

# Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado de jurisprudência  
do Egrégio Supremo Tribunal Federal  
Registro nº 25/99, de 22/04/1999  
DJU nº 72, de 16/04/1999, p.1

Repositório autorizado de jurisprudência  
do Egrégio Superior Tribunal de Justiça  
Registro nº 37 – Portaria nº 1, de 26/10/1998  
DJU de 05/11/1998, p.137 - Registro retificado  
Portaria nº 9, de 14/06/1999 – DJ 22/06/1999

nº 80 abr./jun. 2021

# O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos

Emerson Garcia\*

## Sumário

1. Introdução. 2. O direito sancionador brasileiro: aspectos gerais. 3. O direito sancionador brasileiro e a correspondência biunívoca entre competência para aplicar sanções e competência para homologar acordos afetos às sanções. 3.1. Direito Penal. 3.2. Direito sancionador cível. 3.3. Direito sancionador administrativo. 4. Origem do acordo de não persecução cível. 5. O acordo de não persecução cível e a necessidade de homologação judicial. Epílogo.

## 1. Introdução

A Lei nº 13.964/2019, também conhecida como Pacote Anticrime, introduziu no direito positivo brasileiro o denominado acordo de não persecução cível, passível de ser celebrado nas ações que digam respeito aos atos de improbidade administrativa, que nada mais são que ilícitos civis, de estatura constitucional, regulamentados pela Lei nº 8.429/1992. Até então, a redação do § 1º do art. 17 deste diploma normativo dispunha que “*é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput*”.

Apesar da literalidade do comando legal, era generalizado o entendimento de que a vedação não se ajustava à necessidade de plena integração da consensualidade ao direito sancionador contemporâneo. Esse estado de coisas foi influenciado pelo grande êxito obtido pelo instituto da colaboração premiada, na forma como delineado pela Lei nº 12.850/2013. Se o próprio direito penal, parafraseando Giuseppe Bettiol<sup>1</sup>, exigiu o equilíbrio entre um “*direito penal rigorosamente retributivo*” e a sua transformação em um “*direito premial*”, sendo invocado, para tanto, o dito da antiga sabedoria “*in medio stat virtus*” (no meio está a virtude), por que não generalizar a consensualidade, aplicando-a mesmo onde a lei afastara a sua aplicação?

---

\* Emerson Garcia. Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro da Comissão de Juristas instaurada no âmbito da Câmara dos Deputados para a revisão da Lei nº 8.429/1992. Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

<sup>1</sup> *Dal diritto penale al diritto premiale. In Scritti giuridici*, T. II. Padova: CEDAM, 1966, p. 949.

O complicador é que o argumento do *plus* e do *minus*, de maneira que tudo o que valha para o direito penal seja automaticamente estendido às demais instâncias, é simplesmente inaplicável ao nosso sistema. Assim ocorre porque o próprio Poder Legislativo, no auge de sua liberdade de conformação, estabelece nítidas distinções entre as instâncias. As normas processuais utilizadas no âmbito dessas instâncias não são as mesmas; a técnica tipológica adotada no direito penal é substancialmente distinta daquela prevalecente nas demais, que frequentemente se valem de figuras tipológicas com maior abertura semântica; os legitimados para a deflagração de cada instância de responsabilização são distintos, passando pelo Ministério Público, avançando pelo ofendido e podendo alcançar qualquer do povo, neste último caso em caráter restrito, próprio da responsabilização política; a representação do acusado, por advogado, não se mostra essencial em algumas instâncias; a natureza da autoridade responsável pela aplicação das sanções também é muito distinta, o que é particularmente relevante quando contextualizamos a temática no âmbito dos deveres de motivação e de imparcialidade, tão peculiares na responsabilização política que chega a se duvidar de sua própria existência.

Embora seja frágil a tentativa de organizar as instâncias de responsabilização em uma espécie de métrica, na qual o direito penal ocuparia a posição mais adiantada, o direito sancionador administrativo, o início da escala, e o direito sancionador cível, uma posição intermédia, não se podia negar que todo o direito sancionador se tornara permeável à consensualidade. Isto, no entanto, não afasta uma constatação irrefutável: o sistema também apresenta, ao acolher a consensualidade, alguns traços estruturais que lhe oferecem forma e plena juridicidade. Um dos traços estruturais do direito sancionador brasileiro é o de que a autoridade competente para aplicar a sanção também o é para homologar o acordo que afaste a sua aplicação ou que transija com aspectos de ordem quantitativa ou qualitativa. Apresentam-se em reduzido número as exceções.

O objetivo de nossas breves reflexões é o de identificar o alicerce normativo do traço estrutural acima indicado e analisar se ele deve, ou não, à luz das normas vigentes, ser aplicado ao acordo de não persecução cível.

## **2. O direito sancionador brasileiro: aspectos gerais**

O direito sancionador brasileiro tem sido objeto de uma divisão quadripartite. Nossa ordem jurídica reconhece a existência do direito sancionador penal, ou simplesmente direito penal; do direito sancionador cível, também passível de ser denominado de direito sancionador judicial cível; do direito sancionador administrativo, também conhecido como direito administrativo sancionador; e do direito sancionador político. Essa divisão não é propriamente doutrinária, decorrendo do próprio direito positivo.

Essas instâncias de responsabilização, longe de permanecerem isoladas umas das outras, tendem a manter um diálogo entre si, o que se torna bem perceptível ao constatarmos que uma única conduta pode se ajustar a uma pluralidade de instâncias,

daí decorrendo a possibilidade de o agente sofrer inúmeras sanções ao final de cada relação processual. O modo como irão dialogar entre si deve ser estabelecido pela ordem jurídica, que estabelecerá os padrões mínimos de organicidade sistêmica e em que medida ocorrerá a interpenetração entre as instâncias, inclusive com a possibilidade de a absolvição em uma relação processual projetar os seus efeitos sobre outra.

No extremo, ainda será preciso estabelecer um referencial de proporcionalidade sistêmica, de modo a evitar que esse critério seja valorado unicamente sob o prisma de cada relação processual, ignorando o efeito sinérgico de todas as sanções aplicadas. A existência de mais de uma instância de responsabilização permite que sanções de idêntica natureza jurídica sejam aplicadas em mais de uma instância, o que também contribui para alimentar o debate a respeito de um possível excesso punitivo por parte do Estado. Este aspecto certamente não passou despercebido ao legislador, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para dispor, no § 3º do art. 21, que *“as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”*. O fim almejado, não se duvida, é mais que nobre; já o resultado alcançado é para lá de sofrível. Essa conclusão, é importante frisar, não decorre de um irrefreável ceticismo, mas da própria estrutura do sistema. Ora, se as instâncias são independentes, a responsabilização, ressalvado comando expresso em contrário, pode ser aferida de maneira simultânea. Com isso, raramente se terá o desfecho da responsabilização em uma instância, com o esgotamento de todas as vias de impugnação possíveis, inclusive judiciais, a tempo de que a sanção aplicada possa ser considerada em instância diversa. Caso essa consideração ocorra sem a definitividade das sanções aplicadas em outra instância, também correr-se-á o risco de afronta à proporcionalidade, desta feita no plano da insuficiência, já que uma sanção pode ser fixada em patamares mais brandos justamente em razão da existência de sanção similar aplicada em momento anterior, enquanto esta última pode vir a ser atenuada ou anulada em momento posterior.

