

PROPOSTAS DA CONAMP SOBRE A REVISÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Por *Luciano Oliveira Mattos de Souza**

O Excelentíssimo Senhor Ministro do Supremo Tribunal de Justiça Mauro Luiz Campbell Marques, por intermédio do Ofício nº 03/2018, de 09 de maio último, na qualidade de Presidente da Comissão de Juristas de Reforma da Lei de Improbidade Administrativa instituída pela Câmara dos Deputados, solicitou sugestões/contribuições para elaboração de anteprojeto de revisão da Lei nº 8.429/92.

O Senhor Presidente da CONAMP, Victor Hugo Palmeiro de Azevedo Neto, designou-me para coordenar os trabalhos, coletando sugestões que pudessem contribuir com os debates da comissão e o aprimoramento da legislação que disciplina e sanciona os atos de improbidade administrativa.

Após divulgação e pedido de sugestões no âmbito da CONAMP e da AMPERJ, além do trabalho de pesquisa e discussão com outros membros do Ministério Público, foi possível apresentar o presente estudo, que constitui uma análise preliminar sobre o tema, para fomentar o debate e o aprofundamento das discussões.

Neste momento, aliás, importante salientar a contribuição de valorosos colegas na elaboração da presente proposta inicial. Registro os agradecimentos aos Promotores de Justiça Rogério Pacheco Alves (RJ), Eduardo Sens (SC), José Francisco Seabra (RS) e Roberto Turin, Presidente da Associação Mato-grossense do Ministério Público.

Observo, ainda, que foi uma importante fonte a proposta aprovada na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) do Ministério da Justiça, cujo texto encontra-se disponível no livro "Improbidade Administrativa", de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves.

Longe de ser um trabalho de profundidade, a presente proposta constitui uma modesta contribuição com o debate sobre essa importante ferramenta de combate à corrupção e para a defesa da probidade na administração pública.

SUJEITOS DA IMPROBIDADE

- AGENTES POLÍTICOS

Seguindo a orientação jurisprudencial e atualmente pacificada, é sujeito do ato de improbidade administrativa o agente político, até porque não haveria lógica a sua exclusão do sistema de proteção da administração pública e dos administrados em relação à prática ímproba. Sugere-se a inclusão expressa dos agentes políticos para evitar eventuais e futuras novas discussões sobre esse tema.

Art. 1º. Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, inclusive agentes políticos, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, 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, serão punidos na forma desta lei.

(...)

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior, inclusive os agentes políticos.

- PESSOAS JURÍDICAS

Também seguindo a jurisprudência, a pessoa jurídica tem sido considerada como partícipe do ato de improbidade administrativa e, portanto, submetida às sanções legais. Aliás, a Lei nº 12.846/13 (Anticorrupção) inseriu a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas, sendo pertinente a adequação da LIA a essa nova realidade, inclusive compatibilizando os referidos diplomas.

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, à pessoa jurídica e à pessoa natural que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma, direta ou indireta.

§ 1º A responsabilidade da pessoa jurídica na forma do caput deste artigo não exclui nem atenua a da pessoa natural que induziu ou concorreu para a prática do ato, ou dele se beneficiou.

§ 2º Havendo prova da prática do ato de improbidade, a responsabilidade de que cuida o caput deste artigo independe da identificação ou da condenação do agente público.

- TIPOS DE IMPROBIDADE

- Enriquecimento Ilícito (artigo 9º)

Aqui se incorpora uma sugestão de redação do projeto da ENCCLA, que, de fato, aprimora a redação do inciso VII, que prevê o ato de improbidade administrativa pela evolução patrimonial incompatível apenas com o núcleo verbal adquirir, o que se constitui uma imperfeição. O que se vê realmente na evolução patrimonial incompatível é a dissimulação para encobrir o patrimônio obtido ilicitamente. A redação sugerida permite o enquadramento em hipóteses mais abrangentes.

A proposta contida no § 3º decorre de uma constatação pelo longo tempo em que atuei na área de improbidade administrativa. Muitas vezes são praticados inúmeros atos que têm por finalidade o enriquecimento ilícito, mas ele não ocorre por circunstâncias externas. Nesse caso, o ato praticado é muito mais grave do que a violação de princípios, uma vez que o agente atua para se enriquecer ou a terceiros.
Art. 9º. (...)

VII – adquirir, possuir, manter, usufruir ou dispor de bens, direitos ou serviços de qualquer natureza, ou movimentar valores, durante o exercício do mandato, cargo, emprego ou função pública, que sejam incompatíveis com as suas fontes de renda e seu patrimônio legítimos e que não possam ser justificados;
(...)

