

NOTA TÉCNICA N.º 02/2013/CONAMP

PLS 105/13, de autoria do Senador Ivo Cassol (PP/RO), que altera dispositivos da Lei nº 8.429/1992, também conhecida como “Lei de Improbidade Administrativa”, e da Lei nº 8.625/1993, que estabelece normas gerais para a organização dos Ministérios Públicos dos Estados.

Assunto: Modifica as Leis de Improbidade Administrativa (8.429/92) e a que estabelece normas gerais para a organização dos Ministérios Públicos dos Estados (8.625/93).

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), com o objetivo de colaborar para o evoluir do processo legislativo, apresenta nota técnica ao Projeto de Lei nº 105/2013, de autoria do Senador Ivo Cassol (PP/RO), que altera dispositivos da Lei nº 8.429/1992, também conhecida como “Lei de Improbidade Administrativa”, e da Lei nº 8.625/1993, que estabelece normas gerais para a organização dos Ministérios Públicos dos Estados.

Observa-se, inicialmente, que as Leis que se pretende alterar possuem relevância ímpar na preservação da boa governança administrativa e no combate à corrupção. Historicamente, a ordem jurídica brasileira sempre foi pródiga na previsão de normas regentes da Administração Pública, mas, apesar disso, por inexistirem sanções adequadas para reprimir o seu descumprimento, a inobservância desses comandos passou a fazer parte do nosso cotidiano. Esse quadro começou a ser delineado no período colonial, alcançou o período imperial e se estendeu ao republicano, permanecendo imutável até o dia 2 de junho de 1992, dia de promulgação da Lei nº 8.429/1992, que tem contribuindo para mudar uma realidade que



certos grupos lutam para perpetuar. Esse diploma normativo busca punir, em distintos graus de intensidade, o enriquecimento ilícito, o dano ao patrimônio público e a violação aos princípios regentes da atividade estatal. De modo correlato à norma punitiva, existem os legitimados à propositura das ações que busquem torná-la efetiva. Na realidade brasileira, o principal desses legitimados é o Ministério Público, responsável pela esmagadora maioria das ações civis por atos de improbidade. Portanto, qualquer iniciativa legislativa que enfraqueça a Instituição, há de se refletir sobre a própria efetividade da Lei nº 8.429/1992.

O PLS nº 105/2013, em seus doze primeiros artigos, busca introduzir mais de uma dezena de alterações na Lei nº 8.429/1992, as quais não parecem se ajustar à pauta das instituições brasileiras, a começar pelo Congresso Nacional, ávidas por aprimorar os instrumentos de controle, garantindo, desse modo, a preservação do interesse público, não por enfraquecê-los.

O art. 1º busca alterar o art. 5º da Lei nº 8.429/1992, de modo que somente as lesões ao “erário público” sejam passíveis de ressarcimento, dispondo, ainda, que, além do dolo, somente a “culpa grave” possa justificá-lo. É fácil perceber que a concepção de “erário público” é muito mais restrita que a de “patrimônio público”. Enquanto este último alcança o conjunto de bens e interesses de natureza moral, econômica, estética, artística, histórica, ambiental e turística pertencentes ao Poder Público, conceito extraído da Lei nº 4.717/1965, o “erário público” somente absorve o conjunto de bens e interesses de natureza econômico-financeira. Como se percebe, o objetivo é restringir o alcance da Lei nº 8.429/1992, subtraindo do seu âmbito de proteção bens jurídicos de indiscutível relevância para a população brasileira, como o meio ambiente e o patrimônio histórico. Não é demais lembrar que todo o sistema da Lei nº

8.429/1992 gira em torno da noção de “patrimônio público” (vide arts. 7º, 8º, 10, 16, 17, § 2º e 21, I). Em relação à exigência de “culpa grave”, é evidente a inconstitucionalidade da restrição que se pretende impor à obrigação de ressarcir. Afinal, o art. 37, § 6º, da Constituição da República prevê essa obrigação tanto na hipótese de dolo, como na de culpa, isso sem impor qualquer restrição a esta última. Além de inconstitucional, a proposta afronta o padrão de racionalidade do homo medius, pois não é crível que, no Brasil, um particular seja obrigado a indenizar o dano causado a outro particular, qualquer que seja o grau da culpa – leve, média, grave ou gravíssima (vide Código Civil, arts. 186 e 927) – e, quando o dano for causado ao Poder Público, lesionando, indiretamente, a todos nós, só se exija a reparação quando presente a culpa grave. Se lembrarmos a dificuldade conceitual em distinguir essas modalidades de culpa, a situação fica mais dramática, tudo levando a crer que o dano causado ao patrimônio público simplesmente ficará sem reparação. Por identidade de razões, também os arts. 4º e 5º, ao introduzirem a mesma restrição no caput e no parágrafo único do art. 10 da Lei nº 8.429/1992, padecem do mesmo vício. O art. 5º ainda padece de um vício mais grave, pois restringe, de modo arbitrário, a própria incidência da “culpa grave” a apenas sete das quinze condutas previstas no art. 10 da Lei nº 8.429/1992, que dispõe sobre os atos de improbidade que causam danos ao patrimônio público.