É relevante, neste passo, identificar alguns traços distintivos entre as instâncias de responsabilização.

O direito penal trata da estatuição e das consequências jurídicas decorrentes da prática de infração penal, cuja definição é oferecida pelo art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal<sup>2</sup>. As sanções cominadas, que alcançam o direito de liberdade, são necessariamente aplicadas por órgão jurisdicional, o que sequer precisa ser lembrado, tamanha a penetração dessa concepção nos dogmas do Estado de Direito. Esses traços, aliás, já permitem extremá-lo das demais instâncias de responsabilização, cujas sanções, regra geral, alcançam uma pluralidade de bens jurídicos, que não a liberdade, e podem ser igualmente aplicadas por órgãos não jurisdicionais. A exceção

<sup>2</sup> Decreto-lei nº 3.914/1941, art. 1º: *“Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”*.

fica por conta da prisão administrativa militar, implicitamente prevista na própria Constituição da República, ao vedar o uso do *habeas corpus* contra as punições disciplinares militares<sup>3</sup>. Ainda merece menção o fato de a ordem constitucional autorizar a prisão como meio de coerção para o cumprimento da obrigação alimentar<sup>4</sup>, o que não configura verdadeira sanção.

No direito sancionador cível tem-se um traço de proximidade e outro de distanciamento em relação ao direito penal: a proximidade fica por conta da necessidade de ser aplicado por órgão jurisdicional, a partir do ajuizamento de uma ação; o distanciamento, por sua vez, decorre da impossibilidade de o condenado vir a sofrer sanção privativa de liberdade. Além disso, observa-se que o instrumento utilizado é a legislação processual civil, bem como que a técnica tipológica empregada assume textura mais aberta, a exemplo daquela historicamente adotada no âmbito do direito sancionador administrativo. As sanções passíveis de serem aplicadas nesse âmbito coexistem com as cominações cíveis *stricto sensu*, classicamente reconduzíveis ao dever de recomposição do *status quo* (v.g.: deveres de reparar e de devolver), que não configuram sanções.

A existência de um direito sancionador cível decorre de disposição expressa do direito positivo brasileiro. Ao analisar a natureza jurídica da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), cujas sanções, por força do art. 37, § 4º, da Constituição da República, podem ser aplicadas sem prejuízo da ação penal cabível, o Supremo Tribunal Federal reconheceu expressamente a sua natureza cível, o que, inclusive, afasta a incidência do foro por prerrogativa de função nessa seara<sup>5</sup>. A Lei nº 12.846/2013, que "*dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira*", oferece um exemplo bem sugestivo a esse respeito. Apesar de sua ementa fazer menção à responsabilização civil, o que é reiterado pelos arts. 1º, *caput* e 2º, além de o julgamento ficar a cargo de um órgão jurisdicional, alguns insistem em afirmar que a natureza jurídica das sanções é penal, pois a esfera cível somente se harmoniza com a ideia de recomposição<sup>6</sup>. Será isto verdade? Não poderia o Estado instituir outros sistemas de responsabilização, de modo a impor restrições na esfera jurídica individual sem que o pano de fundo seja a privação da liberdade? A nosso ver, é tarefa assaz difícil alcançar respostas positivas a esses questionamentos sem a identificação de um fundamento constitucional que venha a embasá-las. A Lei nº 13.869/2019, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, também não deixa margem a dúvida quanto à autonomia do direito sancionador cível, ao dispor, no *caput* do seu art. 6º, que "*as penas previstas nesta*

<sup>3</sup> CR/1988, art. 142, § 2º. Vide Lei nº 6.880/1980, art. 47, § 1º.

<sup>4</sup> CR/1988, art. 5º, LXVII. Sobre a impossibilidade de prisão do depositário infiel, também prevista na literalidade do preceito constitucional, vide Súmula Vinculante nº 25, do STF.

<sup>5</sup> Pleno, ADI nº 2.797/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 15/09/2005, DJ de 19/12/2006. A respeito da natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa, vide GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 620 e ss.

<sup>6</sup> Nesse sentido: DE PONTES, Evandro Fernandes. Dissolução Compulsória da Pessoa Jurídica: Desafios Sobre a Lei 12.846/2013 e o Sistema Financeiro Nacional. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 14, mar.-abr./2016, p. 155 e ss. e NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 90 e ss.

*Lei serão aplicadas independentemente das sanções de natureza civil ou administrativa cabíveis*". E que sanções de natureza cível seriam essas, passíveis de serem aplicadas ao "agente público" a que se refere o art. 1º, preceito afeto ao sujeito ativo do crime? São justamente as sanções por ato de improbidade administrativa, cujo sujeito ativo, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.429/1992, é designado justamente de "agente público".

As mesmas razões que conferem autonomia existencial ao direito sancionador cível, desaconselhando a sua equiparação ao direito penal, também afastam a sua absorção pela terceira instância de responsabilização a ser analisada, o direito sancionador administrativo. Essa instância foi largamente estudada pela doutrina espanhola, em razão dos próprios termos da Constituição de 1978, cujo art. 25, 3, dispõe que "la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad". São enquadradas nessa categoria as sanções aplicadas por uma autoridade administrativa, que tanto podem se limitar a restringir as relações jurídicas de natureza estatutária (v.g.: quando o superior hierárquico aplica as sanções de advertência ou de demissão) como restringir outros aspectos da esfera jurídica individual (v.g.: quando o Tribunal de Contas aplica a sanção de multa em razão do alcance praticado pelo gestor do dinheiro público; ou quando a autoridade de trânsito aplica uma sanção a quem infrinja norma de trânsito).

Alejandro Nieto<sup>7</sup>, o grande estudioso dessa temática, há muito observou que a funcionalidade do "derecho administrativo sancionador" está associada ao "poder sancionador da Administração", o qual, durante muito tempo, foi considerado um elemento essencial do poder de polícia. Esse poder coexiste com o poder sancionador dos tribunais, normalmente adstrito, em diversos Países, à seara penal. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández<sup>8</sup> observaram, referindo-se à "potestad sancionatoria administrativa", que "[s]e distinguen estas sanciones de las penas propiamente dichas por un dato formal, la autoridad que las impone: aquéllas, la Administración; éstas, los Tribunales penales".

O direito sancionador administrativo apresenta peculiaridades que o distinguem das duas instâncias já analisadas: é aplicado por uma autoridade administrativa, com observância apenas subsidiária das normas processuais de caráter penal ou cível. Além disso, no seu âmbito, não é exigida a responsabilização por advogado. No âmbito material, é identificada uma maior abertura das figuras tipológicas, o que o aproxima do direito sancionador cível, e não são cominadas sanções privativas de liberdade, no que se distingue do direito penal. É sistematicamente incorreta, portanto, uma construção que defenda a aplicação do direito sancionador administrativo pelos tribunais, no exercício de sua atividade finalística. Isto levaria o desvirtuamento de suas origens e de sua essência às raias do inusitado.

<sup>7</sup> *Derecho administrativo sancionador*. 3ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 22.

<sup>8</sup> *Curso de derecho administrativo*, vol. II. 9ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 2004, p. 163.

