

Bruna Rocha: Uma breve análise do PL 10.887/2018

22/07/2021

O PL 10.887/2018 intenciona promover significativas mudanças na Lei 8.429/1992, que trata da punição de agentes públicos e privados por atos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito dos agentes, danos ao erário e violação aos princípios da Administração Pública.



A minuta aprovada no último mês de junho na Câmara

dos Deputados demonstra inegável evolução no que diz respeito ao trâmite da ação, hoje ajuizada pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica lesada: o PL regulamenta o pedido de indisponibilidade de bens, o acordo de não persecução cível e a dosimetria das penas; prevê a necessidade de instrução da inicial com elementos probatórios mínimos de ocorrência do ato de improbidade e de sua autoria e com indícios suficientes da existência de dolo; veda a modificação do fundamento legal do pedido e o reexame necessário das sentenças terminativas e de improcedência; determina a comunicação de sentenças civis e penais com as ação de improbidade administrativa e unifica os prazos prescricionais, inclusive com a previsão de prescrição intercorrente.

Não são poucos os avanços que constam no PL, que segue agora para a aprovação no Senado Federal.

Todavia, e apenas a título de colaboração com um modelo legal mais garantista e, assim, mais consentâneo com a natureza da ação, tem-se que a fase de instrução probatória pode ser aperfeiçoada antes de o PL ser levado à definitiva aprovação pelo Congresso Nacional.

A atual minuta do PL traz avanços específicos no que se refere à fase instrutória da ação de improbidade administrativa, como a determinação de que as provas requeridas pelos réus sejam efetivamente produzidas, sob pena de nulidade da sentença; a garantia de os réus serem interrogados e de que a sua recusa ou o seu silêncio não impliquem na pena de confesso; a previsão de que a revelia não acarrete a presunção de veracidade dos fatos indicados na inicial,

e a vedação de que ônus da prova da acusação seja invertido em desfavor dos réus.

Vale ressaltar que o Código de Processo Civil (CPC), nos termos do PL, deverá ser aplicado às ações de improbidade de forma subsidiária, de modo que, excepcionados os casos expressamente indicados na lei, incidirá nas ações de improbidade o paradigma probatório do processo civil.

Dito isso, rememora-se que a ação de improbidade administrativa é uma ação eminentemente punitiva, embora comporte pedidos de reparação de danos ao erário e de anulação de atos ou contratos administrativos.

A natureza sancionatória da ação de improbidade ganha contornos singulares e que merecem especial atenção quando se analisam dois fatores coexistentes nesse tipo de ação: 1) a relação jurídica processual desequilibrada, em que há, de um lado, o Estado acusador, com toda a máquina pública e meios de investigação, inquirição e aparato documental à sua disposição, e de outro, uma pessoa física ou jurídica que, definitivamente, não possui os mesmos meios de defesa que o Estado tem de acusação; e 2) a gravidade das sanções a serem aplicadas, as quais caracterizam intensa restrição de direitos fundamentais que, por vezes, são mais graves do que as sanções aplicadas no âmbito da esfera penal.

Sarah Merçon-Vargas, em seu estudo de doutoramento, analisou ambos os fatores buscando desvendar qual seria o paradigma probatório ideal para os processos judiciais punitivos não penais, categoria em que se inclui a ação de improbidade administrativa [1].

De acordo com a autora, o desequilíbrio da relação jurídica processual de natureza punitiva, em que o Estado acusa determinada pessoa física ou jurídica da prática de ato de grande desvalor social, somado às penas de intensa restrição de direitos fundamentais, indica a necessidade de, a partir do marco garantista e à luz do devido processo legal, construir-se um paradigma de garantias processuais mais denso do que o modelo geral do processo civil, devendo-se mirar, nesse sentido, o paradigma do devido processo legal do processo penal, em que também se nota a presença dos fatores acima mencionados e que é um referencial de cota máxima de garantias [2].

O paradigma probatório do processo civil, assim, não seria o mais adequado às ações de improbidade administrativa, pois, em tese, amolda-se às relações jurídicas processuais equilibradas oriundas de conflitos não complexos gerados na esfera privada (como as ações de cobrança ou de obrigações de fazer ou não fazer), e em que se nota certa paridade de armas entre as partes.

Desse modo, o ideal seria que o paradigma de provas no âmbito da ação de improbidade fosse extraído de princípios e regras processuais previstos na Constituição Federal e na Convenção Americana de Direitos Humanos (excluídos, por óbvio, os que se relacionam à pena de prisão), os quais se aplicariam ao caso de forma mais densa do que nas ações civis, aproximando-se do paradigma do processo penal como um *standard* probatório reforçado.

