

Leonel: Pontos para reflexão sobre a nova Lei de Improbidade

A premissa para qualquer debate propositivo deve ser estabelecida: tributa-se respeito ao Congresso Nacional e aos seus integrantes. Eleitos para o mandato parlamentar, são legítimos condutores da função e comprometem-se ao aperfeiçoamento das leis.



Isso não inibe o oferecimento de subsídios para a reflexão,

que se mostra especialmente necessária em relação ao substitutivo ao Projeto de Lei 10.887, de 2018 (relator da comissão especial o deputado Carlos Zaratini), submetido a votação e aprovado no último dia 17.

Leis comportam, sempre, aperfeiçoamento.

A pressa, contudo, especialmente em temas polêmicos, não é boa conselheira: mais debate, com maior abertura e ampla participação de outros atores institucionais, são fundamentais. Só assim será propiciada visão completa ao Parlamento, aumentando as chances de acertos e reduzindo os erros.

Espera-se que tal venha a ocorrer no Senado Federal, na próxima fase de tramitação.

Por outro lado, há necessidade (como síntese, nos limites possíveis neste espaço) de apontar, desde logo, aspectos do texto do substitutivo (sem caráter exaustivo), indicativos de que não foi propiciada aos parlamentares, até aqui, percepção apropriada do tema.

A proposta, tal como está, significará, caso convertida em lei, inviabilidade prática de aplicação da Lei de Improbidade.

Note-se: não há discordância sobre a utilidade de aprimoramento da lei. O fiel da balança, contudo, recomenda equilíbrio. Aperfeiçoamento não é sinônimo de eliminação.

Com clareza: o Brasil não precisa, nesta altura, de extirpar mecanismos destinados a velar pelo cuidado dos agentes públicos com o patrimônio público e social, dos quais a Lei 8429/92 é um excelente exemplo.

Vamos aos pontos negativos do texto, indicados em caráter exemplificativo.

A Lei 8429/92 tem aspectos de Direito material (conceitos, delimitação do alcance, tipificação de condutas e sanções) e de Direito processual (referentes às investigações dos atos ilícitos e aos processos judiciais). Soluções ruins quanto a ambos inviabilizarão a tutela da do patrimônio público.

1) Excludente de tipicidade pela divergência de interpretação

O substitutivo exclui a tipificação do ilícito no caso de atuação decorrente de *"divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência ou em doutrina, ainda que não pacificadas, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões de órgãos de controle ou dos Tribunais do Poder Judiciário"* (artigo 1º, §8º, da lei, redação do substitutivo).

Tal orientação impedirá a aplicação da lei. É uma "não regra", por esvaziar por completo a finalidade da lei: proteger o patrimônio público.

O direito não é ciência exata. Sempre haverá mais de um entendimento a respeito de qualquer tema. É possível encontrar, para qualquer assunto, elaboração doutrinária, julgado ou corrente jurisprudencial (ainda que minoritária), defendendo este ou aquele ponto de entendimento. Por isso a dúvida (que é inerente à compreensão e evolução do Direito), não pode ser elemento normativo para tornar o fato atípico.

A dúvida deve ser analisada sob a perspectiva do dolo. Cabe ao Poder Judiciário, exclusivamente, dizer se o agente quis ou não, conscientemente, cometer o ilícito.

2) Exclusão da responsabilidade de sócios, cotistas, diretores e colaboradores de pessoas de direito privado

Foi fixada excludente quanto aos sujeitos que integram a estrutura de pessoas jurídicas privadas, prevendo que só serão responsabilizados se *"comprovemente houver participação e benefícios diretos"* (artigo 3º, parágrafo único da lei, redação do substitutivo).

Má solução. Pessoas físicas e pessoas jurídicas de direito privado, de forma frequente, concorrem para a prática de atos ilícitos que configuram improbidade administrativa. Os exemplos são diários e intermináveis. Estão nos meios de comunicação. Dos pequenos aos grandes casos.