É importante frisar que a natureza da instância de responsabilização não acompanha a natureza da relação jurídica básica na qual o ato foi praticado.<sup>9</sup> Essa afirmação, aliás, se sobrepõe à linha limítrofe da obviedade. Na medida em que uma única conduta pode ensejar a deflagração de diversas instâncias de responsabilização, das duas uma, ou se defende que as instâncias têm a mesma natureza ou se reconhece que sua natureza pode coincidir, ou não, com a relação jurídica base. Um servidor que subtraia bens de sua repartição praticará o crime de peculato (CP, art. 312), a ser perquirido no âmbito do direito penal; o ato de improbidade de enriquecimento ilícito (Lei nº 8.429/1992, art. 9º), que se enquadra no direito sancionador cível; e a infração administrativa prevista em seu regime jurídico, o que acarretará a instauração de um processo administrativo disciplinar, com o consequente manejo do direito sancionador administrativo. Nesse exemplo, a relação jurídica base tem natureza administrativa, mas nem todas as instâncias de responsabilização ostentarão a mesma natureza.

Alejandro Nieto<sup>10</sup> observara que *“la potestad sancionadora de la Administración forma parte, junto con la potestad penal de los Tribunales, de un ius puniendi superior del Estado, que además es único, de tal manera que aquéllas no son sino simples manifestaciones concretas de este”*. É evidente que, para o direito positivo espanhol, essa assertiva é mais que correta. Afinal, as sanções ali aplicadas pelos Tribunais têm apenas uma natureza jurídica: a penal. Por outro lado, não há qualquer óbice a que o direito positivo de cada País, como foi feito no Brasil, atribua aos seus tribunais competência para aplicar sanções outras que não as de natureza penal. Daí a conclusão de que uma teoria ajustada à realidade espanhola não deve ser aplicada, de modo acrítico ou deturpado, à realidade brasileira.

Por fim, o exercício do direito sancionador político fica a cargo do Poder Legislativo, que avalia condutas juridicamente relevantes sob o prisma político. Com isso, atrai distinções de elevada monta em relação ao processo tipicamente judicial, em especial no que diz respeito à imparcialidade do julgador e ao dever de fundamentação (v.g.: no julgamento do Chefe do Poder Executivo por crime de responsabilidade).

Apesar de o direito positivo brasileiro adotar a independência entre as instâncias de responsabilização, é factível que cada uma das manifestações do direito sancionador será influenciada pelos princípios gerais, de estatura constitucional, afetos ao direito sancionador penal, que oferece as garantias mais básicas para o indivíduo em relação ao Estado. A partir daí, serão observados os demais direitos fundamentais, aplicados indistintamente a todos os indivíduos, com especial ênfase para as garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, bem como colhidos os influxos do sistema processual a ser utilizado, que pode ser o administrativo ou o judicial de natureza cível. Não há, nesse particular, correlação necessária entre o ramo do direito

<sup>9</sup> Em sentido contrário, entendendo que os atos de improbidade administrativa são praticados no âmbito de uma relação jurídica base de natureza administrativa, logo, a coibição a esse ilícito é emanção do direito administrativo sancionador, vide: OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 223.

<sup>10</sup> *Derecho administrativo...*, p. 22.

regente da conduta praticada ou da relação jurídica que lhe deu origem e aquele que disciplinará o respectivo sistema de responsabilização. Essa constatação, por óbvio, não permite que seja ignorada a disciplina jurídica regente da conduta praticada ao aferir-se o seu enquadramento, ou não, no plano da juridicidade. Em prol dessa conclusão, merece referência o art. 26, 2, da Convenção das Nações Unidas de Combate à Corrupção, que dispõe sobre a necessidade de o Estado Parte perquirir a responsabilidade das pessoas jurídicas pelos ilícitos ali previstos (v.g.: o suborno de funcionários públicos nacionais – art. 15), que “*poderá ser de índole penal, cível ou administrativa*”.

A legislação infraconstitucional estabelece inúmeras formas de diálogo entre as distintas instâncias existentes, que são, em linha de princípio, independentes entre si. É o que se verifica, por exemplo: (a) no âmbito do direito penal, em que o reconhecimento de que o fato não existiu, de que o réu não foi o seu autor ou de que agiu amparado por uma excludente de antijuridicidade produz efeitos nas demais esferas de responsabilização que não a política<sup>11</sup>; (b) com a celebração de acordos de leniência pelo CADE, como autorizado pelos arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011, o que acarreta a extinção da punibilidade de certas categorias de infrações penais; (c) com o acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846/2013, celebrado no plano administrativo com base no seu art. 16, que afasta a aplicação, no âmbito da responsabilização judicial de natureza cível, da sanção prevista no art. 19 [*“proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos”*].

Embora haja o diálogo, aspectos pontuais de uma instância de responsabilização não podem ser arbitrariamente transpostos para outra ao alvedrio do intérprete. O que se exige é que haja uma compatibilidade sistêmica nas soluções ou nos problemas a serem compartilhados, aproximando-se o que deve ser tratado de maneira comum, separando-se o que é peculiar a uma ou outra instância.

A partir da compreensão de que o direito sancionador brasileiro adota uma divisão quadripartite, é o momento de avançarmos para o traço estrutural a que nos referirmos na introdução destas breves linhas. Esse traço está presente na exigência de que a autoridade competente para aplicar a sanção também deve ser responsável

<sup>11</sup> Caso a pretensão deduzida na ação penal seja julgada anteriormente às demais, fará coisa julgada nas esferas administrativa e cível sempre que reconhecer: a) ter sido o ato praticado em circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal e arts. 65 e 386, VI, do CPP); b) a inexistência material do fato (arts. 66 e 386, I, do CPP); c) estar provado que o réu não concorreu para a infração penal (art. 386, IV, art. 935 do Código Civil de 2002). Note-se que tais efeitos somente alcançam os fatos discutidos no processo, permanecendo a possibilidade de livre valoração em relação aos demais. Afinal, como há muito reconheceu o STF na Súmula nº 18, “pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público.” Caso haja absolvição por ausência de provas (art. 386, II, V e VII, do CPP) ou por não constituir o fato infração penal (art. 386, III, do CPP), poderá a questão ser amplamente examinada nas esferas cível e administrativa. O mesmo ocorrerá nas hipóteses em que sequer for deflagrada a ação penal, havendo o arquivamento do procedimento inquisitorial respectivo (art. 67, I, do CPP). No caso de condenação criminal, tornar-se-á certa a obrigação de reparar o dano causado, servindo a sentença de título executivo judicial (art. 91 do CP e art. 515, VI, do CPC/2015).



pela homologação do acordo que afaste a sua aplicação ou que transija com aspectos de ordem quantitativa ou qualitativa. Seria isto verdade? É o que veremos.

### **3. O direito sancionador brasileiro e a correspondência biunívoca entre competência para aplicar sanções e competência para homologar acordos afetos às sanções**

No âmbito do direito, a consensualidade pode apresentar inúmeras variações. Pode buscar, pura e simplesmente, a cessação de uma prática ilícita ou o aperfeiçoamento de uma atividade, sem qualquer incursão no plano sancionador propriamente dito, destinando-se, muitas vezes, a evitar a própria caracterização de um ilícito passível de sanção. Também pode ser direcionada à definição, com maior celeridade, das consequências para a prática do ilícito. Neste último caso, pode assumir os contornos de consensualidade de colaboração ou de pura reprimenda.

