

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE OS IMPACTOS DA REFORMA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO REGIME DE DIREITO PREMIAL

FIRST THOUGHTS ON THE IMPACTS OF THE REFORM OF THE MISCONDUCT IN PUBLIC OFFICE ACT ON THE STATE'S EVIDENCE REGIME

Igor Sant'Anna Tamasauskas

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela USP. Subchefe adjunto para assuntos jurídicos da Presidência da República (2005-2007). Sócio de Bottini e Tamasauskas Advogados.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6382571897695530>

ORCID: 0000-0001-5241-182X

igor@btadvogados.com.br

Resumo: O presente artigo procura apresentar algumas reflexões sobre a reforma da Lei de Improbidade, recentemente concluída com a promulgação da Lei 14.230/21, e seus impactos no regime dos acordos de leniência e de colaboração.

Palavras-chave: Corrupção - Responsabilidade - Improbidade Administrativa - Sistema - Sincronização.

Abstract: This article aims to present some thoughts on the reform of the Misconduct in Public Office Act through Law 14230/21, which came into effect recently, and its impact upon leniency and collaboration agreements.

Keywords: Corruption - Liability - Misconduct in Public Office - System - Synchronization.

1. Introdução

Abusar das funções públicas para, com tal agir, colher vantagens próprias ou a outrem acarreta severas consequências para a legitimidade dos atos emanados do Estado, impondo perda de confiança da sociedade e afastamento do cidadão em relação à política (WARREN, 2015, p. 7).

A existência de uma legislação que tutele o exercício de funções públicas, portanto, segundo um *standard* de moralidade, representa uma tentativa, senão de reconexão entre cidadão e representante, ao menos uma diminuição do fosso que os separa na prática. A chave para que essa lógica funcione parece residir na efetividade das consequências legais para quem desrespeite as regras do jogo.

Pode-se afirmar, sem muito receio, que controle da corrupção política é um dos grandes desafios do Estado na atualidade, sobretudo porque necessita equilibrar o desvelamento célere de atos que se abrigam na opacidade, com uma atuação respeitante aos princípios e garantias fundamentais de qualquer acusado.

O texto original da Lei de Improbidade Administrativa, promulgada em 1992, não conseguia atender ao requisito de efetividade, como atesta pesquisa do Conselho Nacional de Justiça, ao apontar que somente 4% das ações ajuizadas com base na referida lei resultavam em ressarcimento integral ao erário (GOMES JÚNIO; ALMEIDA *et al* 2015, p. 48). Com tal questão em mente, o legislador atuou para inserir no ordenamento jurídico mecanismos para permitir o desvelamento de atos ilícitos, mediante premiação. Os acordos de leniência anticorrupção e os acordos de colaboração premiada, mediante as leis 12.846/13 e 12.850/13, surgem nesse contexto.

De outra banda, a Lei de Improbidade, sob a ótica das garantias

individuais, previa tipos extremamente abertos, a flertar com acusações arbitrárias que, ao fim e ao cabo, serviram para retroalimentar a sensação de desconfiança na relação cidadão e representante, porque não permite separar um gestor desonesto daquele meramente inábil, face ao cipoal de regras que incidem sobre a atividade administrativa.

Salutar, destarte, a recente reforma. Foram reduzidos espaços para acusações, que tencionavam macular de improbidade meras irregularidades administrativas, ao mesmo tempo em que se buscou conferir alguma sistematização entre a incidência da Lei de Improbidade Administrativa e outras normas que tutelam a moralidade no exercício de atividades públicas.

O presente texto procura abordar como essa reforma impacta na atuação dos órgãos de controle, quando operam no regime premial dos acordos de colaboração e de leniência.

2. Direito Premial e sistema de controle da moralidade

Consoante o mencionado na introdução, a ideia de pactuar a punição mais branda como contrapartida a informações sobre detalhes e demais integrantes de um esquema colusivo aponta para o vetor de eficiência reclamado para o exercício do controle de funções públicas.

O ato de corrupção pressupõe uma opacidade ainda maior que outros tipos de criminalidade, dada a existência de diversos controles atuantes sobre a atividade pública (TAMASAUSKAS, 2021, p. 81); e a noção de um regime premial para lidar com essa característica dialoga adequadamente com as limitações constitucionais fundamentais para o Estado perseguir um ilícito.¹

Essa conclusão alinha-se às de diversos autores, como **Marrara**

(2015, p. 511) e Santos (2016, p. 115), também em manifestações orientativas da Controladoria Geral da União (parecer 00231/2018/CONJUR-CGU-CGU/AGU) e do Ministério Público Federal (Nota Técnica 01/2020, 5ª CCR). Além de emergir da Convenção de Mérida, subscrita pelo Brasil (Decreto 5.687/06, Artigo 37).