Quem concorre para o ilícito deve se sujeitar à responsabilização. Haja ou não benefício pessoal, pois ao fazê-lo, agindo com dolo, está ofendendo valores que são protegidos não só na Lei 8429, mas também na Constituição.

3) Eliminação de previsão específica da obrigação de reparação ao erário

O texto revoga alguns artigos da Lei 8429. Entre eles o artigo 5º, que reproduz diretriz constitucional: quem causa danos ao erário tem de repará-los, seja o ato decorrente de dolo ou culpa (artigo 37, §5º, da CF).

Não é correto fomentar a orientação de que a obrigação de reparar só existe na conduta dolosa. O dano causado ao particular deve ser reparado pelo seu causador, seja o ato doloso ou culposos (artigo 927 do Código Civil). Faz sentido que o patrimônio público receba menor proteção que o patrimônio privado? Claro que não. A não ser que se entenda que a coisa pública, antes que ser de todos, seja de ninguém.

4) Limitação da sanção de perda da função ao cargo no qual ocorreu o ilícito

Tal solução está no texto (artigo 12, § 1º, da lei na redação do substitutivo). Ela é equivocada. Quem pratica o ilícito, lesando o patrimônio público e a Administração, não deve manter vínculo funcional com o poder público. Qualquer vínculo.

Se aprovado, o texto provocará não aplicação (ou quase nenhuma aplicação) da sanção. Especialmente em relação àqueles que são ocupantes de cargos não efetivos (não concursados: agentes comissionados ou detentores de mandato eletivo). São estes que, normalmente, possuem mais poder na administração, praticando atos decisórios.

Em outros termos, a aplicação da perda da função ficará reservada aos servidores efetivos (concursados), que, normalmente, são simples cumpridores de determinações superiores.

5) Exigência de demonstração de perigo para a indisponibilidade de bens

Por outro lado, ao contrário da regra atual (artigo 7º da Lei 8429), cuja revogação foi proposta, o texto projetado (artigo 16, §2º, da lei, redação do substitutivo) passa a exigir, para fins de decretação da indisponibilidade de bens, a demonstração do "*perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo*".

Trata-se de nítido enfraquecimento (ou, quiçá, inviabilização) da reparação ao erário.

A medida de indisponibilidade é pedra fundamental para assegurar que a lesão cometida ao patrimônio público seja reposta. A prática mostra que não é fácil, ao final do processo, conseguir, efetivamente, reparação. Sem a indisponibilidade (que deve ser decretada sempre que há elementos para o recebimento da ação de responsabilidade, como hoje ocorre), pouca chance haverá para que, ao final, haja efetiva indenização.

Não vale, aqui, a comparação com as medidas cautelares em geral (para as quais a lei exige o *periculum in mora*). Estamos a tratar da proteção ao patrimônio público, que merece, por recomendação constitucional, atenção especial do legislador.

6) Cabimento de agravo da decisão que rejeita preliminares

A proposta dá amplo cabimento ao recurso de agravo de instrumento na ação de improbidade, prevendo a possibilidade de sua interposição quando da rejeição de qualquer matéria suscitada em preliminar da contestação (artigo 17, §7º, da lei, redação do substitutivo).

Nisso se distancia da regra do CPC-15 (artigo 1.015), estimulando a interposição de agravos. A solução, do ponto de vista do sistema processual, é ruim. Acaba por truncar, desnecessariamente, a tramitação do processo. Maior demora para a solução definitiva.

7) Restrições indevidas no processo judicial

Há alguns pontos que preocupam pela falta de sentido técnico e manifesto prejuízo prático ao andamento do processo, sem que tragam equilíbrio ao sistema, nem aprimorem a proteção ao erário.

É princípio geral, no Direito processual, que o autor apresenta os fatos, cuja qualificação final cabe ao juiz (*da mihi factum, dabo tibi ius*). Além disso, um mesmo fato comporta assimilação a mais de uma moldura jurídica. Some-se a viabilidade, inerente ao direito processual, de formular pedidos cumulativos, subsidiários (não acolhido "a", busca-se o acolhimento de "b"). Anote-se, ademais, que cabe ao juiz analisar se deve ou não admitir a produção de provas, fazendo-o de forma justificada, afastando provas inúteis, desnecessárias, protelatórias.