A *consensualidade de colaboração* é caracterizada pela obtenção de um benefício em razão do fornecimento de informações úteis ao Poder Público na realização dos fins previstos em lei. Essa espécie de consensualidade pode ser acompanhada de *avaliação judicial* ou de *homologação judicial*: no primeiro caso, o juiz avalia a prova dos autos e decide que benefícios conceder; no segundo, o juiz tão somente homologa o acordo entre as partes, que definem, *a priori*, a relevância das informações e os benefícios a serem concedidos, podendo, se for o caso, ajustá-lo à juridicidade. Apesar de a voluntariedade no agir ser da essência dessa figura, a exemplo dos clássicos institutos penais da desistência voluntária e do arrependimento eficaz<sup>12</sup>, a colaboração exige um *plus*, vale dizer, que o colaborador forneça informações úteis a outros propósitos correlatos ao ilícito que praticou (v.g.: localização da vítima, individualização de comparsas, descoberta de ilícitos até então desconhecidos etc.).

Na *consensualidade de pura reprimenda*, por sua vez, o autor aceita a imediata imposição de uma restrição em sua esfera jurídica, não sendo necessário que ofereça informações úteis. Para tanto, entende que há atrativos que aconselham uma definição imediata de sua situação jurídica, de modo a evitar a sua exposição às incertezas do processo.

Ao analisarmos a forma como a consensualidade de colaboração e a consensualidade de pura reprimenda se tornam operativas, produzindo efeitos jurídicos válidos, é possível identificar, na realidade brasileira, um traço estrutural, comum a ambas, que somente é afastado a partir de expressa previsão normativa.

<sup>12</sup> O fundamento teórico dessas figuras não é pacífico. A esse respeito, merecem referência a teoria subjetiva, baseada na exigência político-criminal de premiar quem desiste do propósito criminoso (*ponti d'oro al nemico che fugge*); a teoria dos fins da pena, sob o plano dúplice da prevenção geral e da prevenção especial, levando em conta a menor gravidade da conduta e periculosidade do sujeito; a teoria premial ou do mérito, de modo a recompensar o livre e voluntário retorno ao direito, o qual, embora não apague as consequências da conduta já executada, pode minorá-las; e a teoria objetivo-funcional, que, considerando a complementariedade das teorias, identifica a carência de ofensa ao bem jurídico tutelado, ao que se soma o objetivo da pena. Cf. LATTANZI, Giorgio e LUPO, Ernesto. *Codice Penale, vol. II, Il reato, Libro I*, artt. 39-58-bis. Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 991-993.

Trata-se da exigência de participação da autoridade competente para aplicar as sanções alcançadas pelo ajuste celebrado<sup>13</sup>.

### 3.1. Direito Penal

Em sua linha evolutiva, o direito penal brasileiro adotou, em um primeiro momento, a *consensualidade de colaboração*, e, em um momento posterior, a *consensualidade de pura reprimenda*.

A primeira referência à *consensualidade de colaboração* no direito brasileiro, ao menos após a proclamação da República, é encontrada na Lei nº 8.072/1990, também conhecida como Lei dos Crimes Hediondos. Essa figura foi prevista nos arts. 7º e 8º, parágrafo único, desse diploma legal, logo recebendo a alcunha de *“delação premiada”*.

O art. 7º acresceu um § 4º ao art. 159 do Código Penal, de modo que *“se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.”* De acordo com o parágrafo único do seu art. 8º, em se tratando de quadrilha ou bando destinado à prática de crimes hediondos, como tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo, *“o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”*.

Essa nova sistemática era correlata àquela prevista no art. 630 do Código Penal italiano, que previa hipóteses de redução de pena para o criminoso colaborador em se tratando de crime de extorsão mediante sequestro<sup>14</sup>. Esse comando inspirou o legislador brasileiro a inserir, no nosso sistema penal, a figura da colaboração, o que ocorreu com a Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos). Já a Lei nº 689, de 24 de novembro de 1981, tendo como última modificação aquela introduzida pelo Decreto-lei nº 91, de 24 de junho de 2014, convertido na Lei nº 116, de 11 de agosto de 2014, é conhecida

<sup>13</sup> Vide as considerações que apresentamos em momento anterior em “A Consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: Potencial de Incidência no Âmbito da Lei nº 8.429/1992”. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 66, p. 29, out.-dez./2017.

<sup>14</sup> “Art. 630 - Sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione. Chiunque sequestra una persona allo scopo di conseguire, per sé o per altri, un ingiusto profitto come prezzo della liberazione, è punito con la reclusione da venticinque a trenta anni. Se dal sequestro deriva comunque la morte, quale conseguenza non voluta dal reo, della persona sequestrata, il colpevole è punito con la reclusione di anni trenta. Se il colpevole cagiona la morte del sequestrato si applica la pena dell'ergastolo. Al concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera in modo che il soggetto passivo riacquisti la libertà, senza che tale risultato sia conseguenza del prezzo della liberazione, si applicano le pene previste dall'articolo 605. Se tuttavia il soggetto passivo muore. In: conseguenza del sequestro, dopo la liberazione, la pena è della reclusione da sei a quindici anni. Nei confronti del concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera, al di fuori del caso previsto dal comma precedente, per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo a due terzi. Quando ricorre una circostanza attenuante, alla pena prevista dal secondo comma è sostituita la reclusione da venti a ventiquattro anni; alla pena prevista dal terzo comma è sostituita la reclusione da ventiquattro a trenta anni. Se concorrono più circostanze attenuanti, la pena da applicare per effetto delle diminuzioni non può essere inferiore a dieci anni, nell'ipotesi prevista dal secondo comma, ed a quindici anni, nell'ipotesi prevista dal terzo comma. I limiti di pena preveduti nel comma precedente possono essere superati allorché ricorrono le circostanze attenuanti di cui al quinto comma del presente articolo”.

como “*Legge di depenalizzazione*”. Este diploma normativo permitiu a conversão, pelo governo, observados os parâmetros que estabeleceu, de ilícitos penais de pequena lesividade (*reati “bagatellari”*) em ilícitos administrativos, sujeitando os infratores a sanções de idêntica natureza jurídica.<sup>15</sup> O objetivo, como ressaltado por Napolitano e Piccioni<sup>16</sup>, era o de “*ricuperare la natura di extrema ratio della pena*”.

A lei italiana ainda previu, em seu art. 16, a possibilidade de pagamento de valor reduzido (“*pagamento de misura redotta*”), fixado na terça parte do máximo da sanção prevista ou, se mais favorável, no dobro do mínimo da sanção, além das despesas processuais, observados os prazos ali previstos. Não realizado o pagamento, a autoridade competente apreciará o caso, incluindo os argumentos defensivos e a prova produzida, concluindo pela aplicação, ou não, da sanção, com a fixação da respectiva dosimetria.

A consensualidade, na Lei nº 8.072/1990, decorre do recebimento de um benefício penal, consistente na redução de pena, a partir do fornecimento de informações que produzirão algum efeito útil, permitindo o restabelecimento da paz social. Além disso, como o benefício será implementado quando da aplicação da pena, será imperativo o seu deferimento pelo Poder Judiciário, caso seja constatada a presença de uma colaboração que se mostre eficaz.