O art. 2º, ao alterar o parágrafo único do art. 7º da Lei nº 8.429/1992, busca evitar que a medida cautelar de indisponibilidade de bens recaia sobre aqueles que o art. 649 do Código de Processo Civil considera impenhoráveis, bem como sobre o bem de família, disciplinado pelo art. 1º da Lei nº 8.009/1990. Ambas as restrições, em rigor lógico, já são observadas no âmbito das ações civis por ato de improbidade administrativa, não se sabendo ao certo a razão da pretendida reprodução desses comandos na Lei nº

8.429/1992. Além de desnecessária, a proposta, na parte em que faz referência ao art. 1º da Lei nº 8.009/1990, ainda traz um complicador hermenêutico, pois certamente suscitará dúvidas em relação à incidência da exceção prevista no art. 3º, VI, desse diploma legal, que admite a penhorabilidade do "bem adquirido com produto de crime". Como muitos atos de improbidade também configuram crime (ex.: corrupção e peculato), é fácil perceber que tal exceção possui muita relevância nessa seara.

Os arts. 3º, 4º e 6º buscam alterar a parte final dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/1992, substituindo o advérbio de modo "notadamente" por "especificamente". O objetivo declarado é o de fazer que as condutas exemplificativamente previstas nos incisos desses preceitos passem a ser taxativas. Argumenta-se que a técnica atualmente adotada é uma "aberração contra a melhor técnica jurídica", violando o devido processo legal substantivo, a segurança jurídica e a reserva legal. O projeto, nesse particular, também tem o declarado propósito de restringir o alcance da Lei nº 8.429/1992, pretendendo fazer que o acessório assumira o status de principal. Ignora, nesse particular, que os atos de improbidade já estão suficientemente descritos no caput dos art. 9º, 10 e 11, de modo que os incisos atuam como meras diretrizes interpretativas, facilitando a sua compreensão. É factível que a diretriz interpretativa não exaure o objeto interpretado. Portanto, se o ato de improbidade somente restar configurado quando presente alguma hipótese descrita nos incisos, é óbvio que a Lei nº 8.429/1992 será desfigurada de tal modo que sua aplicação será inviabilizada. Essa constatação assume contornos dramáticos em relação ao art. 11 da Lei nº 8.429/1992, que trata dos atos de improbidade que consubstanciam violação aos princípios regentes da atividade estatal. Afinal, apesar de os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, todos previstos no art. 37 da Constituição da República,



serem cogentes para a Administração Pública, as incontáveis situações em que podem ser violados não estão, nem ao longe, exauridas nos sete incisos do art. 11. Acresça-se ser tarefa assaz difícil sustentar a injuridicidade da técnica de tipificação adotada pela Lei nº 8.429/1992, já que a conduta ilícita é claramente descrita. Uma vez configurado o dano ao patrimônio público, o enriquecimento à margem da ordem jurídica e a violação aos princípios regentes da atividade estatal teremos presente, ipso facto, o ato de improbidade.

Se os vícios apontados no projeto efetivamente existissem, o Congresso Nacional teria que se apressar em alterar o Código Penal, inserindo, por exemplo, um extenso rol de incisos em seu art. 121, que poderia ter a seguinte redação: "Configura crime matar alguém, especificamente: I – desferindo tiros; II – mediante socos e pontapés; III – ministrando veneno etc.. Nesse caso, como o inciso II faz referencia a "socos e pontapés", se uma pessoa matasse outra apenas com cabeçadas não teríamos a configuração do crime de homicídio. Esse exemplo caricato bem demonstra o equívoco da tese que serve de alicerce ao projeto. A Lei nº 8.429/1992, longe de violar o devido processo legal substantivo, a segurança jurídica e a reserva legal, rendeu-lhes estrita e solene homenagem. As técnicas adotadas, como ressaltado por Emerson Garcia (Improbidade Administrativa, 2011, p. 279), "são frutos inevitáveis da criatividade e do poder de improvisação humanos."

