

Acordos de não persecução civil e a Lei de Improbidade Administrativa. Legitimidade necessária dos órgãos da Administração Pública

Cristiane Rodrigues Iwakura [1]

Trata-se de um tema bastante polêmico e em grande discussão na atualidade, tendo em vista algumas alterações promovidas pela Lei 13.964/19 [2].

O papel da Advocacia Geral da União – AGU tem sido bem destacado nestes últimos anos no combate à corrupção. Por esta razão, importante se torna preliminarmente falar sobre a atuação da AGU, antes de se adentrar no mérito da discussão proposta.

A Advocacia Geral da União é composta por quatro carreiras, representadas pela Procuradoria Geral da União, que representa a Administração Direta, a Procuradoria Geral Federal (que representa a Administração Indireta, com destaque para autarquias federais como o INSS e as Agências Reguladoras), a Procuradoria da Fazenda Nacional e a Procuradoria do Bacen, estando estas duas últimas vinculadas ao Ministério da Economia e responsáveis, respectivamente, pela atuação judicial e extrajudicial envolvendo questões tributárias e relativas ao Sistema Financeiro Nacional.

Resta assim, evidente, que a atuação da AGU se dá de maneira extremamente capilarizada, envolvendo vários órgãos da Administração Pública que, de alguma forma poderão ser conectados simultaneamente diante de prática tipificada como corrupção administrativa.

No ano passado, até em razão do contexto resultante de ações de investigação e repressão à corrupção, esta temática foi bastante debatida, tendo sido inclusive um dos pontos mais altos da atuação da AGU.

A partir da previsão sobre a possibilidade de acordos de leniência com o advento da Lei 12.846/2013, que é a Lei de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, passa-se a tecer algumas ponderações com relação à participação dos entes lesados representados pela advocacia pública.

A Controladoria-Geral da União é responsável pelas negociações nos acordos de leniência, e passou a atuar de forma conjunta com a AGU, nos termos da Portaria Conjunta CGU/AGU nº 4 de 9 de agosto de 2019. Assim, o aderente passa a relatar os ilícitos, fornecendo o maior número possível de elementos probatórios úteis para que se dê prosseguimento à persecução administrativa, e assim são aperfeiçoados os acordos.

Este forte movimento de cooperação informacional que vem sendo cada vez mais incentivado, envolve um procedimento que se inicia com uma análise detalhada sobre as propostas de acordo, e termina com uma fiscalização efetiva cumprimento sobre o cumprimento das obrigações nele pactuadas. No ano de 2019, teve-se o registro de mais de 10 (dez) acordos de leniência, e mais de 800 (oitocentas) pessoas físicas e jurídicas envolvidas em práticas tipificadas dentro do espectro da corrupção administrativa.

Estas experiências puderam demonstrar que a ação conjunta, a cooperação e o intercâmbio de informações são capazes de viabilizar uma melhor performance no combate à corrupção, pois cada órgão detém uma parte de conhecimento essencial para o desenrolar das investigações.

Isto vem corroborar o posicionamento que se passa a expor adiante, sobre a importância de se atribuir legitimidade à mais de um órgão para celebrar os acordos de não persecução cível relativas à eventual prática de improbidade administrativa.

Um relato igualmente importante que merece destaque, consiste na criação em 2017 do Labra – Laboratório de recuperação de ativos – a partir do qual um grupo de trabalho na AGU desenvolveu uma ferramenta capaz de cruzar informações estratégicas sobre a localização de devedores, grupos econômicos, bens e patrimônio, registrando-se em torno de 150 (cento e cinquenta) mil consultas.

Este ponto comunica-se diretamente com o princípio da interoperabilidade [3], que, a seu turno, traz em sua essência a busca pela integração de sistemas operacionais e de armazenamento de dados, envolvendo diversos órgãos públicos, o que incrementaria não apenas a eficiência do ponto de vista processual e de gestão pública, mas também potencializaria a obtenção de informações relevantes para as atividades desenvolvidas pelos seus agentes.

A interoperabilidade vem sido amplamente debatida pelo Conselho Nacional de Justiça em sua atual gestão (que recentemente criou o PDPJ-Br com esta finalidade na Resolução CNJ nº 335/2020), pois mesmo após a criação do Grupo de Interoperabilidade (por meio da Resolução CNJ nº 12/2006), não se logrou êxito em alcançar uma integração minimamente satisfatória entre os sistemas eletrônicos do Poder Público.

Isto compromete, do ponto de vista do usuário, o acesso à justiça e o manuseio de sistemas processuais dos Tribunais em todo o seu território, assim como também em diversos órgãos da Administração Pública, como o Banco Central, a Receita Federal, Tribunais de Contas e Agências Reguladoras.

Não raro, se revela essencial e necessária a troca de informação entre os órgãos que compõe os Poderes da União (art. 2º da CRFB), e dentro das possibilidades, ou seja, observando-se todas as limitações legais como regras de aplicação imediata como aquelas relacionadas à proteção de dados e da privacidade, ter uma ferramenta que integre todos esses órgãos é algo bastante salutar.

