

NOTA TÉCNICA AO PROJETO DE SUBSTITUTIVO DO PL 10.887

TEXTO DO SUBSTITUTIVO	ANÁLISE DO MPF	SUGESTÃO
Art. 1º (...) §2º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º a e10 desta Lei. §4º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º a 10, não bastando a voluntariedade do agente. “Art. 11. Ações ou omissões ofensivas a princípios da Administração Pública que, todavia, não impliquem enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, nos termos dos arts. 9º e 10 desta Lei, não configuram improbidade administrativa, sem prejuízo da propositura de outras ações cabíveis, consoante o caso, como as leis 4.717, de 29 de junho de 1965, e 7.347. de 24 de julho de 1985.” (NR)	A supressão da modalidade de improbidade administrativa de violação de princípios da Administração Pública prevista no art. 11 da Lei 8.429.92 representa um dos maiores retrocessos no combate à corrupção e defesa da moralidade administrativa. Com essa medida, o substitutivo almeja que somente improbidades administrativas de enriquecimento ilícito e lesão ao Erário sejam merecedoras de punição, deixando de fora um verdadeiro oceano de condutas graves, que lesionam sobremaneira o bem jurídico tutelado pela lei, e que ficarão relegadas, sem nenhuma dúvida, ao plano da impunidade. Quando a redação sugerida do art. 11 diz que lesão a princípio que não acarrete enriquecimento ilícito ou dano ao Erário poderão ser tratados no âmbito da lei da ação popular (Lei 4.717) e da ação civil pública (Lei 7.347), ficou evidenciado que a intenção é a de não punir esse tipo de conduta, considerando que essas ações não instrumentalizam o direito administrativo sancionador. Como bem ressaltado pelo ministro Herman Benjamin (STJ), não se aquilata uma improbidade administrativa com uma calculadora na mão. Vejamos, a título de ilustração, algumas condutas que deixarão de ser	Sugere-se a manutenção da redação original dos dispositivos mencionados, uma vez que o controle da caracterização da improbidade administrativa do art. 11 é feito pelo Poder Judiciário, que tem exigido dolo, má-fé e desonestidade na conduta. Considerando um certo desconforto com a abertura do caput do art. 11, demonstrada por algumas autoridades e agentes políticos nas audiências públicas realizadas pela Comissão Especial, uma sugestão alternativa seria estabelecer um rol taxativo para os tipos de improbidade do art. 11. Ou seja, enquanto o rol dos arts. 9º e 10 seria aberto, já que o caput estabelece elementos objetivos para a configuração da improbidade, o art. 11 teria um rol taxativo, devendo se subsumir a um dos incisos destacados. Para tanto, seria importante abrir uma discussão mais profunda para trazer ao art. 11 as principais tipologias graves de violação a princípios da Administração Pública, em especial os princípios da impessoalidade, da imparcialidade e da lealdade às Instituições Públicas .

	improbidade: frustrar a licitude de concurso público como, por exemplo, membro da banca examinadora que repassa antecipadamente gabarito de prova ou favorece candidato na correção; agente penitenciário que estupra detenta sob sua custódia; agente público que usa documento falso para punir indevidamente servidor em processo disciplinar; agente público que deixa de praticar dever de ofício para prejudicar dolosamente terceiro. Em todas essas condutas, cuja gravidade fala por si, praticadas em razão da função pública, não houve enriquecimento ilícito ou lesão ao erário. Se aprovado o texto do substitutivo, deixarão de ser improbidade administrativa. Há dúvidas sobre a constitucionalidade dessa supressão, em razão da proteção deficiente do § 4º, do art. 37 da Constituição da República. Tal dispositivo constitucional apresenta-se como um mandado de punibilidade cível, ao exigir do legislador a previsão de condutas proibidas que protejam toda a extensão do bem jurídico. Em nenhum momento a Constituição limitou a improbidade administrativa ao enriquecimento ilícito e lesão ao Erário, até porque os principais bens jurídicos protegidos são a ética e a moralidade na Administração Pública, cuja natureza é imaterial. Pune-se a desonestidade administrativa e não necessariamente o dano e o enriquecimento.	
--	---	--