§ 1º Na hipótese do inciso VII, cabe ao autor da ação a demonstração inicial da incompatibilidade e ao agente público caberá o ônus da prova da licitude e compatibilidade.

§ 2º A responsabilidade decorrente do inciso VII independe da comprovação do ato ou do fato do qual derivou a situação de incompatibilidade.

§ 3º. Configura improbidade administrativa na modalidade prevista no caput e seus incisos a prática de atos que configurem início da execução do enriquecimento ilícito, independentemente do agente ou beneficiário ter auferido a vantagem patrimonial pretendida.

- Dano ao Erário (artigo 10)

Novamente se busca um aprimoramento redacional, buscando como fonte o texto do projeto da ENCCLA.

Art. 10 (...)

VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou afastá-lo sem observância das formalidades legais;

- Violação de Princípios (artigo 11)

A sugestão de inclusão do inciso decorre também da jurisprudência, que tem admitido a configuração da improbidade administrativa quando o agente público descumpre o dever de prestar informações nas investigações realizadas pelo Ministério Público, muitas vezes com a finalidade de beneficiar a si ou a terceiros.

Art. 11 (...)

XI – deixar de fornecer documentos e informações ao Ministério Público quando requisitados no exercício regular de suas atribuições legais;

- SANÇÕES

O artigo 7º da Lei nº 12.846/13 traz algumas balizas para a fundamentação das sanções que devem ser aplicadas. Segue a mesma linha das propostas da ENCCLA, com a fixação de critérios mais definidos, o que não ocorre na legislação atual.

Incluiu-se o parâmetro da consumação do ato, buscando coerência com sugestões anteriores e com a legislação anteriormente citada.

Outra inclusão é a possibilidade da condenação do agente em restituir a um fundo, ainda que da mesma esfera da pessoa jurídica interessada, permitindo ao julgador ampliar as opções de reparação, de forma a alcançar uma melhor destinação dos recursos.

Art 12. (...)

§ 1º. Na fixação das penas previstas nesta lei, a autoridade judiciária levará em conta, conforme o caso, a gravidade da infração, a extensão do dano causado, o proveito patrimonial obtido ou pretendido, o prejuízo ao erário, a reiteração da conduta, a situação econômica da pessoa jurídica, o grau de responsabilidade funcional, a consumação do ato e a capacidade decisória do agente público, assim como a repercussão social dos fatos.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido fixará o valor da lesão, sempre que possível, e determinará o ressarcimento do dano, o perdimento dos bens e o recolhimento da multa, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito ou a um fundo destinado a reconstituir bens e interesses relacionados com o objeto da ação.

§ 3º A execução da condenação pecuniária alcançará quaisquer bens, direitos e valores, decorrentes ou não do ato de improbidade, que assegurem o integral ressarcimento do dano, o perdimento dos valores correspondentes ao enriquecimento ilícito e o adimplemento da multa civil.

Outra questão que merece atenção é a condenação na sanção de perda do cargo. É muito comum o agente ser condenado à perda do cargo, função ou emprego e já não mais estar ocupando aquele que ensejou a prática do ato de improbidade administrativa. Pode até mesmo estar aposentado, circunstância que não deve afastar a sanção.

Propõe-se, assim, mais um parágrafo com essa determinação, baseada na sugestão do anteprojeto da ENCCLA.

§ 4º. A perda da função alcançará todos os vínculos que o agente mantenha com o Poder Público ao tempo do trânsito em julgado da sentença condenatória, inclusive a perda dos proventos, quando o ato de improbidade administrativa tenha sido praticado no exercício da atividade.

Sugere-se a inclusão de dispositivo que fixe adequadamente as sanções para as pessoas jurídicas, valendo como sugestões o que está disciplinado nos artigos 19 e 20 da Lei 12.846/13 (anticorrupção) e o projeto da ENCCLA, conforme abaixo:

Art. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica e sem prejuízo da aplicação, no que couber, das sanções previstas no artigo anterior, são aplicáveis, isolada ou cumulativamente às pessoas jurídicas de que cuida o art. 3º, as seguintes penalidades:

I – multa de até vinte por cento do valor do faturamento bruto no exercício em que ocorreu o fato, a qual nunca será inferior à vantagem auferida ou pretendida, nem ao valor do dano causado ao erário;

II – suspensão total ou parcial de atividades, inclusive daquelas que exijam autorização ou licença do Poder Público;

III – dissolução;

IV – publicação, em meia página e a expensas do apenado, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória transitada em julgado, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas.