Apesar dos limitados contornos semânticos dos preceitos introduzidos pela Lei nº 8.072/1990, estão ali previstos os balizamentos dessa espécie de consensualidade inicialmente preponderantes no âmbito do direito penal brasileiro. São quatro os balizamentos:

(a) expressa previsão das infrações penais em que a consensualidade é admitida, quer com indicação da tipologia, quer do limite máximo de pena das infrações penais, o que significa dizer que nem o Ministério Público, *dominus litis* da ação penal, nem o Poder Judiciário poderiam escolher livremente quando utilizar a consensualidade;

(b) anuência do autor da infração penal em oferecer informações úteis à realização de um fim de interesse público, normalmente associado à persecução penal ou à reparação dos efeitos do ilícito;

(c) efeitos da consensualidade em relação à pena a ser aplicada, que têm sido sensivelmente ampliados com o tempo, principiando pela possibilidade de redução, passando pela substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, sem contar a admissão de cumprimento em regime menos gravoso (v.g.: regime aberto ao invés do fechado), bem como a admissão de concessão do próprio perdão judicial;

<sup>15</sup> Foram editados, com esse objetivo, em 15 de janeiro de 2016, o Decreto Legislativo nº 7 (*Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civile*) e o Decreto Legislativo nº 8 (*Disposizioni in materia di depenalizzazione*).

<sup>16</sup> *Depenalizzazione e Decriminalizzazione. Analisi ragionata dei Decreti Legislativi nn. 7 e 8 del 15 gennaio 2016*. Romagna: Maggioli Editore, 2016, p. 21.

(d) imprescindibilidade de apreciação judicial, o que significa dizer que competirá ao Poder Judiciário avaliar a presença dos requisitos exigidos e permitir a fruição, pelo indigitado autor do ilícito, dos benefícios autorizados pela legislação.

Apesar de a Lei nº 8.072/1990 ter introduzido um novo flanco de atuação da persecução penal, muitos colocaram em dúvida a higidez ética e pragmática do novo instrumento. Alguns argumentavam com o não aprofundamento do debate a respeito das consequências que podem “*advir da consagração da traição como regra nas relações humanas*”.<sup>17</sup> Outros com a dificuldade de os delatores sobreviverem no cárcere<sup>18</sup> e a ausência de um serviço de proteção à testemunha estruturado de forma eficiente, de modo a oferecer um mínimo de segurança à efetivação da delação.<sup>19</sup> Críticas à parte, parece-nos que o novo instituto efetivamente contribuiu para a prevenção geral, já que mantém uma espada de Dâmocles sobre a cabeça dos criminosos, os quais sempre correrão o risco de um dos comparsas, cuja conduta criminosa por si só não atesta um padrão de ética e solidariedade humana, vir a colaborar com as autoridades.

O mesmo norte foi trilhado pelos demais diplomas normativos afetos à temática. Ressalte-se, apenas, que o balizamento (a) foi sensivelmente abrandado pela Lei nº 9.807/1999, que disciplina o sistema de proteção de testemunhas e não estabeleceu qualquer restrição, em seus arts. 13 e 14<sup>20</sup>, a respeito das infrações penais em que a colaboração voluntária, com efeitos benéficos ao réu, pode ser efetivada. Com isso, passamos a ter a coexistência de uma disciplina geral, estabelecida pela Lei nº 9.807/1999, e de disciplinas específicas, somente aplicáveis às infrações penais previstas no respectivo diploma normativo. A análise da Lei nº 9.807/1999 denota que os benefícios ali previstos, o perdão judicial e a redução de um a dois terços da pena, são bem similares àqueles oferecidos pelas leis específicas, o que certamente facilita a colaboração no âmbito do direito penal.

As disciplinas específicas, além do disposto na Lei nº 8.072/1990, foram previstas nos seguintes diplomas normativos: (a) Lei nº 9.034/1995, revogada pela Lei nº 12.850/2013, que dispunha sobre as organizações criminosas (art. 6º); (b) Lei nº 9.080/1995, que incluiu um §2º no art. 25 da Lei nº 7.492/1986, diploma este que versa sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional, e um parágrafo único, de

<sup>17</sup> FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. Notas sobre a Lei nº 8.072/90. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 317

<sup>18</sup> Cf. JESUS, Damásio E. de. O prêmio à delação nos crimes hediondos. In: *Boletim do Instituto de Ciências Criminais*, nº 5, junho de 1993.

<sup>19</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 162-163.

<sup>20</sup> Eis o teor dos preceitos: “art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso”; e “art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços”.

conteúdo idêntico, no art. 16 da Lei nº 8.137/1990, que trata dos crimes contra a ordem tributária; (c) Lei nº 9.613/1998, que versa sobre o combate à lavagem de dinheiro (art. 1º, § 5º); e (d) Lei nº 11.343/2006, que dispõe sobre o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes (art. 41).

Ainda merece menção a Medida Provisória nº 2.055/2000, convertida na Lei nº 10.149/2000, que alterou a Lei nº 8.884/1994 e dispôs sobre o acordo de leniência a ser celebrado por autoridades administrativas, nos casos de infração contra a ordem econômica. Esse acordo, mantido pela Lei nº 12.529/2011, que revogou parcialmente a Lei nº 8.884/1994, produz reflexos no plano criminal, acarretando a extinção da punibilidade.

Até então, em todas essas modalidades de consensualidade de colaboração, o acordo entre os envolvidos na prática do ilícito e o Estado se apresentava de maneira escalonada. Em outras palavras: primeiro os envolvidos colaboram e, somente ao fim da relação processual, o Estado-juiz avalia a utilidade dessa colaboração. Trata-se, como se percebe, de situação bem distinta daquela presente em um negócio jurídico nos moldes clássicos, no qual a partes negociam condições e definem, com exatidão, o alcance do ajuste. Uma primeira tentativa de alterar esse quadro sobreveio com a Lei nº 10.409/2005, que versava sobre o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e teve vigência efêmera, já que revogada pela Lei nº 11.343/2006. De acordo com o § 2º do seu art. 32, *“o sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça”*. O § 3º, no entanto, reproduzia o modelo tradicional: *“se o oferecimento da denúncia tiver sido anterior à revelação, eficaz, dos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou da localização do produto, substância ou droga ilícita, o juiz, por proposta do representante do Ministério Público, ao proferir a sentença, poderá deixar de aplicar a pena, ou reduzi-la, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), justificando a sua decisão”*.

A grande modificação somente foi promovida pela Lei nº 12.850/2013, que dispôs sobre as organizações criminosas e conferiu detalhada disciplina à denominada *“colaboração premiada”*. Esse diploma normativo é aplicado às organizações criminosas; às infrações penais correlatas; às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; e às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos.

A colaboração premiada, disciplinada pelos arts. 4º a 7º da Lei nº 12.850/2013, preserva, em suas linhas gerais, os balizamentos (a), (b) e (c) da *consensualidade de colaboração com avaliação judicial*. A principal distinção decorre do fato de as partes definirem, *a priori*, não só o alcance da colaboração como os efeitos que dela advirão, submetendo sua deliberação à *homologação judicial*. Em outras palavras, o juiz inicia sua atividade a partir do arquétipo do justo moldado pelas partes. Nesse caso, *“o juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos*

*legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias”* (art. 4º, § 8º). Essa nova redação, atribuída pela Lei nº 13.964/2019, suprimiu a possibilidade de o juiz “adequar” a proposta ao caso concreto.