Art. 1º (...) § 6º Não configura improbidade a ação ou omissão 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 controle ou dos Tribunais.” (NR)	Esse dispositivo cria uma excludente de ilicitude genérica intolerável, ensejando um grande risco de decisionismo e subjetivismo. Ademais, mistura situações que não tem correlação lógica, pois a caracterização de um ato de improbidade depende apenas da prática de conduta proibida (tipicidade formal), elemento subjetivo e circunstâncias de imoralidade (tipicidade material). Não é a interpretação correta, errada ou razoável que caracteriza ou deixa de caracterizar um ato de improbidade administrativa, uma vez que até mesmo atos de ofício lícitos, embasados em interpretação correta da lei e da jurisprudência, podem caracterizar uma improbidade administrativa, a depender do seu contexto, como a de um agente público que recebe uma propina apenas para acelerar a emissão de uma licença (ato administrativo vinculado) que já era da competência dele, que preenchia todos os requisitos para ser concedida, mas que furou a fila de centenas de outros administrados na espera porque houve um pagamento indevido.	Sugere-se a supressão do dispositivo.
---	--	---

Art. 12. (...) § 5º Em se tratando de atos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados por esta Lei, a sanção se limitará à aplicação de multa, sem prejuízo do ressarcimento do dano e da perda dos valores obtidos, quando for o caso, nos termos do <i>caput</i> deste artigo.” (NR)	O novo dispositivo cria uma nova categoria – atos de improbidade administrativa de menor ofensa aos bens jurídicos, sem delimitação clara e com critérios objetivos. Todavia, não há uma descrição das hipóteses. Com isto, haverá enorme insegurança jurídica, em razão do princípio da retroatividade da norma mais benigna no Direito Sancionador. O legislador pode estabelecer casos em que a única sanção aplicável será a multa, mas deverá estabelecer critérios objetivos para esta nova categoria, relativamente à cada modalidade de improbidade. A redação do art. 12 deixa claro que as sanções podem ser aplicadas isolada ou cumuladamente, de modo que o sistema já tem ferramentas para o juiz aplicar apenas a multa, quando verificar que, pela gravidade do fato, tal sanção já seja adequada e proporcional.	Sugere-se a supressão do dispositivo.
--	--	---

Art. 16. § 2º O pedido de indisponibilidade apenas será concedido mediante a demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial à luz dos seus respectivos elementos de instrução, após a oitiva do réu em 5 (cinco) dias. § 8º Aplica-se à indisponibilidade de bens, regida por esta Lei, no que for cabível, o regime da tutela provisória de urgência da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.	A redação dos dispositivos destacados mudam a atual natureza jurídica das cautelares patrimoniais no âmbito da improbidade administrativa, de tutela de evidência, conforme jurisprudência sedimentada do STJ, para tutela de urgência. Com essa mudança de natureza vem junto uma grande dificuldade na maioria dos casos concretos de demonstrar o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, sendo que muitas vezes essa prova se mostra diabólica. As consequências dessa mudança não poderiam ser mais desastrosas. Isso porque as cautelares patrimoniais visam, em essência, ressarcir o patrimônio público desfalcado pelos danos, desvios e enriquecimentos ilícitos. Acontece que, mesmo sendo atualmente uma tutela de evidência, bastando demonstrar a probabilidade da ocorrência do ato de improbidade e da autoria, a taxa de sucesso de ressarcimentos nas ações de improbidade administrativa é baixíssima. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) assessorado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) lançou em 2015 a edição inaugural da SÉRIE “JUSTIÇA PESQUISA” intitulada Lei de improbidade administrativa: Obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade”, a qual, por meio de pesquisa em mais de 8 mil ações de	Sugere-se manter a redação original do PL, que previa expressamente as cautelares como tutela de evidência.
---	---	---

	improbidade, constatou-se que somente 4% dos casos conseguiu ressarcimento total e 6,4% ressarcimento parcial (alguma coisa). Isso quer dizer que em mais de 90% dos casos não há nenhum ressarcimento. Esse estudo empírico demonstra a necessidade de reforçar as medidas de constrição patrimonial. Aumentar o rigor nas cautelares patrimoniais é o mesmo que tornar essa taxa de insucesso mais vergonhosa, menos efetiva e sem perspectiva de melhora da recuperação do dinheiro público.	
--	--	--

