais, no que atina ao aspecto da possibilidade de punição de servidor (interesse público) por enriquecimento ilícito (direitos individuais), exemplificada no julgamento do Mandado de Segurança nº 12.536-DF, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), relatado pela Ministra Laurita Vaz, a qual assevera:

“É sim passível de punição na esfera administrativa, inclusive com a pena máxima de demissão, mormente como no caso em apreço em que o servidor, Auditor Fiscal da Receita Federal, apresenta enriquecimento ilícito, por acumular bens desproporcionais à evolução do patrimônio e da renda, remetendo significativo numerário para conta em banco na Suíça.”

O professor Jorge Hage, em acurada análise sobre a fragilidade dos normativos de defesa do Estado frente às garantias, tendo como motivo a impunidade, concluiu da seguinte maneira:

“Cumprir lembrar que já é hora de deixar de pensar as regras de Direito Administrativo e do Direito Processual Penal com aquele viés garantista exacerbado, que desempenhou papel fundamental, e até heróico, nos tempo da ditadura, em décadas passadas, mas que não tem lugar hoje, em tempos de democracia plena, no pleno funcionamento do Estado Democrático de Direito, onde o verdadeiro eixo do problema da persecução criminal ou administrativa se deslocou já para outras questões, dentre as quais se destaca a

notória fragilidade do estado e de seu aparato jurídico-administrativo para enfrentar o crime, a corrupção e a improbidade; e é isso – e não um Estado forte – o que hoje ameaça a própria credibilidade, continuidade e solidez da democracia conquistada.”⁶⁴

Em maré a favor desse pensamento, há a proclamação da superioridade do interesse da coletividade, entendido como interesse público *primário*, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e do asseguramento deste último⁶⁵.

Segundo a concepção dominante, o interesse público seria o “interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade”⁶⁶.

Ressalte-se que a identificação do interesse que deverá prevalecer há de ser feita mediante uma ponderação proporcional dos interesses em conflito, conforme as circunstâncias do caso concreto. O Estado Democrático de Direito deve proteger e promover tanto os interesses particulares dos indivíduos como os interesses gerais da coletividade.

A lei democrática opera de forma complementar ao sistema de direitos fundamentais, concretizando, ampliando ou restringindo tais direitos, seja em prol de outros direitos fundamentais, seja em proveito de interesses difusos da comunidade⁶⁷.

Cuida-se, em suma, de uma constitucionalização do conceito de interesse público, em que qualquer prevalência

deve ser sempre analisada com o caso real, passando a constituir o núcleo concreto e em perspectiva da atividade administrativa. À Administração Pública cumpre a tarefa de demonstrar, com o instrumento da *ponderação*, que a promoção do fim perseguido pela norma justifica o grau de restrição imposto a outros princípios. Os argumentos são de ordem qualitativa ou axiológica, e não necessariamente quantitativa.

Conclusão

Confiar na humanidade sempre se revelou um exercício muito arriscado, por isso mecanismos de controle foram e são criados a todo momento para impedir que os homens públicos pratiquem a corrupção⁶⁸.

A corrupção é um fator fundamental na desagregação social e política da sociedade, enfraquecendo a ética e causando graves problemas sociais, sendo responsável pela situação de miséria e pobreza da população e contribuindo ativamente para o enfraquecimento da democracia⁶⁹.

O quadro apresentado neste artigo revela o cipoal que se vem formando, na tentativa de punir as condutas atentatórias à probidade administrativa. Contudo, nesse labirinto de interpretações – farto e confuso em disposições de direito material, mas pobre e lacônico em regras processuais –, coibir irregularidades, como a com base em presunção legal, torna-se um trabalho hercúleo. A confusão facilita o encontro de escapatórias as mais diversas, a pretexto de diferentes leituras do conjunto normativo.

Todo o aparato jurídico, quando não reflete as efetivas condições sociais, políticas e econômicas, tende a avolumar leis. É isso que se quer evitar que aconteça com o inciso VII do art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa, não caminhando para o precipício do rol de “letra morta”.

Este artigo procurou discutir a efetividade da norma sobre enriquecimento ilícito a partir de três diferentes perspectivas de análise. Nesse sentido, o termo foi definido de acordo com o enfoque de posição entre direito individual, interesse público e ponderação de direitos. A discussão coloca o enriquecimento ilícito não com o peso de se inverter o ônus da prova, mas sob o prisma da presunção legal e da comprovação da desproporção entre patrimônio e renda, responsável por garantir uma das formas de se efetivar o combate ao enriquecimento ilícito, sem necessidade de ilícito antecedente.