Para a realização do interesse público, detalhado nos resultados previstos nos incisos do art. 4º (v.g.: prevenção de infrações e recuperação do produto ou do proveito das infrações), há uma ampla margem de liberdade valorativa na estruturação do acordo, subjetivismo que pode se aproximar da linha limítrofe do arbítrio. Alguns operadores têm previsto, por exemplo, cláusulas de êxito, de modo a abater da multa pactuada valor proporcional ao montante recuperado a partir das informações do colaborador. Apesar das críticas de parte da doutrina, que se insurge contra a prática por inexistir lei expressa autorizando-a<sup>21</sup>, parece razoável defender a sua instrumentalidade em relação aos fins a serem alcançados.

A colaboração é admitida nas fases de investigação, tramitação do processo penal e mesmo após a prolação da sentença, sendo sempre aceita a retratação pelas partes, o que impedirá que as provas autoincriminatórias produzidas sejam utilizadas exclusivamente em seu desfavor. Ainda merece realce a curiosa opção legislativa de inserir o Delegado de Polícia no conceito de “parte”, o que, em rigor lógico, termina por lhe conferir legitimidade processual (anomalia há muito incorporada em nosso sistema com a possibilidade desse agente representar pela decretação da prisão provisória e de outras medidas) e o correlato poder de disposição sobre a acusação (*rectius*: pode representar pelo perdão judicial ainda na fase de inquérito), embora seja o Ministério Público, por imperativo constitucional, o *dominus litis* da ação penal. Esta última possibilidade terminou por ser afastada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>22</sup>.

Vistos os contornos básicos da consensualidade de colaboração, resta analisar a *consensualidade de pura reprimenda*, em que ocorre a imediata aceitação de uma reprimenda, independentemente do fornecimento de qualquer informação útil pelo autor do ilícito, e é largamente utilizada em outros sistemas jurídicos, com especial realce para o norte-americano. Trata-se de técnica de operatividade do próprio sistema, que poderia ser inviabilizado com a persecução penal de toda e qualquer infração.

O grande marco dessa espécie de consensualidade, verdadeira revolução no sistema penal brasileiro, foi alcançado com a promulgação da Lei nº 9.099/1995, que regulamentou o disposto no art. 98, I, da Constituição da República e disciplinou os juizados especiais cíveis e criminais. Ali foi prevista a aplicação, às infrações penais de menor potencial ofensivo, assim consideradas, após o advento da Lei nº 11.313/2006, as contravenções e os crimes cuja pena máxima não seja superior a 2 (dois) anos de prisão: (a) do instituto da composição civil (art. 74), ajuste estabelecido entre o autor do

<sup>21</sup> Cf. DE MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan e BONACCORSI, Daniela Villani. A colaboração por meio do acordo de leniência e seus impactos junto ao processo penal brasileiro – um estudo a partir da “Operação Lava Jato”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 122, set.-out./2016, p. 93 e ss.

<sup>22</sup> O Supremo Tribunal Federal, embora tenha reconhecido a constitucionalidade da competência outorgada ao Delegado de Polícia para celebrar o acordo de colaboração premiada, não admitiu que essa iniciativa afetasse a persecução penal, afeta ao Ministério Público, com a negociação de perdão judicial: STF, ADI nº 5.508/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 20/06/2018, DJe de 05/11/2019.

fato e a vítima que importa em renúncia tácita, por esta última, à ação penal privada e à ação penal pública condicionada à representação; e (b) da transação penal (art. 76), acordo firmado entre o Ministério Público e o autor do fato, no qual este último aceita a imediata imposição de multa ou de pena restritiva de direitos sem que, para tanto, sequer tenha sido oferecida a respectiva denúncia,<sup>23</sup> acrescentando que a medida não está associada ao reconhecimento de culpa ou pressupõe condenação. Além disso, previu a possibilidade de suspensão condicional do processo (art. 89), nas hipóteses em que a pena cominada não seja superior a 2 (dois) anos de prisão, a partir de um ajuste firmado entre o Ministério Público e o réu. No mesmo sentido, dispôs a Lei nº 10.259/2011, que disciplinou os juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal, sendo posteriormente modificada pela Lei nº 11.313/2006. Em todos esses ajustes é inexoravelmente necessária a homologação judicial.

O sistema brasileiro ainda veio a sofrer nova alteração estrutural nos idos de 2017. O curioso é que essa alteração foi promovida por meio de um ato infralegal. Trata-se do art. 18 da Resolução nº 181, do Conselho Nacional do Ministério Público, de 7 de agosto de 2017, publicada em 8 de setembro. Esse preceito, em sua redação original, disciplinou o denominado *“acordo de não persecução penal”*, celebrado pelo Ministério Público com o investigado e seu advogado, o qual, uma vez cumprido, ensejaria a promoção de arquivamento da investigação. Tratava-se de faculdade da Instituição, não de direito subjetivo do réu. Sua celebração exigia que o investigado confessasse a prática da infração penal, praticada sem violência ou grave ameaça à pessoa, indicasse provas de seu cometimento e ainda cumprisse, conforme os termos do acordo, de forma cumulativa, ou não, os seguintes requisitos: *“I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, de modo a gerar resultados práticos equivalentes aos efeitos genéricos da condenação, nos termos e condições estabelecidos pelos artigos 91 e 92 do Código Penal; III – comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail; IV – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; V – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; VI – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada”*. É intuitivo que deveria existir uma relação de proporcionalidade entre esses requisitos e a natureza da infração.

Não era admitida a celebração do acordo quando *“I – for cabível a transação penal, nos termos da lei; II – o dano causado for superior a vinte salários-mínimos ou a parâmetro diverso definido pelo respectivo órgão de coordenação; III – o investigado incorra*

<sup>23</sup> Na sistemática da Lei nº 9.605/1998, a transação, nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, deve ser antecedida de prévia reparação do dano ambiental, conforme dispõe o seu art. 27.

*em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei n. 9.099/95; IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal”.*

Essa mitigação ao princípio da obrigatoriedade avançava em seara estranha à consensualidade até então adotada no sistema penal brasileiro, que jamais prescindiu da homologação do Poder Judiciário. Embora não sejam aplicadas verdadeiras penas, pois o acordo era celebrado e cumprido durante a fase de investigação, somente chegando ao conhecimento do Poder Judiciário com a promoção de arquivamento, havia reflexos diretos e incisivos na persecução penal, reflexos estes que, consoante a legislação vigente, sempre estiveram sujeitos ao crivo do Judiciário. Na sistemática original da Resolução, restaria ao juízo competente analisar a promoção de arquivamento, e, caso entendesse que o acordo era ilegal ou que os requisitos nele estabelecidos não eram suficientes à prevenção penal, geral ou especial, remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça ou à Câmara de Coordenação e Revisão, que poderia insistir no arquivamento ou determinar o prosseguimento das investigações ou o oferecimento de denúncia. O juízo valorativo final, portanto, passava do Poder judiciário ao Ministério Público. O investigado, ademais, poderia cumprir o acordo e ainda ser processado caso o juízo competente rejeitasse o arquivamento e o Procurador-Geral determinasse o oferecimento de denúncia.