O art. 7º do PLS nº 105/2013, mantendo-se fiel ao propósito de enfraquecer a Lei nº 8.429/1992, altera o inciso II do seu art. 12, que comina sanções para os atos de improbidade que causam dano ao patrimônio público. Em primeiro lugar, reduz a multa civil cominada. Ao invés de corresponder a até duas vezes o valor do dano causado, passa a equivaler ao valor do dano. Em segundo lugar, estabelece uma distinção entre o ato doloso e o ato praticado com

culpa grave: enquanto aquele pode justificar a aplicação das sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, o último não pode redundar na aplicação de ambas as sanções, somente sendo permitido que o juiz aplique a sanção de "suspensão da função pública por até 120 dias". A incongruência da proposta começa por desconsiderar que o órgão jurisdicional, por força do caput do art. 12 da Lei nº 8.429/1992, não está obrigado a aplicar todas as sanções cominadas, podendo selecionar aquelas mais adequadas ao caso. Assim, causa estranheza a pretensão de excluir, a priori, a aplicação de certas sanções quando elas podem se mostrar adequadas à situação concreta. Se toda e qualquer sanção desempenha a função de prevenção especial, dissuadindo o autor do ilícito a voltar a praticá-lo, e geral, desestimulando outros delinquentes em potencial, é difícil imaginar o porque de se diminuir a carga sancionadora, já que, na atualidade, os atos de improbidade continuam a ser praticados em profusão. Outro aspecto digno de nota é imaginar que o ato praticado com "culpa grave" merece maior brandura. Ignora-se, nesse particular, que a "culpa grave", por ocupar um lugar de destaque na curva ascendente de previsibilidade, se assemelha, em reprovabilidade, ao próprio dolo eventual. Por fim, "convolar" a perda da função pública em mera suspensão é ignorar a essência do ser humano. Afinal, se o agente público que atuou com culpa grave, sem qualquer atenuante e com incontáveis agravantes, somente poderá ter a sua função pública suspensa, jamais perdida, é fácil imaginar o efeito multiplicador de sua conduta no ambiente administrativo.

O art. 8º acresce, ao art. 12 da Lei nº 8.429/1992, um conjunto de fatores a serem considerados pelo juiz na fixação das sanções a serem aplicadas ao ímprobo. Nesse particular, faz referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como à vida pregressa e à personalidade do agente público.



Esses fatores, na atualidade, são rotineiramente examinados pelos órgãos jurisdicionais.

O art. 9º deixa expresso que o agente público somente sofrerá a pena de demissão, por não ter entregue a declaração de bens a que se refere o art. 13 da Lei nº 8.429/1992, caso lhe seja “garantido o amplo direito de defesa e do contraditório”. A proposta, nesse particular, é mais que salutar, embora seja difícil imaginar a possibilidade de um agente público ser demitido à margem de um processo administrativo disciplinar e sem a observância dessas garantias.

O art. 10 altera o § 6º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 para exigir que a petição inicial da ação civil por ato de improbidade demonstre “o prejuízo ao erário, o elemento subjetivo e todas as circunstâncias necessárias para a caracterização do ato de improbidade administrativa, na forma prevista em Lei...”. Aqui, transvestidas de requisitos processuais, tem-se exigências que podem inviabilizar a própria instauração da relação processual. Em primeiro lugar, exige-se a generalizada demonstração do prejuízo ao erário. Mas se existem três espécies de atos de improbidade e somente uma delas pressupõe a ocorrência do dano ao patrimônio público, a do art. 10 da Lei nº 8.429/1992, como exigir a demonstração desse requisito em relação às demais? Esse singelo enunciado linguístico, se aprovado pelo Congresso Nacional, simplesmente impedirá a incidência dos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/1992 sempre que não for constatada a existência de dano ao patrimônio público. Em segundo lugar, o elemento subjetivo não é suscetível de demonstração, decorrendo, consoante as regras de experiência, da natureza da conduta praticada. A proposta exige, do autor da ação, uma prova que sequer psicólogos e psicanalistas estão aptos a realizar. Por fim, a petição inicial deve tão somente descrever

a conduta, cuja ocorrência será demonstrada no curso da relação processual. Exigir, a priori, a "demonstração" das circunstâncias necessárias para a caracterização do ato de improbidade administrativa é o mesmo que exigir prova pré-constituída, que faz melhor figura no mandado de segurança, isso por pressupor a demonstração da violação a direito líquido e certo, não em uma ação civil por ato de improbidade, em que é realizada ampla instrução processual.