Art. 17. §8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de até trinta dias, em decisão fundamentada: I - rejeitará a ação, se ficar convencido: (...) c) da existência de dúvida fundada sobre a responsabilidade do agente;	O art. 17 manteve a fase de defesa preliminar do requerido, antes mesmo de instaurado o processo judicial. O §8º prevê que, após a defesa prévia, o juiz pode rejeitar a ação se ficar convencido da existência de dúvida fundada sobre a responsabilidade do agente. Essa hipótese de rejeição é absolutamente incompatível com a fase da defesa preliminar, pois essa fase encerra o modelo de cognição sumária e não exauriente. Exigir certeza sobre a responsabilidade, sem a abertura regular da fase de instrução processual, é suprimir do autor o devido processo legal, tendo como um dos seus corolários o direito de produzir prova em juízo. É importante ressaltar que a jurisprudência pacífica do STJ é no sentido que, nessa fase preambular a parte autora deve demonstrar elementos mínimos de prova de autoria e materialidade (justa causa) e se houver dúvida deve-se aplicar o princípio geral do “in dubio pro societatis”. Inclusive, esse dispositivo pode ser prejudicial tanto ao autor quanto ao réu. Isso porque se o juiz fosse receber a petição inicial somente na hipótese de certeza da responsabilidade do agente, já haveria um pré-julgamento em face do réu, de que não há dúvida de sua conduta, mesmo antes de que essa possa produzir prova plena em contrário na instrução processual, uma vez que a única prova que o investigado pode produzir na defesa preliminar é a documental.	Sugere-se a supressão da alínea “c”.
--	--	--

Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que advenham, ao menos, os seguintes resultados: I – o integral ressarcimento do dano; II – a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados; III – o pagamento de multa.	O art. 17-A traz um grande avanço no âmbito da improbidade administrativa, que é a previsão de acordo de não persecução cível. A redação original do PL era mais flexível e adaptável as circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, pois permitia a celebração do acordo desde que houvesse ressarcimento do dano; a reversão da vantagem indevida e aplicação de uma ou mais das sanções previstas no art. 12. A crítica que se faz em colocar o pagamento de multa como um dos requisitos obrigatórios é que esse dispositivo favorece quem tem recursos econômicos para solver essa pena pecuniária, em detrimento do réu economicamente hipossuficiente, que não pode arcar com uma pena pecuniária, mas pode se submeter a outra penalidade do art. 12.	Sugere-se a manutenção da redação original do PL.
---	--	---

Art. 17-A (...) § 1º A celebração do acordo dependerá, cumulativamente: I - de anuência da advocacia pública do ente federativo, caso esta esteja organizada da forma prevista no art. 132 da Constituição Federal; II - de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação; III - de homologação judicial, se posterior ao ajuizamento da ação. § 4º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e a advocacia pública do ente lesado, desde que organizada conforme previsto no § 1º, I, de um lado, e, de outro, o investigado ou demandado e o seu defensor.	O inciso I do § 1º do art. 17-A condiciona a celebração do acordo de não persecução cível (ANPC) à anuência da advocacia pública, trazendo um controle desnecessário e exagerado à dinâmica da celebração dos acordos, que deveria ser simplificada para favorecer a justiça negocial, e não o contrário. Isso porque o ANPC já tem os devidos e rigorosos controles previstos nos incisos II e III, devendo ser homologado pelo órgão revisoral do MP se realizado extrajudicialmente ou homologado pelo juiz, se posterior ao ajuizamento da ação. A nosso juízo, a única hipótese que seria razoável contar com a anuência da advocacia pública ocorreria quando o acordo não contemplasse o ressarcimento integral ou a perda integral de bens e direitos acrescidos ilicitamente, pois tais valores são destinados à pessoa jurídica prejudicada, sendo do interesse jurídico dela concordar com a renúncia parcial (pelo menos no âmbito do acordo) desses recursos. Quando os valores contemplassem os recursos integrais, não haveria necessidade de anuência da advocacia pública, pois os interesses em jogo seriam apenas do autor da ação e do réu.	Sugere-se a supressão da redação do inciso I. Alternativamente, sugere-se a alteração para o seguinte texto: I - de anuência da advocacia pública do ente federativo, caso esta esteja organizada da forma prevista no art. 132 da Constituição Federal e o acordo não contemple o ressarcimento integral do dano ou perda integral de bens, valores e direitos acrescido ilicitamente;
--	--	--