O art. 18 da Resolução CNMP nº 181/2017 foi remodelado pela Resolução nº 183/2018. Em relação às inovações, merece referência, em primeiro lugar, a limitação do acordo às infrações penais cuja pena mínima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos. Entre as hipóteses em que não é admitida a celebração do acordo, foram acrescidas o fato de se tratar de crime hediondo ou alcançado pela Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) ou quando o acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Por fim, a principal modificação consistiu na determinação de submissão do acordo, ao Poder Judiciário, antes do seu cumprimento. A palavra final, no entanto, foi mantida no Ministério Público.

Apesar de serem louváveis os objetivos do acordo, era factível que o art. 18 da Resolução CNMP nº 181/2017 avançava em demasia em seara afeta à lei processual penal, o que atrai a competência legislativa privativa da União (CR/1988, art. 24, I), com a necessária participação do Congresso Nacional (CR/1988, art. 48, *caput*). Entender que a edição dessa espécie de norma, por um colegiado destituído de legitimidade democrática, seria possível pelo fato de o poder regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público estar lastreado diretamente na Constituição, sendo um “*poder normativo primário*”, era romper as áreas do inusitado, máxime por estarmos perante um comando que terá reflexos diretos na esfera jurídica individual.

A Lei nº 13.964/2019 inseriu o art. 28-A no Código de Processo Penal e encobriu o acordo de não persecução penal com o manto da legalidade, sendo encampados os contornos básicos estabelecidos pelo regulamento. O acordo será homologado em audiência (§ 4º), mas, caso o juiz entenda que não observa a proporcionalidade, o devolverá ao Ministério Público para a sua reformulação (§ 5º). Essa homologação também poderá ser recusada caso o acordo não atenda aos requisitos legais ou a



reformulação alvitrada não seja promovida (§ 7º). Na hipótese de recusa, os autos serão devolvidos ao Ministério Público para que analise a necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento de denúncia (§ 8º). Uma vez homologado o acordo, os autos serão devolvidos ao Ministério Público para que inicie a sua execução perante o juízo de execução penal (§ 6º): o cumprimento acarretará a extinção da punibilidade (§ 13), enquanto o descumprimento de alguma condição ensejará que seja requerida a sua rescisão pelo juízo, com posterior oferecimento de denúncia (§ 10). A celebração e o cumprimento do acordo não serão considerados para fins de antecedentes criminais, apenas obstando que outro ajuste seja firmado nos cinco anos subsequentes (§ 12). Na hipótese de recusa na formulação da proposta de acordo, o investigado pode requerer a remessa dos autos ao órgão superior, na forma do art. 28 (§ 14).

### 3.2. Direito sancionador cível

A utilização da consensualidade no âmbito da reparação de danos, tanto na tutela individual como na coletiva, há muito é encampada pelo nosso sistema. Um primeiro aspecto a ser analisado é o de que o uso da consensualidade na tutela coletiva em geral é regido por regras próprias, que não se identificam com aquelas afetas à consensualidade no direito sancionador cível. Em verdade, contam com legitimados diversos, procedimentos distintos, e o objetivo da primeira está nitidamente direcionado à prevenção e à reparação, não propriamente à punição.

Como se sabe, a Lei nº 7.347/1985, grande marco do direito brasileiro na tutela dos interesses difusos e coletivos, não contemplou, em sua redação original, a figura do compromisso de ajustamento de conduta. Somente com o advento da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que o previu em seu art. 211, é que ocorreu a sua introdução no direito brasileiro. Pouco depois, o art. 113 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) inseriu um § 6º no art. 5º da Lei nº 7.347/1985, o que permitiu a sua utilização em relação a outros interesses difusos e coletivos.

O compromisso de ajustamento de conduta é um negócio jurídico celebrado, de um lado, por uma estrutura estatal de poder, cognominada de *órgão público* pelo § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, como são os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), o Ministério Público, a Defensoria Pública e os órgãos públicos propriamente ditos, desprovidos de personalidade jurídica e legitimados à propositura de ações coletivas (v.g.: o Procon na defesa do consumidor), e, de outro, o violador, atual ou iminente, de interesses transindividuais. A referência a órgão público indica que organizações da sociedade civil, qualquer que seja a sua natureza jurídica, não podem instar o violador a celebrá-lo.

Questão controversa diz respeito à possibilidade, ou não, de entes da Administração Pública indireta celebrarem ajustes dessa natureza.

Não precisam ser realçadas as dificuldades hermenêuticas que a expressão *órgãos públicos* traz consigo. Em rigor lógico, são centros de competências administrativas, destituídos de personalidade jurídica, que congregam agentes

públicos responsáveis pelo exercício das respectivas competências. A prevalecer esse conceito, sequer os entes federativos poderiam celebrar os ajustes, já que, por terem personalidade jurídica, seriam um *plus* em relação ao mero órgão. É fácil perceber que interpretações extremadas como essa não conduziram a resultados satisfatórios.

A interpretação que conduz a resultados mais razoáveis parece ser a que associa o caráter *público* do órgão ao fato de ser ou estar integrado a uma estrutura estatal de poder, não à personalidade jurídica de direito público da respectiva estrutura estatal de poder ou, no caso de órgão despersonalizado (v.g.: Procon),<sup>24</sup> à personalidade jurídica da mesma estrutura em que inserido. Com isso, assegura-se a paridade entre os *órgãos* legitimados ao ajuizamento da ação civil pública, elencados nos incisos do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, e aqueles legitimados à celebração do compromisso de ajustamento de conduta. Portanto, deve ser admitida a celebração do ajuste por todos os entes da Administração Pública indireta, quer tenham personalidade jurídica de direito público, quer de direito privado.<sup>25</sup> Especificamente em relação às empresas públicas e às sociedades de economia mista, tal não importará em qualquer tratamento privilegiado a esses entes, com a possível afronta ao disposto no art. 173, § 1º, II, da Constituição da República, que estabelece a sua sujeição ao mesmo regime jurídico das sociedades empresárias de direito privado. Afinal, estas últimas não têm legitimidade para a tutela dos interesses transindividuais. Na medida em que empresas públicas e sociedades de economia mista são ontologicamente distintas das associações, quer no plano da constituição, quer no da funcionalidade, não há qualquer incongruência na exclusão destas últimas.

A exemplo dos demais negócios jurídicos, o compromisso de ajustamento de conduta deve preencher os requisitos de validade.<sup>26</sup> As partes devem ser capazes, de modo a exteriorizar livremente a sua vontade, sem qualquer vício de consentimento. A forma, em linha de princípio, é livre, o que não afasta a possibilidade de os órgãos públicos estabelecerem diretrizes internas a respeito de sua estrutura básica. O objeto deve ser lícito, exigindo que as obrigações assumidas ajustem-se à legislação de regência. Sob essa ótica, deve ser utilizado como paradigma o provimento jurisdicional passível de ser obtido ao fim da ação civil pública. Portanto, consoante o art. 3º da Lei nº 7.347/1985, podem ser pactuadas obrigações de dar, ressaltando-se que o numerário

<sup>24</sup> A Lei nº 9.605/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas decorrentes de atividades lesivas ao meio ambiente, autorizou, em seu art. 79-A, que os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA celebrem termo de compromisso.