O art. 11 altera o inciso II do art. 21 da Lei nº 8.429/1992, tendo o evidente propósito de submeter o exercício da função jurisdicional ao que restar deliberado pelos Conselhos e Tribunais de Contas. Em outras palavras, apesar de as instâncias serem sabidamente independentes, o Projeto pretende que as sanções de multa, perda da função pública e suspensão dos direitos políticos somente sejam aplicadas se houver rejeição das contas por esses órgãos de controle. O Projeto, nesse particular, mostra-se inconstitucional e irrazoável. Inconstitucional na medida em que o Tribunal de Contas está vinculado ao Poder Legislativo e este, por força do princípio da separação dos poderes, não pode manietar a atuação do Poder Judiciário. Irrazoável porque cada um desses órgãos examina os atos administrativos sob óticas distintas, de modo que a aprovação das contas não apresenta uma correlação necessária com o não enquadramento da conduta no âmbito da Lei nº 8.429/1992. A prevalecer a proposta, o início do processo judiciário poderá ficar suspenso por longos anos até o julgamento das contas, isso sem olvidar a possibilidade de as decisões judiciais serem desconstituídas caso o Conselho ou o Tribunal de Contas tenha entendimento diverso a respeito da matéria, o que soa, no mínimo, absurdo.



O art. 12 promove alterações nos lapsos prescricionais previstos no art. 23 da Lei nº 8.429/1992. Em primeiro lugar, acresce uma parte final ao inciso I, de modo que o início da fluência do prazo prescricional, após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, somente levará em consideração aqueles “exercidos na mesma esfera de Poder ou em mesmo grau hierárquico”. Busca-se, com isso, evitar que o curso do prazo prescricional fique suspenso em situações nas quais haja variação no vínculo funcional. Se essa situação é bem nítida em relação ao agente que se vincula a Poder diverso (ex.: Prefeito que se torna Vereador ou vice-versa), o mesmo não pode ser dito em relação à referência genérica ao “mesmo nível hierárquico”. Assim ocorre por ser plenamente factível que o agente público ocupe o mesmo cargo em comissão ou desempenhe idêntica função de confiança mas, em razão de reorganização administrativa, seja verificada a oscilação do seu nível hierárquico. Nesse caso, não há porque se comprometer a incidência da regra contida no art. 23, I. O Projeto, em segundo lugar, insere um inciso III no art. 23 da Lei nº 8.429/1992, estabelecendo o lapso prescricional de dez anos “exclusivamente quanto à pena de ressarcimento”. Nesse aspecto, a proposta, além de extremamente deletéria ao interesse público, é inconstitucional, isso pela singela razão de o Supremo Tribunal Federal, interpretando o art. 37, § 5º, da Constituição de 1988, ter decidido pela imprescritibilidade desse tipo de ação (STF, Pleno, 26.210/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 04/09/2008, DJ de 10/10/2008; e 2a T., RE no 608.831 AgR/SP, rel. Min. Eros Grau, j. em 08/06/2010, DJ de 25/06/2010).

No art. 13, o Projeto avança para a Lei nº 8.625/1993, que estabelece normas gerais para os Ministérios Públicos dos Estados, cujos membros passarão a ter tratamento diferenciado em relação ao congênere da União, regulado pela Lei Complementar nº



75/1993. O Projeto insere novos preceitos no art. 43 da Lei nº 8.625/1993, de modo que (1) o dever de "desempenhar, com zelo e presteza, as suas funções", previsto no inciso VI desse preceito, inclua a vedação de os membros dessas Instituições não atuarem "de forma temerária, com má-fé ou intenção de promoção pessoal ou satisfazer interesse ou sentimento pessoal"; (2) esse dever seja considerado violado quando forem feitas declarações públicas imputando a réu ou indiciado em investigação ou processo criminal em andamento fato ofensivo à sua reputação, à sua condição jurídica de inocente ou ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro" ou "reincidir no ajuizamento de ação que venha a ser considerada manifestamente inepta pelo juiz competente"; e (3) o ofendido possa, mediante ação penal privada, responsabilizar criminalmente o membro do Ministério Público pela não observância desse dever. Argumenta-se, na proposta, que o objetivo é criar um mecanismo prático de responsabilização dos membros do Ministério Público, o que seria necessário porque, consoante pesquisa realizada pelo gabinete do Senador Ivo Cassol, a maior parte das ações penais ajuizadas pelo Ministério Público em face de ex-Prefeitos resulta em absolvição, o que denota uma atuação nitidamente política por parte da Instituição. Segundo a justificativa que acompanha o Projeto, trata-se "de uma forma inteligente de iniciar um processo de maior responsabilização dos membros do MP por suas atuações na sociedade". Aqui, o Projeto, além de inconstitucional, é nitidamente afrontoso a qualquer padrão de racionalidade.