A ideia, portanto, que permeia a negociação e a consequente celebração de um acordo perpassa pelo conceito de racionalidade do agente, tomado como “homem econômico” (TONETO JR, 1996, p. 133): alguém que, antes de decidir por uma determinada trilha, avalia detidamente as consequências, para delas extrair o percurso que lhe seja mais favorável.

Este agente hipotético avalia, à luz de informações disponíveis, de um lado a vantagem advinda de um agir ilícito, e de outro, os riscos de ser identificado, exposto, processado, condenado e, dessa condenação, eventuais consequências práticas, como a execução de uma sentença condenatória. Sempre, decerto, tendo em mente o tempo que seria consumido em cada uma dessas etapas e o que significaria essa discussão processual frente a sua vida pessoal e seus negócios. Caso o balanço entre essas variáveis indicar um alto risco para uma posição defensiva, a chance de um acordo para resolver a questão sobressairia e esse agente adotaria medidas para iniciar as eventuais negociações.

E, mesmo em caso de acordo, entrará no cálculo do agente racional a probabilidade de os termos negociados com o Estado serem efetivamente cumpridos pelas diversas frentes de atuação dos órgãos de controle.

Sobressai, portanto, a relevância de ser assegurado o cumprimento do pacote de incentivos negociado e acordado no termo de leniência ou de colaboração premiada. A entrega de informações com detalhes que somente um partícipe do ato colusivo detenha, encadeadas com minúcia, é a contrapartida para a leniência do Estado em relação às punições possivelmente aplicadas em um processo sancionatório adjudicatório.

Questão identicamente relevante reside na estabilidade das alternativas ao agente racional: a possibilidade de modificação legislativa prevendo novas formas de ajustes ou alívio punitivo, ainda que no aspecto meramente de percepção, mudarão as variáveis e impactarão no resultado decisório.

3. Necessidade de sincronização entre os órgãos de controle

Parece intuitivo, pois, a necessidade de os diversos órgãos de controle atuarem sob um mesmo tom, ao lidarem com alguém que celebrou um acordo de colaboração ou de leniência. A confissão, inerente a esse regime colaborativo, é incompatível com a segmentação das suas consequências segundo a tradicional repartição em instâncias criminal, administrativa e civil.²

Abre-se um parêntesis para recordar ao leitor que o país adotou, para o mal ou para o bem, um regime de multiplicidade institucional (PRADO *et al.*, 2015), com sobreposições de atuações em uma mesma instância, ou de tipos criminais e cível-sancionatórios, tecendo uma verdadeira rede não hierárquica de controle (TAMASAUSKAS, 2021).

Imperativo dessa realidade é a necessidade de sincronização entre esses órgãos de controle diretamente envolvidos – e todos aqueles que sejam, de alguma forma, provocados a agir em decorrência de uma postura colaborativa com as autoridades. Sincronização, como este autor teve oportunidade de defender em trabalho de doutorado, é uma característica comportamental de uma determinada rede, que, em determinadas condições, imprime homogeneidade de atuação entre os componentes que a integram.

A rede de controle da corrupção, portanto, necessita operar sob uma mesma linguagem, para assegurar ao colaborador a fruição

dos benefícios pactuados e evitar que uma atuação dissonante, refratária ao comportamento colaborativo, implique desestímulo a ser considerado na equação de racionalidade acima referida.

Exemplos de como se opera essa sincronização puderam ser observados em alguns acordos de colaboração premiada que estabeleceram regramento quanto à temática de ações de improbidade administrativa, abarcando no compromisso negociado entre particular e Estado, uma não-persecução sob tal ótica ou, ao menos, que eventual ação de improbidade apresentasse pedido meramente declaratório.

Essa sincronização emergiu da compreensão da natureza desses acordos e da necessidade de uma estabilização do comportamento do Estado acusador, quando operando na modalidade de barganha com o acusado, em troca de informações.

Como veremos, a reforma da Lei de Improbidade trouxe modificações importantes para reafirmar essa noção da existência de um sistema de controle, ou “sistema de responsabilização por atos de improbidade”, que analisaremos, sem pretensão de esgotar o tema, no capítulo a seguir.

4. Impactos da reforma da Lei de Improbidade na prática vigente

A Lei 14.230/2021 destaca, desde os primeiros artigos, a existência de um sistema de responsabilidade regido pelos princípios do Direito Administrativo Sancionador. Essa compreensão é relevante para deixar a aplicação da legislação de tutela da moralidade administrativa claramente apartada daquela destinada à defesa de outros interesses coletivos.

