



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção**

NOTA TÉCNICA Nº 03/2018 – 5ª CCR

Nota Técnica referente à constitucionalidade do Projeto de Lei nº 7.448/2017, que altera o decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

Razões para a manutenção do veto.

1. APRESENTAÇÃO

A presente Nota Técnica analisa os vetos apresentados pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República ao teor do PL 7.448/2017, sancionado parcialmente e convertido na Lei 13.655/2018. Entende que não há razões para a derrubada dos vetos, eis que fundados em substanciosos argumentos de inconstitucionalidade.

2. MÉRITO

2.1 Inconstitucionalidade do Art. 23, parágrafo único.

“Parágrafo único. Se o regime de transição, quando aplicável nos termos do caput deste artigo, não estiver previamente estabelecido, o sujeito obrigado terá direito a negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas as limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso.”.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção

Em relação a esse dispositivo, o presidente da República acolheu manifestações de inconstitucionalidade dos Ministérios do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, da Fazenda, da Transparência e Controladoria-Geral da União e da Advocacia-Geral da União. O senhor Presidente fez contar da mensagem de veto a razão de que o regime de transição não pode ser considerado um direito subjetivo do administrado, mas uma política pública da administração.

Além desse aspecto, cabe acrescentar que o parágrafo contraria o disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição, uma vez que sugere que o administrador poderá negociar um regime de transição, quando ele não for previamente estabelecido. Ocorre que uma política pública não pode ser negociada individualmente, com os administrados. Mais ainda, se houver decisão judicial, já foi acobertada pela coisa julgada, descabe qualquer tipo de negociação, com quem quer que seja, acerca da decisão. A única providência possível é o cumprimento daquilo que foi determinado. Não há “direito” de negociação contra decisão judicial.

2.2 Inconstitucionalidade do Art. 25.

“Art. 25. Quando necessário por razões de segurança jurídica de interesse geral, o ente poderá propor ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, cuja sentença fará coisa julgada com eficácia erga omnes.

§ 1º A ação de que trata o caput será processada conforme o rito aplicável à ação civil pública.

§ 2º O Ministério Público será citado para a ação, podendo abster-se, contestar ou aderir ao pedido.

§ 3º A declaração de validade poderá abranger a adequação e a economicidade dos preços ou valores previstos no ato, contrato ou ajuste.”

O art. 25 foi integralmente vetado pelo senhor Presidente da República, sendo objetado pelo Ministério da Justiça, juntamente com os Ministérios da Fazenda, da Transparência e Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União. É interessante transcrever suas razões:



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção

“A ação declaratória preconizada pelo dispositivo, cuja sentença terá eficácia para todos, inclusive podendo dispor a respeito de preço e valores, poderá acarretar em excessiva demanda judicial injustificada, tendo em vista a abrangência de cabimento para a impetração da ação por ‘razões de segurança jurídica de interesse geral’ o que, na prática, poderá contribuir para maior insegurança jurídica. Ademais, há omissão quanto à eficácia de decisões administrativas ou de controle anteriores à impetração da ação declaratória de validade, uma vez que a atuação judicial pode se tornar instrumento para a mera protelação ou modificação dessas deliberações, representando, também, violação ao Princípio Constitucional da Independência e Harmonia entre os Poderes.”

De fato, a pretensão de se declarar abstratamente válido um ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, com eficácia erga omnes, fere diretamente o art. 5º, XXXV, da Constituição, uma vez que teria como efeito impedir ações questionando, no futuro, esses aspectos do ato administrativo anterior, que ficaria acobertado com a imutabilidade da coisa julgada. O que se pretende é que o juiz, antes de saber quais questionamentos o ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa pode vir a sofrer, o declare válido, erga omnes, inclusive no que tange à economicidade dos preços ou valores nele previstos.

É pouco mais que evidente a inviabilidade constitucional de se pretender essa eficácia. A coisa julgada incide apenas sobre fatos devidamente apresentados e submetidos ao contraditório, não sobre hipóteses. É incabível, pela via da ação declaratória, afastar todos os possíveis questionamentos fáticos que um ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa pode vir a sofrer. A pretensão declaratória não tem, em nosso sistema constitucional, potencial para essa amplitude.