Frise-se que não se trata de tornar a ação de improbidade administrativa uma ação de natureza penal, mas, sim, de buscar o *adensamento das garantias processuais previstas na Constituição*

Federal e na Convenção Americana na instrução probatória da ação em que se exerce o jus puniendi estatal, na configuração acima mencionada — desequilíbrio da relação jurídica processual e previsão de aplicação de sanções com intensa restrição de direitos fundamentais [3].

À vista disso, tem-se que, em um modelo ideal, os réus da ação de improbidade administrativa não estariam vinculados ao dever de cooperação e colaboração de que tratam os artigos 6º e 378 do CPC [4], nem mesmo ao dever de dizer a verdade, devendo o juízo informar, caso convoque os réus a depor, o direito ao silêncio e o de não produzir provas contra eles, o que, exatamente por consistir em uma garantia dos acusados, não pode ser valorado contra eles na sentença de mérito.

A mesma *ratio* impõe que os réus, no modelo ideal de produção de provas em ações de improbidade, não sejam compelidos a exibir documentos que possam consistir em provas contra eles, como é possível hoje com a incidência do artigo 396 do CPC [5]. A justificativa da recusa prevista no artigo 404, VI, do CPC [6], na hipótese, dar-se-ia pelo teor do artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal e 8º [7], item 2, "g", da Convenção Americana de Direitos Humanos [8].

Também a autodefesa do acusado, a ser realizada no momento do interrogatório, deve ser o último ato da fase de instrução, tal como ocorre na esfera penal [9], não se mostrando adequada a ordem estabelecida no artigo 361 do CPC [10]. A sua oitiva após a produção da prova testemunhal e das demais provas permite o exercício da autodefesa plena, na qual os réus podem se manifestar (e se autodefender) sobre todo o conjunto probatório. A oitiva do acusado como último ato da instrução também é o procedimento adotado nos processos de *impeachment*.

Ainda em um modelo ideal, o poder instrutório do juiz, previsto no *caput* do artigo 370 do CPC [11], deve ser limitado. Isso porque a fase de instrução é o momento em que a presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em desfavor dos réus exercem o seu máximo potencial no sentido de equilibrar a relação jurídica processual, a qual tende a ser desequilibrada caso aquele que possui o dever de julgar articule-se com a acusação na busca de novas provas. O papel do acusador e do julgador, aqui, deve ser bem definido.

O limite razoável seria que o juiz se ativesse a solicitar esclarecimentos sobre as provas já produzidas, ou seja, de modo complementar, não lançando mão de atividades investigativas ou de produção de novas provas, condutas típicas da acusação.

Não se olvida que o PL encaminhado ao Senado traz inegáveis avanços à ação de improbidade administrativa. Todavia, o paradigma probatório do processo civil (CPC/15) não se mostra adequado às características da ação de improbidade (natureza punitiva, desequilíbrio da relação jurídica processual e sanções com grave restrição de direitos fundamentais), de modo que o Congresso ainda pode aperfeiçoar a proposta estabelecendo um paradigma de produção de provas com princípios e regras processuais mais densos, tendo o processo penal como referência.

[1] "Teoria do Processo Judicial Punitivo Não Penal". Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

[2] Ibidem, p. 116/117.

[3] Ao tratar das sanções aplicadas no âmbito da Lei Anticorrupção, de natureza punitiva idêntica às ações de improbidade administrativa, afirma Paulo Henrique dos Santos Lucon: "O *standard* probatório exigido para eventual condenação com fundamento na Lei 12.846/2013, portanto, dada a natureza das suas sanções, claramente restritivas de direitos, deve ser mais rigoroso se comparado ao das ações cíveis de natureza meramente ressarcitória. (...) Quanto maior a sanha punitiva do legislador, maior é a possibilidade de serem cometidas arbitrariedades e, portanto, maior é a preocupação do jurista/aplicador do direito com os apenados e com a observância do devido processo legal". (Procedimentos e Sanções na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). Revista dos Tribunais: 2014, p. 267).

[4] "Artigo 6º - Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

(...)

Artigo 378 - Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade".

[5] "Artigo 396 - O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa que se encontre em seu poder".

[6] "Artigo 404 - A parte e o terceiro se escusam de exhibir, em juízo, o documento ou a coisa se: (...)

VI - houver disposição legal que justifique a recusa da exibição".

[7] "Artigo 5º (...)

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;".

[8] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

[9] "Artigo 400 - Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no artigo 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado". (CPP)



[10] "Artigo 361 – As provas orais serão produzidas em audiência, ouvindo-se nesta ordem, preferencialmente:

- I – o perito e os assistentes técnicos, que responderão aos quesitos de esclarecimentos requeridos no prazo e na forma do artigo 477, caso não respondidos anteriormente por escrito;
- II – o autor e, em seguida, o réu, que prestarão depoimentos pessoais;
- III – as testemunhas arroladas pelo autor e pelo réu, que serão inquiridas".

[11] "Artigo 370 – Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito".

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-jul-22/bruna-rocha-breve-analise-pl-108872018/>