A proximidade da Lei de Improbidade com o regime da Lei da Ação Civil Pública atraiu interpretações inerentes ao regime de tutela de outros direitos, como o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural, em que são admitidas técnicas processuais incompatíveis com a aplicação de uma sanção, por exemplo, de suspensão de direitos políticos. Não raro, acusações de improbidade ampararam-se em pedidos de inversão de ônus probatório, ao argumento (falso) de que o agente (ou ex-agente) público teria mais condições de carrear aos autos elementos que atestassem a legalidade de sua conduta, como que equivalendo o exercício de um cargo público à exploração de uma atividade econômica, com seus riscos e ganhos, incluída a responsabilidade objetiva se de tal atividade decorresse, por hipótese, gravames ambientais.

O texto reformado deixou clara a impossibilidade da utilização dessa abordagem, no art. 17, §19, II. De idêntica forma, ao exigir a comprovação do dolo do agente, restaram vedadas acusações genéricas e desprovidas do lastro volitivo, amparadas apenas pela posição hierárquica do acusado. Aproximou-se o regime processual de improbidade ao processo penal, mediante interrogatório do acusado (art. 17, §18), com a proibição de presunção de veracidade em razão de revelia (art. 17, §19, I), pela unificação de penas (art. 18-A), ante a possibilidade de desmembramento para evitar processos intermináveis (art. 17, §10-B, II).

Esses pontos certamente impactarão na avaliação do agente racional, porque dificultam a persecução.³

De outra banda, há dispositivos que explicitam uma compreensão que é derivada do princípio da vedação ao *bis in idem*, ao determinar a dedução de ressarcimentos ocorridos em outras instâncias pelos mesmos fatos (art. 12, §6º), a vedação da acumulação de sanções da Lei de Improbidade com aquelas da Lei Anticorrupção (art. 12, §7º), e de outras instâncias (art. 21, §5º).

Outro ponto relevante trata do necessário impacto de sentenças civis e criminais em ações de improbidade (art. 21, §3º e §4º).

Esses vetores são importantes porque impactam diretamente na concatenação entre os acordos de colaboração premiada e de leniência, bem como a definição de multas e ressarcimentos que são pactuados: ao tempo em que destaca uma relativização da independência entre as instâncias, impõe um diálogo entre as consequências aplicadas pelas diversas autoridades com jurisdição sobre o ato ímprobo.

A sincronização entre as autoridades, mesmo em se tratando de um acordo, que já se apresentava como um imperativo de racionalidade, agora decorre da lei. Técnicas e metodologias de cálculo de reparações, como por exemplo o manual da CGU, serão cada vez mais relevantes para permitir uma previsibilidade sobre como autoridades devam se comportar ao perquirir consequências de um ato ímprobo.

Essa modificação legislativa, contudo, trouxe um impacto que ainda necessitará ser mais bem digerido: a legitimação exclusiva do Ministério Público para a ação de improbidade. Entendo que essa limitação à atuação do ente lesado redundará em perda considerável para o sistema, *v.g.*, pela expertise acumulada pela Advocacia Geral da União. Retirar um ator relevante pode implicar limitação do escopo de acordos de leniência, com possíveis consequências para teses atinentes à imprescritibilidade de ressarcimento de danos ocasionados ao erário em decorrência de improbidade.⁴

A Lei 14.230/21 modificou, por fim, o regime do acordo de não persecução civil, que já havia sido objeto de recente tratamento no chamado "Pacote Anticrime" (Lei 13.964/19). Houve-se por bem em dedicar um pouco mais de contornos legislativos para esse tipo de acordo, com requisitos mínimos de reparação integral do dano e reversão de eventual vantagem ilícita ao ente lesado, além de ratificação pelo Conselho Superior do Ministério Público e homologação judicial.

Preocupa a previsão do §3º, do art. 17-B, ao estabelecer consulta ao Tribunal de Contas com jurisdição sobre o caso para a aferição

do valor do dano, em um prazo de noventa dias. Apesar de salutar tentativa de conferir estabilidade à solução por uma consulta prévia, o formato adotado sugere a possibilidade de uma discussão contenciosa no âmbito do Tribunal de Contas, de forma preliminar ao encerramento do acordo.

Se a pretensão foi conferir maior segurança jurídica ao acordo, o sistema adotado parece uma cacofonia na atuação dos órgãos, ao prever ratificação de conselho superior e homologação judicial sobre tema constitucionalmente afeto ao Tribunal de Contas. Ademais, na hipótese de não celebração do ajuste, eventual manifestação do Tribunal de Contas acerca da reparação teria o condão de amparar uma eventual execução? Mesmo sem ter ocorrido a finalização da discussão acerca da existência do ato de improbidade?