§ 1º A dissolução da pessoa jurídica será decretada quando:

I – criada para a prática de ilícito previsto nesta lei; ou

II – configurada a intenção, exclusiva ou predominante, dos responsáveis por participarem ou se beneficiarem, por meio dela, dos atos previstos nesta lei.

§ 2º No caso de a pessoa jurídica não possuir patrimônio suficiente para garantir o ressarcimento ou o adimplemento da multa, a execução poderá ser realizada mediante desconto calculado sobre o valor do seu faturamento bruto mensal.

Como dito anteriormente, busca-se com a proposta adiante estabelecer a possibilidade de enquadramento no artigo 9º dos atos de improbidade administrativa que busquem o enriquecimento ilícito, ainda que ele não seja alcançado, evitando que seja realizada uma subsunção de reserva no artigo 11, cuja finalidade é diversa.

Art. 21. (...)

III – do agente ou beneficiário ter auferido a vantagem patrimonial pretendida;

- TRANSAÇÃO

Tem sido cada mais defendida a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta nas hipóteses da prática de ato de improbidade administrativa. Vários são os trabalhos doutrinários que apresentam fundamentos que justificam juridicamente a celebração. Hoje existe até a permissão constante do § 2º do artigo 1º da Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Não me parece que deva realmente prevalecer a proibição do § 1º do artigo 17 da Lei nº 8.429/92. Há um avanço na doutrina a se admitir a justiça penal negocial, como o *plea bargaining*, não fazendo sentido a vedação na improbidade administrativa, mormente quando se brada em doutrina e jurisprudência a celeridade e efetividade do processo.

Com os devidos controles, acredito ser mais eficiente permitir-se a resolução célere do conflito com a aplicação da sanção adequada e proporcional, do que promover uma longa e desarrazoada ação judicial.

A Lei Anticorrupção trouxe o acordo de leniência, permitindo a reparação e sanção das pessoas jurídicas envolvidas e, ainda, produzindo outros efeitos e consequências de inegável interesse público, como, por exemplo, a identificação dos demais envolvidos (artigo 16 da Lei 12.846/13).

Importante ainda haver uma integração nas disciplinas normativas de forma a se ter uma adequação sistêmica. Assim, creio ser possível a celebração de acordos de leniência com reflexos na improbidade, desde que haja a participação do membro do Ministério Público com atribuição.

Art. 17. § 1º. REVOGAÇÃO

Art. Será facultada a celebração de acordo pelo Ministério Público, ouvida a pessoa jurídica de direito público interessada, desde que sejam observadas as seguintes condições cumulativas:

I – fiquem assegurados o perdimento dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e a efetiva e integral reparação do dano, quando verificadas essas circunstâncias;

II – o sujeito aceite se submeter ao menos a uma das demais sanções previstas na presente lei; e,

III – as características pessoais e as circunstâncias do ato ímprobo indiquem que a solução adotada é suficiente para a prevenção e repressão da improbidade administrativa;

§ 1º. O acordo deverá ser submetido ao controle do Conselho Superior do Ministério Público, observando-se o procedimento previsto na legislação específica para o inquérito civil e ação civil pública e respectivas leis orgânicas dos Ministérios Públicos;

§ 2º. O acordo somente produzirá efeitos após a homologação pelo Conselho Superior;

§ 3º. Deverão ser comunicados, no prazo de 10 (dez) dias, o Tribunal de Contas, a Justiça Eleitoral e os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público para os devidos registros;

§ 4º. O acordo de leniência poderá produzir os efeitos previstos neste artigo, desde que ratificado pelo órgão de execução do Ministério Público com atribuição e observados os requisitos desta lei.

- EVOLUÇÃO PATRIMONIAL

O acompanhamento e fiscalização da evolução patrimonial dos agentes públicos é extremamente importante para o combate à improbidade administrativa. Nesse particular, reproduzimos a proposta redacional do texto aprovado na ENCCLA, por ser minucioso e detalhado nessa matéria.

Art. A Administração Pública acompanhará, de forma sistemática e anual, a evolução patrimonial do agente público, com a finalidade de prevenir e reprimir o enriquecimento ilícito.

§ 1º A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à autorização de acesso, inclusive por meio eletrônico, às informações existentes nos bancos de dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

§ 2º O acesso a que se refere o § 1º será exclusivo aos órgãos correicionais, de controle interno e externo do ente federativo a que vinculado o agente, sem prejuízo do poder de requisição do Ministério Público e do órgão de representação judicial da pessoa jurídica de direito público interessada.

§ 3º Não será necessária a renovação anual da autorização.

§ 4º Os órgãos mencionados no § 2º também poderão acessar as informações relativas aos cinco anos subsequentes ao término do exercício do mandato, cargo, emprego ou função.