Demais disso, os atos administrativos já contam, naturalmente, com presunção de validade, que pode ser afastada à luz das circunstâncias do caso. O que o legislador pretende é converter essa presunção relativa em absoluta, como se o juiz pudesse antecipar todos os possíveis questionamentos e afastá-los, antes que fossem formulados, atribuindo a esse afastamento a imutabilidade da coisa julgada.

Adicionalmente, o §2º viola o art. 129, III, da Constituição, que afirma caber ao Ministério Público “promover” a ação civil pública. Isso significa, de modo expresso, que o



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção

Ministério Público atua como autor nessas ações, não como réu. Seu papel é promover direitos, não é proteger a sociedade de um administrador público que pretende se ver livre de questionamentos futuros sobre sua conduta.

Aliás, o posicionamento do Ministério Público, órgão que a Constituição delineou como advogado da sociedade, no polo passivo dessa ação, evidencia qual o conflito que o próprio legislador antevê que será resolvido pela demanda: pretensões de administradores que querem se imunizar do controle jurídico e social a que estão inerentemente submetidos, escondendo-se sob o pálio da coisa julgada. É inusitado que a lei pretenda criar uma ação declaratória cujo autor é o Administrador e o réu é a sociedade que ele mesmo deveria servir, representada pelo Ministério Público.

Ao que parece, o legislador pretende produzir uma proposital confusão entre as ações de controle abstrato de constitucionalidade das normas e o controle abstrato de políticas públicas. Há, todavia, uma intransponível diferença. A análise de constitucionalidade das normas leva em consideração apenas a compatibilidade abstrata entre o texto da norma e suas interpretações, com a Constituição. Não há fatos envolvidos e nada impede que, no futuro, à luz de novos fatos, a aplicação dessa norma seja reconsiderada para o caso.

No caso das políticas públicas, essa declaração equivaleria a pretender que todos os possíveis questionamentos fossem antecipados e previamente afastados, com a coisa julgada acarretando prejuízos a toda a sociedade, *erga omnes*.

Resta claro que a Constituição não permite esse tipo de raciocínio.

2.3 Inconstitucionalidade do Art. 26.

§ 1º [omissis]:

(...)

II – poderá envolver transação quanto a sanções e créditos relativos ao passado e, ainda, o estabelecimento de regime de transição;

(...)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção

§ 2º Poderá ser requerida autorização judicial para celebração do compromisso, em procedimento de jurisdição voluntária, para o fim de excluir a responsabilidade pessoal do agente público por vício do compromisso, salvo por enriquecimento ilícito ou crime.”

Os dispositivos supratranscritos do art. 26 foram vetados por objeção manifestada pelo Ministério da Fazenda, juntamente com o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União. Afirmou o Excelentíssimo Senhor Presidente da República que “A celebração de compromisso com os interessados, instrumento de natureza administrativa previsto no caput do artigo, não pode, em respeito ao princípio da reserva legal, transacionar a respeito de sanções e créditos relativos ao tempo pretérito e imputados em decorrência de lei. Ademais, poderia representar estímulo indevido ao não cumprimento das respectivas sanções, visando posterior transação.”

Asseverou, além disso, que “A autorização judicial destinada à celebração de compromisso administrativo com a finalidade de excluir a responsabilidade pessoal do agente público viola o Princípio Constitucional da Independência e Harmonia entre os Poderes, ao comprometer a apreciação das esferas administrativa e de controle.”

De fato, o texto fere o art. 37 da Constituição, ao permitir a celebração de um inusitado acordo entre a autoridade administrativa e “os interessados”, para eliminar uma situação contenciosa na aplicação do direito.

Como se sabe, a administração opera sob o princípio constitucional da impessoalidade. Logo, situações contenciosas na aplicação do Direito devem ser resolvidas de modo geral, para todos os cidadãos, e não mediante um acordo que envolva “os interessados”, sujeitos indefinidos que podem ou não corresponder à totalidade de atingidos pelo ato litigioso.