De acordo com o O Diretor do Patrimônio Público e Probidade da PGU, Dr. Vanir Fridriczewski, estamos diante de uma “virada de chave”: até 2017, o montante que era recuperado em favor do erário totalizava um valor resultante em torno de 150 (cento e cinquenta) milhões. Em 2018, com o uso da ferramenta, com um maior rastreamento sobre as situações pessoais e patrimoniais, o montante triplicou praticamente, passando para algo na ordem de 450 (quatrocentos e cinquenta) milhões.

Em 2019, a AGU havia ajuizado 200 (duzentas) ações de improbidade administrativa, tendo cobrado um total de R\$ 4,1 bilhões. São todas ações a cargo da Procuradoria Geral da União – PGU e da Procuradoria Geral Federal – PGF, por meio de unidades especializadas, com o intuito de responsabilizar agentes públicos e privados após

constatação da prática de atos de improbidade. No ano de 2020, passou-se a registrar 1.055 ações, com cobranças superiores a R\$ 2 (dois) bilhões de pessoas físicas e empresas que cometeram irregularidades [4].

Feitas estas considerações, passa-se a analisar a razão da Lei 13.964/2019, especificamente com relação ao veto do Presidente da República sobre o art. 17-A, que conferia legitimidade exclusiva ao Ministério Público para a celebração do acordo, por incompatibilidade lógica não apenas em relação ao caput que prevê legitimidade tanto para o parquet, como para as Pessoas Jurídicas interessadas, e também pela constatação de uma incompatibilidade lógica com todo o microssistema de tutela do patrimônio público.

Veja-se que na Lei anticorrupção empresarial (art. 16 da 12.846/2013) permite-se que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública integrantes da Administração pública celebre o acordo de leniência. Na Lei do CADE (art. 86, da Lei 12.529/2011) permite-se que a autarquia celebre o acordo de leniência, em iguais termos. Em igual direção, a Lei 13.506/2017 permite que o Banco Central do Brasil (BACEN) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) celebrem o acordo de leniência sob o nome Acordo de Supervisão. A legislação em apreço demonstra que o dispositivo que previa exclusivamente a legitimidade do Ministério Público para a celebração do acordo de não persecução cível estaria completamente na contramão de toda a ratio do microssistema legal vigente.

Em adição, a Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação) instituiu no seu art. 35, parágrafo 4º, a transação da punição pela advocacia pública em ação de improbidade administrativa. Veja-se que o art. 2º da Constituição federal é claro ao estabelecer a existência de poderes da união, independentes e harmônicos entre si, sem qualquer outorga ou a possibilidade de se conferir a qualquer um deles um super ou sobrepoder capaz de ocasionar exclusões justificáveis e legítimas dentro de sua esfera lógica de atuação.

Neste ponto, Vanir Fridriczewski salientou em conferência sobre o tema que o combate à corrupção – e aos ilícitos em geral – não é uma tarefa assinada pelo Estado a “salvadores da pátria” ou “cavaleiros destemidos”. Combater a corrupção é tarefa do Estado em sua inteireza e demanda verdadeiras políticas de Estado anticorrupção, com envolvimento de vários segmentos da sociedade e, principalmente, de vários atores estatais [5].

Por estas e outras razões que se fala tanto em cooperação nas últimas décadas. O próprio Código de Processo Civil menciona expressamente o princípio da cooperação. Até porque a democracia pressupõe um espaço de diálogo entre os seus participantes.

A cooperação, para se alcançar a solução mais adequada ao caso concreto, deve ser o meio mais adequado para se atingir consensos, rumo à realização não mais do direito positivado, mas do direito justo, a cada caso. E relacionada a esta premissa destaca-se a seguinte constatação: a corrupção, fenômeno altamente nocivo ao Estado e à sociedade, alcança o Poder Legislativo, o Poder Executivo, o Poder Judiciário, o Ministério Público, os Tribunais de Contas, e outros tantos órgãos ou instituições públicas.

A realidade brasileira demonstra, infelizmente, que a corrupção consegue penetrar em todo o Estado e em todos os órgãos ou instituições estatais.

Por isso, são destituídas de fundamento afirmações, por exemplo, no sentido de que órgãos vinculados ao Poder Executivo não conseguem desempenhar adequadamente atividades ou políticas anticorrupção, ou, então, de que somente órgãos estatais autônomos e independentes é que conseguem desempenhar adequadamente funções, atividades ou políticas anticorrupção.

A própria Constituição conclama um agir harmônico, coordenado e cooperativo dos Poderes da República para, entre outros, se alcançar o objeto de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I). Isto torna plenamente justificável a opção do legislador que, em sede de ação de improbidade, decidiu conferir expressamente legitimidade ao MP e ao ente lesado, e essa legitimidade, que por sua vez, demanda cooperação entre eles.

Segundo o Procurador-Geral da União, Vinicius Torquetti não seria uma boa ideia centralizar a atuação em um único órgão. O Ministério Público não teria condições para reagir a tudo, por mais eficiente e atuante que se apresente, ainda mais diante da grandiosidade do país em termos territoriais e populacionais [6].