§ 5º Sem prejuízo do disposto nos parágrafos anteriores, a Administração Pública poderá exigir de seus agentes declarações específicas, quanto a seu patrimônio, renda e valores, abrangendo os de seu cônjuge ou companheiro, filhos, e também de pessoas que vivam sob a sua dependência econômica.

§ 6º Será punido com pena de demissão, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que prestar falsamente a declaração de que trata o § 5º.

§ 7º O descumprimento do dever de prestar a declaração de que trata o § 5º ensejará a imediata suspensão do pagamento da remuneração do agente público até o efetivo cumprimento da obrigação.

§ 8º Havendo indícios de enriquecimento ilícito, previsto no artigo 9º, inciso VII, desta Lei, apurados em procedimento administrativo preliminar, as informações sobre o acompanhamento da evolução patrimonial do agente público deverão ser encaminhadas às autoridades competentes.

§ 9º A Secretaria da Receita Federal do Brasil comunicará às autoridades competentes, para instauração dos procedimentos cabíveis, a existência de indícios de evolução patrimonial incompatível com as fontes de renda e o patrimônio legítimo de agente público.

§ 10. O agente público que dispuser das informações mencionadas no § 7º ou que, nos termos deste Capítulo, tiver acesso aos dados das declarações de que trata o § 1º, estará obrigado a zelar pelo seu efetivo sigilo, sob pena de responder nas esferas civil, penal e administrativa por sua divulgação indevida.

§ 11. Os órgãos públicos poderão celebrar convênios e acordos de cooperação técnica para viabilizar o intercâmbio e a análise de informações de suas respectivas bases de dados.

- PROCESSO ADMINISTRATIVO

A sugestão apresentada, neste particular, tem por finalidade apenas uma melhor sistematização do que já vem sendo realizado pelos responsáveis pelas investigações dos atos de improbidade administrativa.

Se torna imperiosa, todavia, a inclusão expressa da figura do inquérito civil como instrumento de investigação, já que possui alcance constitucional (artigo 129, III). Além disso, independentemente da regularidade e das formalidades da representação, impõe-se à autoridade administrativa que tomar conhecimento o dever de agir.

Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente e ao Ministério Público para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.

§ 1º A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterá a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

§ 2º Perante a pessoa jurídica de direito público interessada, a representação seguirá o rito do processo administrativo sancionador fixado no estatuto dos servidores públicos e outras normas aplicáveis;

§ 3º O Ministério Público poderá instaurar inquérito civil ou procedimento administrativo, conforme disciplinado nas leis específicas e nas leis orgânicas;

§ 4º A autoridade deverá proceder de ofício, se vier a tomar conhecimento, por qualquer outro meio, da irregularidade.

- PROCESSO JUDICIAL

A ideia aqui é simplificar o procedimento judicial da ação de improbidade administrativa, que deve se valer do atual código de processo civil. Além disso, se faz indispensável a extinção do procedimento preliminar instituído pela Medida Provisória nº 2.225-45/2001, por ser extremamente burocrático e prejudicial ao andamento do processo, o que acaba por dificultar o julgamento.

Artigo 17. A ação de improbidade administrativa poderá ser ajuizada pela pessoa jurídica de direito público interessada e pelo Ministério Público e observará o procedimento comum previsto nos artigos 318 e seguintes do CPC.

§ 1º A ação principal deverá ser proposta no prazo de 90 (noventa) dias da efetivação da tutela provisória, podendo ser prorrogada por igual período, por decisão fundamentada do juiz.

(...)

§ 6º a § 11. REVOGAÇÃO

- PRESCRIÇÃO

De fato, a redação sobre a prescrição acaba por produzir inúmeras divergências de interpretação. É imperiosa a definição de marcos mais claros e precisos e que permitam o adequado manejo da ação.

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas:

I – até quinze anos após o término do exercício de cargo em comissão, de função de confiança ou de mandato, contando-se o prazo, nesta última hipótese, do término do último mandato sucessivo do agente processado, em caso de reeleição ou recondução;

II – até quinze anos a contar da prática da publicidade do ato, para os casos de agentes públicos que exerçam cargo efetivo, emprego ou função pública e para os que não sejam agentes públicos, mas que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indiretamente.

- DISPOSIÇÕES FINAIS

A designação, por lei, de um órgão responsável pelo cadastro de todas as ações de improbidade e os seus resultados é medida extremamente importante. Poderia ser o próprio CNJ, que hoje desempenha essa função mantendo o Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa - CNIA.

** Luciano Oliveira Mattos de Souza é Promotor de Justiça e Presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - AMPERJ*