Tais são aspectos da fisiologia do direito processual.

A proposta examinada afasta ou distorce todas essas alternativas, criando tramitação processual burocrática, formal, improdutiva e possivelmente mais onerosa, para além de desnecessária (artigo 17, §§11, 13, I e II, da lei, redação do substitutivo).

Há ainda a previsão da possibilidade de "conversão" da ação de improbidade em ação civil pública, desprovida de sentido teórico e prático (artigo 17, §17, da lei, redação do substitutivo).

Primeiro, por quebrar a regra da demanda (quem pede é o autor) e a inércia que deve pautar a atuação do juiz (cabe a ele presidir o processo e julgar; não cabe a ele se imiscuir na escolha feita pelo autor, assumindo o papel deste). Segundo, por ser desnecessário: se o autor fez pedidos cumulados (para tutela de direitos coletivos, cumulados com aplicação das sanções da Lei 8429), e o juiz entende que não há ato de improbidade, basta afastar a aplicação das sanções acolhendo os demais pedidos.

8) Soluções inapropriadas quanto à autocomposição

Qual a razão para impor a homologação judicial de todos os acordos de não persecução civil (artigo 17-A, §1º, III, da lei, redação do substitutivo), senão fomentar, desnecessariamente, a judicialização? Se há acordo extrajudicial, basta a homologação pelo órgão interno de controle do próprio Ministério Público (Conselho Superior no MP estadual; Câmaras de Revisão no MP federal). A solução extrajudicial é a tendência do processo atual.

Qual o sentido de exigir como condição para o acordo que, em casos de dano, a definição do valor a ser ressarcido dependa da manifestação do Tribunal de Contas (artigo 17-A, §3º, da lei, redação do substitutivo), senão criar mais um encargo para as cortes de contas (já assoberbadas com seus encargos ordinários)?

9) Vinculação entre as instâncias distintas

Princípio geral no qual se assenta o ordenamento nacional é o da independência das instâncias, civil e criminal, com algumas ressalvas. Estas demandam justificativa racional e lógica. O sistema, como posto, tem equilíbrio.

É efeito da condenação penal a obrigação de reparar o dano, sendo a sentença criminal título executivo para tal fim (artigo 91, I, do CP, artigo 63 do CPP, artigo 515, VI, do CPC-15).

A absolvição criminal não impede o reconhecimento da responsabilidade civil, salvo quando reconhecida a inexistência do fato (artigos 66 e 67 do CPP).

O sistema proposto subverte, indevidamente, tal orientação.

Prevê que as ações "civis" também podem produzir efeitos em relação à ação de improbidade (artigo 21, §3º, da lei, redação do substitutivo). Que ações civis são estas, nas quais pode ocorrer afastamento da imputação (de prática de improbidade) sem o seu exame? Há clara violação do direito de ação e do devido processo legal em tal orientação (artigo 5º, XXXV e LIV, da CF).

Por outro lado, propôs-se que a absolvição criminal "confirmada por decisão colegiada" (ou seja, sem qualquer restrição: inclusive por insuficiência de provas e antes do trânsito em julgado) impede o trâmite da ação de improbidade (artigo 21, §4º, da lei, redação do substitutivo).

A solução correta (para respeito à garantia da ação, ao devido processo legal e para o equilíbrio sistêmico) seria reservar ao juiz, quando da sentença, a análise da influência do julgado penal sobre a ação de improbidade, mantendo-se os parâmetros hoje existentes (independência das instâncias, com as ressalvas antes mencionadas).

10) Soluções que inviabilizam a investigação

A proposta limita a 180 dias, prorrogável uma única vez, a apuração no inquérito civil (artigo 23, §§2º e 3º, da lei, redação do substitutivo).