Vale repetir: o sistema de freios e contrapesos (checks and balances) permite um controle recíproco entre os poderes, minimizando riscos de captura nas instituições e, ao mesmo tempo, incentivando uma atuação articulada, conjunta e eficiente em todo o território nacional.

Quase todas as penas impostas pela Lei de improbidade estão de algum modo penalizadas dentro da administração: Lei 8.112 – prevê a demissão de funcionário público em caso de improbidade administrativa; a Lei 8.666/1993 (Estatuto das Licitações) admite aplicação de multa a empresas e decretação de sua idoneidade; e a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) permite a responsabilização judicial de empresas corruptas a partir da atuação da advocacia pública junto ao Ministério Público.

Então, naturalmente, a Advocacia Pública que representa o ente lesado, deve estar envolvida e ter a possibilidade de participar ativamente nas negociações e na celebração dos acordos de não persecução civil.

Outra questão relevante que se faz presente tem ligação com a independência das instâncias penal, cível e administrativa, que podem levar a situações kafkanianas. Diante disto, o Ministério Público pode fazer um acordo em uma ação, e a Administração pública, ao mesmo tempo, atuar para promover uma punição em sede administrativa sobre o mesmo fato e sujeitos, gerando-se assim uma indesejada contradição. Este dilema é verificado nos acordos de leniência em iguais proporções, constituindo uma das questões mais árduas pendentes de solução na atualidade.

O Judiciário também já reconheceu essa possibilidade, no acórdão do TRF-4 de caso da “lava jato” em que se concluiu que “no acordo de leniência faz-se necessária a participação de todos os órgãos envolvidos (Ministério Público, Advocacia Pública, Tribunal de Contas) para que a responsabilização seja única e integral” [7].

Como lidar com tantos possíveis legitimados negociando sobre parte de pretensão punitiva restando outras partes potencialmente puníveis sobre a mesma conduta?

No âmbito de outras áreas do Direito, tem-se o mesmo questionamento: como outorgar tal prerrogativa para apenas um legitimado, quando existem vários desdobramentos da conduta relacionados a diferentes sujeitos lesados, cada um representado por um determinado órgão, cada qual com sua especialização e domínio sobre informações de grande relevância?

Portanto, a solução para isso tudo, com certeza, vai ser algo construído a partir de um esforço dialético, conjunto, entre todos os possíveis legitimados, identificados a partir do seu interesse legítimo de exercer sua pretensão punitiva ou ressarcitória.

Identificados os legitimados, tem-se que estes podem sim, atuar de maneira articulada, de maneira muito mais eficiente, em direções compatíveis, propiciando-se um melhor uso dos institutos consensuais, nesta nova fase que se inaugura em termos de direito administrativo sancionador.

A finalidade precípua de todo este raciocínio reside na necessidade de se garantir maior efetividade e resolutividade na recomposição dos danos, finalidade esta que deve se sobrepor à mera formalidade, reforçando a legitimidade interpretativa das leis que seja capaz de conferir uma maior eficiência no combate à corrupção administrativa.

Referências:

[1] Procuradora Federal na Advocacia-Geral da União. Doutora e Mestre em Direito Processual pela UERJ. Coordenadora da Escola da Advocacia-Geral da União na 2ª Região (RJ/ES). Pós-Graduada em Direito Público pela UnB e em Regulação de Mercado de Capitais pelo Ibmecc/RJ. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPRO, do Instituto de Direito Sancionador - IDASAN, e do Instituto de Direito Administrativo do RJ - IDARJ.

[2] Artigo escrito a partir de palestra proferida na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ – Desafios do Acordo de Não Persecução Cível em Improbidade Administrativa. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/noticias_todas/2020/desafios-do-acordo-de-nao-persecucao-civel-em-improbidade-administrativa.html. Acesso em: 25/08/2020.

[3] Advocacia Geral da União – Site oficial – AGU cobra R\$ 2,4 bilhões em ações contra corrupção e improbidade ajuizadas no 1º semestre. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-cobra-r-2-4-bilhoes-em-acoes-contra-corrupcao-e-improbidade-ajuizadas-no-1o-semester>. Acesso em: 14/09/2020.

[4] Advocacia Geral da União – Site oficial – AGU cobra R\$ 2,4 bilhões em ações contra corrupção e improbidade ajuizadas no 1º semestre. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-cobra-r-2-4-bilhoes-em-acoes-contra-corrupcao-e-improbidade-ajuizadas-no-1o-semester>. Acesso em: 14/09/2020.

[5] VITAL, Danilo. Tirar ações de improbidade da AGU é infantilizar administração, diz PG. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-23/tirar-acoes-improbidade-agu-infantilizar-administracao>. Acesso em: 29/08/2020.

[6] Advocacia Geral da União – Site oficial. Notícia disponível em: <https://agu.jusbrasil.com.br/noticias/750636779/papel-da-agu-no-combate-a-corrupcao-e-destacado-em-seminario>

[7] MUDROVISTSCH, Rodrigo de Bittencourt e NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Leniência, uma história em construção: segurança jurídica e atuação do Estado. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-10/observatorio-constitucional-acordo-leniencia-historia-construcao>. Acesso em: 22/09/2020.