Art. 21 (...) § 3º As sentenças civis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando decidirem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria.” (NR)	O presente parágrafo trata do comunicabilidade entre instâncias (sistemas de responsabilização), ou seja, quando o julgamento de uma instância pode interferir na outra. É certo que a independência entre as instâncias não é absoluta. Isso porque a instância penal excepcionalmente poderá interferir nas demais esferas de responsabilidade quando houver absolvição com fundamento na inexistência do fato ou na negativa de autoria (CPP, art. 386, I e IV). Nestas duas hipóteses de absolvição, a instância penal terá interferência direta na esfera administrativa e civil, isentando o agente de suas outras responsabilidades. A razão dessa norma estaria no fato de que no processo penal a instrução seria a mais profunda entre todas as esferas de responsabilidades (a mais exauriente das cognições), de modo que se o Poder Judiciário chegar à conclusão que o fato inexistiu(materialidade) ou de que o acusado não concorreu para a infração (autoria), esse dispositivo teria influência direta para as demais investidas sancionadoras, num efeito de prejudicialidade. Para os demais fundamentos de condenação ou de absolvição na esfera penal, todas as instâncias seguem independentes. Ora, não se pode conceber que outra sentença civil interfira na instância da improbidade administrativa, pois ambas são jurisdições civis, de igual peso probatório.	Sugestão de alteração: § 3o As sentenças penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando decidirem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria.
---	--	---

	Alias, o peso probatório de um processo de improbidade administrativa – de direito indisponível, que não admite os efeitos da revelia – é muito maior que de um contencioso civil e maior ainda em face de uma ação civil ordinária. Portanto, a expressão “civis” colocada no § 3º é absolutamente incompatível com o sistema de independência de instâncias, razão por que sugere-se a sua supressão do dispositivo.	
--	---	--

Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 5 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato. § 1º A instauração de inquérito civil suspende o curso do prazo prescricional, por no máximo 180 (cento e oitenta) dias corridos, recomeçando a correr após a sua conclusão ou esgotado o prazo de suspensão.	O instituto da prescrição na redação original da Lei 8.429 é complexo e confuso, pois tem três regimes diferentes com prazos diversos. O art. 23 traz um importante avanço no tema ao unificar o prazo. A crítica que se faz é que, pelos marcos de contagem, o prazo prescricional foi drasticamente reduzido. Isso porque não basta olhar apenas para os 5 anos e entender que foi mantido o mesmo prazo, pois o dies a quo faz toda a diferença. Na redação original da Lei 8.429 o prazo de 5 anos se inicia com o término do mandato (para as situações de vínculo temporário) ou quando o fato se tornou conhecido (nos casos de vínculo permanente). No caso de um mandato de 4 anos, o prazo de 5 anos somente se inicia com o fim do mandato, consubstanciando, na verdade, o prazo de 9 anos (isso se não houver reeleição, quando o prazo seria de 13 anos). Já a segunda hipótese, respeita-se a teoria da "actio nata", somente punindo o Estado pela sua inação real, quando tomou conhecimento do fato e deixou de agir. Assim, se após 3 anos da data do fato, a Administração tomou conhecimento do fato, a prescrição de 5 anos começa a correr, totalizando 7 anos. Acredita-se que um meio termo razoável e objetivo para se aprimorar o prazo prescricional seria o de 10	Sugestão de alteração: Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 10 (dez) anos, contados a partir da ocorrência do fato. § 1º A instauração de inquérito civil interrompe o curso do prazo prescricional, voltando a correr imediatamente.
--	--	--

	anos, contados da data do fato. Veja-se que o prazo prescricional da corrupção no Código Penal – tipo correspondente da improbidade – é de 16 anos. É com base na gravidade do tipo que o legislador atribui unidade de tempo à prescrição, sendo que estabelecer para improbidade um prazo menor que um terço da prescrição penal demonstra uma quebra na harmonia do microssistema anticorrupção.	