Melhor seria, compreendo, o estabelecimento de padrões e manuais para cálculo de reparações segundo uma tipologia do ilícito confessado. A conferir como se dará, na prática, essa atuação, mas pode haver uma sinalização de desestímulo a esse caminho.

5. Conclusões

Toda reforma legislativa desperta paixões nos aplicadores e nos destinatários da norma. Em se tratando da tutela da moralidade administrativa, mais intensas e eloquentes são as reações, ora se batendo pelo desmantelamento da proteção contra maus gestores, ora louvando-se limites de há muito reclamados.

De uma forma geral, a reforma é positiva, porque incorpora posições já definidas na jurisprudência e na doutrina, quanto ao elemento volitivo do agente. Também estabelece mecanismos importantes, que reafirmam a necessidade de compreensão sistemática de um conjunto de normas voltadas ao controle da corrupção.

Há, contudo, pontos de atenção, como destacados despretensiosamente neste texto, que imporão aos órgãos de controle o desafio de encontrar um novo ponto de equilíbrio, uma nova sincronização.

Notas

- ¹ Obviamente que, neste ponto, os órgãos correicionais dos diversos atores envolvidos, Ministério Público, Polícias, Judiciário e Advocacia, devem estar atentos a possíveis desvios de conduta, pelo potencial deletério ao sistema de controle e ao próprio Estado.
- ² Inclusive, e sobretudo, a tributária, posto que se tem observado a atuação da Receita Federal como alheia a todo o processo negocial, haurindo as consequências fiscais sem qualquer pudor em relação àquele que renunciou a uma das garantias mais básicas no processo sancionatório.
- ³ Faça essa assertiva sem condenar a reforma promovida. Entendo que a maioria

dos limites colocados pelo legislador é positiva e torna a Lei de Improbidade um instrumento mais compatível com as garantias constitucionais do acusado.

- ⁴ O STF fixou a tese, no RE 852.475, quanto à imprescritibilidade de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos dolosos de improbidade administrativa; se a legitimação para a ação passa a ser exclusiva do Ministério Público, pode emergir consequências para negociações empreendidas com o ente lesado, que não mais disporia do ferramental da Lei de Improbidade. O tema necessitará de reflexões mais detidas que escapam à proposta deste texto.

Referências

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JR, Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 075-098, jan./jun. 2011.

BRASIL. Controladoria Geral da União. Corregedoria Geral da União. Manual prático de cálculo de multa. Aline Carvalho dos Reis Silva e Ricardo Garcia de Souza (elaboração). Brasília, s/d, disponível em https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/44492/8/Manual_Calculo_de_Multa_2020.pdf

BRASIL. Controladoria Geral da União. Parecer n. 00231/2018/CONJUR-CGU-CGU/AGU.

BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. Nota Técnica n. 01/2020.

FREITAS JR., Luiz Romeu; MEDEIROS, Cintia Rodrigues de Oliveira. Estratégias de racionalização da corrupção nas organizações: uma análise das declarações de acusados em casos de corrupção no Brasil. *Revista de Ciências da Administração*, v. 20, n. 50, p. 8-23, abr. 2018.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; ALMEIDA, Gregório Assegra de et al.(coord.). *Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

HODGES, Christopher. *Law and Corporate Behaviour*. HART Publishing: Oregon, 2015 (eBook).

MARRARA, Thiago. *Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro*

modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015.

PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey; CORREA, Izabela. Brazilian Clean Company Act: using institutional multiplicity for effective punishment. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 53, n. 1, p. 107-163, 2015.

SANTOS, Kleber Bispo dos Santos. *Acordo de leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) –Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Criminologia e delinquência empresarial: da cultura criminógena à cultura do "compliance". *Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 02, p. 1031-1051, 2017.

TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. *O acordo de leniência anticorrupção: uma análise sob o enfoque da teoria de redes*. 1. ed. Curitiba: Appris, 2021.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Interpretação do artigo 30 da Lei 12.846/13*. *Revista dos Tribunais*, v. 103, n. 947, p. 281-294, set. 2014.

TONETO JR., Rudinei. Buchanan e a análise econômica da política. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 38, dez. 1996.

WARREN, M. The meaning of corruption in democracies. In: HEYWOOD, Paul (ed.). *The Routledge International Handbook on Political Corruption*. Oxford: Routledge. Forthcoming, 2015.

Autor convidado