Na sistemática constitucional, o poder de iniciativa legislativa pode assumir contornos amplos ou restritos. No primeiro caso, há uma pluralidade de legitimados, que atuam de modo disjuntivo e concorrente, sem condicionamentos recíprocos; no segundo, o que se verifica é a concentração do poder de iniciativa em legitimados específicos, que podem atuar de modo privativo ou não.



In casu, a norma que se pretende alterar encontra-se inserida na lei ordinária que estabelece as normas gerais para a organização dos Ministérios Públicos dos Estados. E o que diz o art. 61, § 1º, II, d, da Constituição da República? Responde-se: que são de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre essa matéria. A partir dessas breves considerações, já se pode concluir pela evidente inconstitucionalidade formal do PLS nº 105/2013, isso por não ter sido ele subscrito pelo único legitimado à apresentação de proposições dessa natureza.

O art. 13 do Projeto, em sua essência, busca introduzir, na ordem jurídica brasileira, a vindicta, abandonada pelos romanos e que foi igualmente rechaçada pela nossa "Constituição cidadã", isso ao atribuir ao Ministério Público o munus de "promover, privativamente, a ação penal pública". Ao se permitir que o pretense ofendido tenha legitimidade para ajuizar uma ação penal, em face do membro do Ministério Público, como consequência direta de sua atuação funcional, o propósito, como soa evidente, é o de manietar sua atuação, é intimidá-lo. Ao invés de fortalecer o Ministério Público no combate aos ilícitos que sangram os cofres públicos e exaurem as forças do nosso povo, almeja o Projeto enfraquecê-lo. Há, como se percebe, uma evidente inversão de perspectiva entre as noções de algoz e vítima. O munus funcional do Ministério Público é o de levar ao conhecimento do Poder Judiciário, com base em elementos mínimos de convicção, as notícias a respeito dos ilícitos praticados. Receber, ou não, a petição inicial, condenar ou absolver, é dever do Poder Judiciário, o que se mostra salutar para a preservação do equilíbrio de forças no âmbito da relação processual. Ministério Público e Poder Judiciário, cada qual ao seu modo, contribuem para a materialização do ideal de justiça. Punir os seus membros pelo só fato de estarem exercendo suas atividades laborativas é opção inusitada, que faz tábula rasa à necessidade de encontrarmos a



“razão da justiça” (Vernunft die Gerechtigkeit) a que se referiu Martin Kriele (Kriterien der Gerechtigkeit, 1963, p. 103), que há de ser pública, jamais privada e muito menos escusa.

Outro aspecto digno de nota é a pretensão de impedir que o membro do Ministério Público faça declarações públicas a respeito de atos inerentes ao seu ofício. Em sociedades democráticas, em que prevalece a liberdade de expressão e de informação, os agentes públicos têm o dever de manter a população informada, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo, a respeito de todos os atos que venham a praticar. Doravante, caso prevaleça a lógica do Projeto, teremos uma nova classe de agentes públicos, qual seja, a daqueles que não podem falar, o que é manifestamente incompatível com a nossa ordem constitucional (CR/1988, art. 5º, X). Como lembrado por André e Francine Demichel (Les Dictatures Européennes, 1973, p. 10-12), o Estado Democrático se distingue do ditatorial na medida em que (1) o poder dominante admite contestação, o que exige a plenitude da liberdade de expressão, (2) é livre a competição pelo poder; e (3) a força, ressalvada a insurgência contra regimes ilegítimos, jamais é utilizada para a obtenção ou a manutenção do poder.

Note-se que o objetivo do Projeto não é o de proteger a honra alheia, pois, com essa funcionalidade, já existe a tipificação dos crimes contra a honra. O objetivo é outro: é o de impedir que cheguem ao conhecimento público as investigações e as acusações a respeito de ilícitos praticados por agentes públicos. O curioso é que, ao invés de estabelecer uma vedação geral, somente mira no Ministério Público, tudo levando a crer que a Instituição não é propriamente vítima de seus erros, mas, sim, de seus acertos.



São estas, em apertada síntese, as considerações que a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) tem a fazer a respeito do PLS nº 105/2013, o qual, em suas linhas gerais, caminha em norte contrário ao interesse público e à ordem constitucional.

Brasília, 29 de abril de 2013.



NORMA ANGÉLICA REIS CAVALCANTI
PRESIDENTE EM EXERCÍCIO DA CONAMP