O enriquecimento ilícito, na primeira perspectiva, é visto sob o enfoque da necessidade de existir um fato antecedente que acarreta o ilícito, argumento desconstruído por ser o fato-base a comprovação da desproporção. Da segunda perspectiva, a comprovação da desproporção já seria suficiente para a punição do servidor, também rebatida com a necessidade de se efetivarem os princípios do contraditório e da ampla defesa. Por derradeiro, a terceira e última perspectiva, balizada na doutrina e na jurisprudência, tangencia as outras duas, mediando o extremo de se comprovar o fato causador do enriquecimento ilícito e a abertura de defesa ao agente público para demonstrar a licitude da desproporção.

Portanto, técnicas são criadas para se efetivar a norma. O combate ao enriquecimento ilícito surge, então, como uma resposta à passividade do Estado frente às técnicas, sempre em evolução, de pilhagem do Estado, e vem mostrar que uma reflexão nesse nível é, além de pertinente, imperiosa.

Nesse espectro, as colisões de direitos fundamentais são regras, em razão do esforço da Administração de se proteger contra métodos cada vez mais sofisticados de esfolamento do patrimônio público, motivo pelo qual as interpretações normativas, pelos agentes públicos, têm de ser seguras e intransigentes com a aplicação da regra da proporcionalidade e de suas ponderações, em especial a regra da proporcionalidade em sentido estrito, para a defesa do interesse público *primário*.

O que se chamará interesse público é o resultado final do jogo de ponderações que, conforme as circunstâncias normativas e fáticas, ora apontará para a preponderância relativa do interesse geral, ora determinará a prevalência parcial de interesses individuais.

Ao aplicador competirá estabelecer o equilíbrio entre os privilégios estatais e os direitos individuais, sem perder o foco na prevalência daquele, inclusive para subsistência deste.

O jurista não deve ter apenas uma leitura sem preconceito. Deve buscar sempre o fundamento político-social que não apenas justifique a norma, como também lhe confira a razão de se tornar mais efetiva para gerações futuras.

Referências Bibliográficas

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O enriquecimento injusto como princípio geral do Direito Administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 347, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BERTONCINI, Mateus. Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

COSTA, José Armando. Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa. 2ª Edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 13ª Edição. São Paulo: Janeiro, 2008.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramon. Curso de derecho administrativo. 5. ed. Madrid: Civitas, 1998. Tomo II.

FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder. Formação do patronato político brasileiro. 4 Edição. São Paulo: Globo, 2008.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2008.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal: Parte Geral: Teoria Constitucionalista do Delito, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

HOBBS, Thomas. Leviatã. 1ª Edição. São Paulo: Martins Fontes. Novembro, 2003.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 7ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARTINS, José Antônio. Corrupção. São Paulo: Globo, 2008.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2001.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Ilegalidade de presumir-se depósitos bancários como enriquecimento ilícito do agente público para fins de improbidade administrativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1031, 28 abr. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8224>

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MIKKELSEN-LOTH, Jorge Federico. Enriquecimiento Ilícito: El Desafío para la Ciencia Jurídico-Penal em la Sociedad Actual de Enfrentar a la Corrupción em La Administración Pública, Buenos Aires: La Ley S.A. 2001.

OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade Administrativa. 2ª Ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. São Paulo: Atlas, 2002.

PINTO, Francisco Bilac Moreira. Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

PODVAL, Roberto. Corrupção : uma crítica da razão punitiva. In: Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões,

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 373-413.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na constituição federal, *Lumun Juris*, 2002.

SILVA JÚNIOR, Ary Ramos da. Neoliberalismo e Corrupção: análise comparativa dos ajustes neoliberais no Brasil de Fernando Collor e no México de Carlos Salinas. O incremento da corrupção e seus custos sociais. 2006, 300p. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Ciências e Letras, Campus de Araraquara, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”.

ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. Em Busca das Penas Perdidas, 5ª Edição, São Paulo: Editora REVAN, 2001.

1 FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2008.

2 FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2008, p. 93.

3 FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2008, p. 98.

4 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 7ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pag. 260/261.

5 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004. p. 57.

6 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, pag. 292.

7 MARTINS, José Antônio. Corrupção. São Paulo: Globo, 2008, p. 23/24.

8 MARTINS, José Antônio. Corrupção. São Paulo: Globo, 2008, p. 46.

9 BERTONCINI, Mateus. Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 24.

10 COSTA, José Armando. Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa. 2ª Edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 97

11 HOBBS, Thomas. Leviatã. 1ª Edição. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 113

12 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004, p. 115.