A observação aqui é simples. Quem conhece a prática das investigações e tem noção da dimensão das situações que se apresentam na tutela do patrimônio público sabe, de observação própria, que tal limite temporal inviabiliza (ou quando menos reduz sobremaneira) a possibilidade de que haja apuração adequada, bem como êxito na defesa do patrimônio público.

Ora, se a proposta passa a atribuir legitimação para a ação de improbidade exclusivamente ao MP (artigo 17, *caput* da lei, redação do substitutivo), e ao mesmo tempo impede, na prática, a investigação (ao criar prazo cuja observância é inviável — artigo 23), ela está, na realidade, inviabilizando o esclarecimento dos fatos e a propositura da demanda de responsabilidade.

11) Redução progressiva do prazo prescricional

O texto prevê regra leonina (ou draconiana, caso se prefira) a respeito da prescrição. Ao mesmo caso em que cria vários motivos para a interrupção da prescrição (instauração do inquérito civil, ajuizamento da ação, publicação da sentença condenatória ou sua confirmação em grau de recursos ordinários ou extraordinários), estipula que o prazo recomeça a correr pela metade do anterior (artigo 23, §§1º, 4º e 5º, da lei, redação do substitutivo).

Considerado o prazo inicial de oito anos, e a existência de sucessivos recursos (apelação, recurso especial e recurso extraordinário, para dizer o menos), é legítimo supor que ao final ocorrerá a prescrição, sem que seja possível aplicar as sanções, ainda que reconhecidas por decisão judicial.

Essa armadilha (ainda que, em boa-fé, não percebida pelo legislador), inviabilizará, seguramente, a aplicação da lei, mesmo que o autor da ação de improbidade e os julgadores sejam diligentes no cumprimento de seus encargos.

12) Os encargos da sucumbência

Parecer apresentado às emendas de plenário, na Câmara, incluiu o artigo 23-B, §§1º e 2º, na proposta, prevendo a condenação em honorários sucumbenciais em caso de improcedência da ação de improbidade.

Má solução. A tradição em ações voltadas ao interesse coletivo (como o são a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade), é prever a condenação apenas em caso de litigância de má-fé ou atuação temerária do autor (artigo 13 da Lei 4717/65, artigo 17 e 18 da Lei 7347/85, artigo 87 da Lei 8078/90).

Qual a razão? Necessidade de estimular a proteção aos interesses coletivos. Afinal, não se move demanda em benefício próprio, mas, sim, da coletividade. A solução preconizada no projeto significa desestímulo à proteção do patrimônio público.

Tempo de concluir

O cenário acima descrito permite dizer que a transformação do substitutivo em lei incorrerá, ainda, em inconstitucionalidades.

Primeiro, por aniquilar, na prática, a tutela do patrimônio público e dos princípios constitucionais da Administração (artigo 37, incisos, §§4º e 5º, da CF). Segundo, por propiciar retrocesso social, inaceitável na atual quadra da nossa história.

No Estado constitucional e democrático de Direito a proteção decorrente da lei deve ser aperfeiçoada, não aniquilada (vedação ao retrocesso social).

As observações acima foram feitas a título de exemplificação. Há outras impropriedades no texto.

É legítimo papel do Parlamento o aprimoramento das leis, e os parlamentares merecem respeito. São nossos representantes e cumprem o papel que lhes foi atribuído pela ordem vigente.

O tema, entretanto, é do interesse de todos. Todos desejamos que aquilo que a todos pertence (patrimônio público) seja objeto de adequada disciplina legislativa.

Mais debate e menos açodamento são desejáveis na tramitação de proposta legislativa de tal envergadura.

Numa análise não exaustiva, roga-se vênia para afirmar que o texto examinado não representa o aperfeiçoamento da tutela material e processual da probidade na Administração Pública.

Fica externada a manifestação e o desejo de que na próxima fase de tramitação, no Senado Federal, haja possibilidade de correção de rumos.

Date Created

22/06/2021