Como se observa, além da disposição constitucional de proteção da impessoalidade, fere-se a própria segurança jurídica, princípio constitucional decorrente da garantia da isonomia, ao se utilizar um conjunto de expressões abertas para atribuir ao administrador a possibilidade de fazer um acordo dispondo do interesse público.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção

O §2º prevê a possibilidade de um inusitado procedimento de jurisdição voluntária para autorizar a celebração do compromisso e, com isso, “excluir a responsabilidade pessoal do agente público por vício do compromisso”.

Essa pretensão é realmente difícil de explicar. Ninguém pode transferir ao juiz a responsabilidade pelos atos que pratica, pedindo uma autorização anterior. Nem mesmo tutores ou curadores, que devem obter essa permissão para realizar certos negócios jurídicos em nome das pessoas cuja guarda lhes cabe, se desoneram dos eventuais efeitos nefastos decorrentes do negócio, que se apurem posteriormente, ainda que haja autorização judicial. O texto da lei não pode revogar o art. 37, §6º da Constituição, que prevê a responsabilidade do administrador por dolo ou culpa.

Demais disso, é patente que a existência de uma autorização prévia do juiz não pode excluir a atuação do Ministério Público, sob pena de vulneração do art. 129 da Constituição, assim como não pode evitar a atuação dos tribunais de contas, dada a vulneração aos arts. 70 e 71 do texto magno.

Destarte, mais uma vez, inconstitucional a disposição.

2.4 inconstitucionalidade do Art. 28, §§1º, 2º e 3º.

“Art. 28. (...)

§ 1º Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais.

“§ 2º O agente público que tiver de se defender, em qualquer esfera, por ato ou conduta praticada no exercício regular de suas competências e em observância ao interesse geral terá direito ao apoio da entidade, inclusive nas despesas com a defesa.

§ 3º Transitada em julgado decisão que reconheça a ocorrência de dolo ou erro grosseiro, o agente público ressarcirá ao erário as despesas assumidas pela entidade em razão do apoio de que trata o § 2º deste artigo.”



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção

O Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União manifestaram-se contra o referido dispositivo, em razões acolhidas pelo Exmo. Sr. Presidente da República, demonstrando que “A busca pela pacificação de entendimentos é essencial para a segurança jurídica. O dispositivo proposto admite a desconsideração de responsabilidade do agente público por decisão ou opinião baseada em interpretação jurisprudencial ou doutrinária não pacificada ou mesmo minoritária. Deste modo, a propositura atribui discricionariedade ao administrado em agir com base em sua própria convicção, o que se traduz em insegurança jurídica”.

Ressaltaram, ademais, que “Os dispositivos criam direito subjetivo para o agente público obter apoio e defesa pela entidade, em qualquer esfera, decorrente de ato ou conduta praticada no exercício regular de suas competências, inclusive nas despesas com a defesa. Tal como se apresenta, fica caracterizada a não exclusividade do órgão de advocacia pública na prestação, podendo impor a cada entidade dispêndio financeiro indevido, sem delimitar hipóteses de ocorrência de tais apoios nem especificar o órgão responsável por esse amparo, o que poderia gerar significativos ônus sobretudo para os entes subnacionais.”

Não é preciso grande esforço hermenêutico para perceber que o texto pretende revogar o §6º do art. 37 da Constituição, que dispõe que os servidores são responsáveis nos casos de dolo ou culpa, a qual, sabidamente, inclui as modalidades de imperícia, imprudência ou negligência, não apenas o “erro grosseiro”. Qualquer atividade culposa do administrador é passível de responsabilização, nos termos translúcidos da Constituição.

Além disso, a imposição de ônus financeiro à Administração, para custear advogados para os acusados, sem delimitar as hipóteses em que cabível o serviço, serve apenas para impor custos ao orçamento público, atualmente tão restrito. Não há como se pretender, à luz do texto constitucional, impor ao contribuinte o custo da defesa indiscriminada de agentes públicos, independente das condutas que hajam praticado.

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, fica claro que as razões que levaram o Excelentíssimo Senhor Presidente da República a vetar os dispositivos do Projeto de Lei subsistem plenamente para



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção

justificar a manutenção dos vetos. A entrada em vigor do texto original do projeto teria apenas o cunho de contribuir para a insegurança jurídica.

Brasília, 25 de junho de 2018.

HINDEMBURGO CHATEUBRIAND FILHO

Subprocurador-Geral da República
Coordenador da 5ª CCR em exercício