13 DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 13a Edição. São Paulo: Malheiros Editores. Janeiro, 2008, p. 198.

14 DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 13a Edição. São Paulo: Malheiros Editores Janeiro, 2008, p. 199.

15 FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2008, p.81.

16 ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em Busca das Penas Perdidas, 5ª Edição, São Paulo: Editora REVAN, 2001, p. 27.

17 SILVA JÚNIOR, Ary Ramos da. Neoliberalismo e Corrupção: análise comparativa dos ajustes neoliberais no Brasil de Fernando Collor e no México de Carlos Salinas. O incremento da corrupção e seus custos sociais. 2006, Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Ciências e Letras, Campus de Araraquara, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, p. 97.

18 COSTA, José Armando. Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa. 2ª Edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 95.

19 BERTONCINI, Mateus. Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 49.

20 DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 13a Edição. São Paulo: Janeiro, 2008, p. 237.

21 SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na constituição federal, *Lumun Juris*, 2002.

22 COSTA, José Armando. Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa. 2ª Edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 113.

23 BERTONCINI, Mateus. Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 229.

24 DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 13a Edição. São Paulo: Malheiros Editores. Janeiro, 2008, p. 241.

- 25 COSTA, José Armando. Direito Administrativo Disciplinar 2ª Edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 202.
- 26 MARTINS, José Antônio. Corrupção. São Paulo: Globo, 2008, p. 51.
- 27 BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 122.
- 28 ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramon. Curso de derecho administrativo. 5. ed. Madrid: Civitas, 1998. Tomo II. pp. 165-166.
- 29 Tipo: tipo é a descrição abstrata de uma determinada forma de ofensa a um bem jurídico (GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal: Parte Geral: Teoria Constitucionalista do Delito, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 65).
- 30 MIKKELSEN-LOTH, Jorge Federico. Enriquecimiento Ilícito: El Desafío para la Ciencia Jurídico-Penal em la Sociedad Actual de Enfrentar a la Corrupción em La Administración Pública, Buenos Aires: La Ley S.A. 2001, p. 3.
- 31 COSTA, José Armando. Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa. 2ª Edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 113.
- 32 PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. São Paulo: Atlas, 2002, p. 16.
- 33 OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade Administrativa. 2ª Ed. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 61.
- 34 PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. São Paulo: Atlas, 2002, p. 18.
- 35 PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. São Paulo: Atlas, 2002, p. 67.
- 36 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 233
- 37 BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 75.
- 38 BERTONCINI, Mateus. Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 228/229.
- 39 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 325.
- 40 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004, p. 73.
- 41 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Ilegalidade de presumir-se depósitos bancários como enriquecimento ilícito do agente público para fins de improbidade administrativa. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1031, 28 abr. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8224> Consultado em 02.09.2008
- 42 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2001, p. 126.
- 43 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Ilegalidade de presumir-se ... Ob. cit.
- 44 Parecer PGFN/CDI/Nº 1433/2006, item 31, de 11.07.2006
- 45 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004, p. 181.
- 46 COSTA, José Armando. Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa. 2ª Edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 114
- 47 HC 89.176, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 22-8-06, DJ de 22-9-06
- 48 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, vol. 1. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 49.
- 49 BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- 50 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 590.
- 51 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 327.

- 52 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 424.
- 53 CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 261.
- 54 BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 53/54.
- 55 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004, p. 145.
- 56 MARTINS, José Antônio. Corrupção. São Paulo: Globo, 2008, p. 69.
- 57 BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- 58 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2001, p. 59.
- 59 BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 31.
- 60 MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 141.
- 61 BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 52
- 62 FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder. Formação do patronato político brasileiro. 4 Edição. São Paulo: Globo, 2008, p. 820
- 63 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004, pps. 38, 40 e 42.
- 64 Seminário "Improbidade Administrativa e Enriquecimento Ilícito", Brasília, outubro/2005.
- 65 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60.
- 66 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 53.
- 67 BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 76.
- 68 MARTINS, José Antônio. Corrupção. São Paulo: Globo, 2008, p. 42.
- 69 SILVA JÚNIOR, Ary Ramos da. Neoliberalismo e Corrupção: análise comparativa dos ajustes neoliberais no Brasil de Fernando Collor e no México de Carlos Salinas. O incremento da corrupção e seus custos sociais. 2006, 300p. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Ciências e Letras, Campus de Araraquara, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", p. 275.