<sup>25</sup> Nesse sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 328; e BUGALHO, Nelson Roberto. Instrumentos de controle extraprocessual: aspectos relevantes do inquérito civil público, do compromisso de ajustamento de conduta e da recomendação em matéria de proteção do meio ambiente. In: *Revista de Direito Ambiental*, vol. 37, jan.-mar./2005, p. 96 e ss.

<sup>26</sup> Cf. GARCIA, Emerson. Ministério Público. *Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 457.

obtido deve ser endereçado ao fundo referido no art. 13,<sup>27</sup> fazer ou não fazer.<sup>28</sup> Além disso, as obrigações assumidas devem ser líquidas, de modo a não comprometer a sua eficácia, e deve ser cominada multa para a hipótese de inadimplemento.

O compromisso, ademais, deve ser reduzido a termo, dispensa a assinatura de testemunhas e não carece de homologação judicial para a integração de sua eficácia. Essa eficácia, é importante frisar, surge tão logo o termo, formal e materialmente hígido, é firmado. Em se tratando de compromisso firmado pelo Ministério Público, nos autos de inquérito civil, o seu integral cumprimento ensejará a formulação da promoção de arquivamento, pelo órgão de execução com atribuição, a ser apreciada pelo Conselho Superior do Ministério Público, nos termos do art. 9º da Lei nº 7.347/1985. Note-se que a sistemática legal somente permite a deflagração desse instrumento de controle interno com o esgotamento das diligências investigativas e a decisão de não se ajuizar a ação civil pública. Trata-se, portanto, da fiscalização do *non facere*. Em rigor lógico, não compete ao Conselho fiscalizar o *facere*, presente na expedição de recomendação, na celebração de termo de compromisso ou no ajuizamento de ação civil pública. Apesar dessa constatação, não tem sido incomum, em alguns Estados da Federação, a inserção de cláusula, no termo de compromisso, condicionando a sua eficácia à prévia homologação pelo Conselho Superior, o que, aliás, foi expressamente previsto no parágrafo único do art. 112 da Lei Complementar Estadual nº 734/1993, que veiculou a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo. Essa sistemática, conquanto benéfica ao outro pactuante, pois afasta o risco de o colegiado entender que o termo não protegeu a contento o interesse transindividual tutelado, não encontra ressonância na Lei nº 7.347/1985.

O compromisso de ajustamento de conduta tem a natureza de título executivo extrajudicial, nos termos do § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, de modo que qualquer legitimado pode promover a execução forçada, conforme os arts. 778 e 784, XII, do CPC/2015. Diz-se qualquer legitimado por uma razão bem simples: não há vínculo de titularidade entre o legitimado que celebrou o termo de compromisso e o direito material tutelado.

A grande importância desse compromisso reside em evitar a judicialização de questões que podem ser resolvidas a partir da convergência de vontades dos próprios pactuantes. A solução assim obtida tende a ser mais célere e menos traumática para

<sup>27</sup> O Fundo de Defesa de Direitos Difusos foi inicialmente regulamentado pelo Decreto nº 92.302/1986, alterado pelo Decreto nº 96.617/1988 e posteriormente revogado pelo Decreto nº 1.306/1994. A Lei nº 9.008/1995 criou, na estrutura do Ministério da Justiça, o Conselho Federal a que se refere o art. 13 da Lei nº 7.347/1985, e dispôs sobre a origem das receitas do fundo e suas finalidades. Dentre as fontes de receitas previstas no art. 2º da Lei nº 9.008/1995, não há referência expressa àquelas associadas aos compromissos de ajustamento de conduta. Apesar disso, a doutrina, corretamente, tem se posicionado nesse sentido. Afinal, a funcionalidade dessas receitas há de ser a mesma daquelas decorrentes de condenação judicial, daí a razão de convergirem para o mesmo Fundo. *Vide*: MILARÉ, Édis, SETZER, Joana e CASTANHO, Renata. O Compromisso de Ajustamento de Conduta e o Fundo de Defesa de Direitos Difusos. *In: Revista de Direito Ambiental*, vol. 38, abr.-jun./2005, p. 9 e ss.

<sup>28</sup> O STJ considerou ilegal o termo de ajustamento de conduta em que foi pactuada obrigação de dar diversa da entrega de recursos ao fundo a que se refere o art. 13 da Lei n. 7.347/1985: 1ª T., REsp nº 802.060/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. em 17/12/2009, DJe de 22/02/2010.

todos, máxime para o violador do direito transindividual, que pode ter, entre outras vantagens, prazos mais compatíveis com a sua realidade para o cumprimento da obrigação. Foi justamente essa constatação que conduziu à mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação civil pública, possibilitando seja alcançado o mesmo resultado útil por instrumento diverso. A busca por esse resultado útil, ainda que trilhada por percursos distintos, é direcionada pelo princípio da indisponibilidade do interesse.

O termo assume feição híbrida: no que diz respeito ao direito material, atua como mero ato de reconhecimento de uma obrigação preexistente e que pode vir a ser reconhecida por sentença judicial (v.g.: o dever jurídico de reflorestar uma área, de cessar uma prática comercial abusiva etc.), quanto aos aspectos periféricos, consubstancia verdadeira transação.

Caso outro coletivamente entenda que o termo de compromisso não se mostra suficiente à proteção dos interesses transindividuais, é possível que venha a requerer em juízo as medidas que, em sua visão, sejam necessárias à tutela desses interesses.<sup>29</sup> Se o termo afrontá-los, ao invés de protegê-los, pode pleitear a sua própria anulação, o que pressupõe a demonstração de um vício de juridicidade no negócio jurídico. Apesar de o celebrante do termo atuar como substituto processual, o que autorizaria o entendimento de que os efeitos dos seus atos se estenderiam aos demais substitutos em potencial, a hipótese comporta reflexões suplementares. Como é reconhecida, em relação aos órgãos públicos, a legitimidade concorrente para a celebração do termo e para a propositura da ação, ao que se soma a constatação de que a *ratio* dessa atuação é preservar o interesse social, não nos parece adequado permitir que termos circundados de atecnia ou mesmo de má-fé possam transmutar em disponível aquilo que, em essência, é indisponível. Entendimento contrário, ademais, permitiria fossem afastadas da apreciação do Poder Judiciário lesões de monta a direitos de indiscutível importância para o organismo social<sup>30</sup>.

Não se admite, no entanto, que o objetivo de retirar a eficácia do termo de compromisso de ajustamento de conduta seja alcançado de maneira indireta, por outro legitimado, com a assinatura de termo distinto, com conteúdo diverso do anterior.

A funcionalidade do termo de compromisso de conduta, como se disse, é a de evitar a violação ou recompor o bem jurídico tutelado. O seu objetivo não é propriamente o de reduzir a esfera jurídica individual, o que denota profunda distinção em relação à consensualidade de colaboração ou de pura reprimenda afeta ao direito sancionador propriamente dito. Essa premissa certamente facilita a compreensão do art. 5º, LXXIII, da Constituição da República, que autoriza o ajuizamento da ação popular, por qualquer cidadão, para anular ato lesivo ao patrimônio público, e do art. 1º, VIII, da

<sup>29</sup> O CPC/2015, em seu art. 785, admite, expressamente, a opção pelo processo de conhecimento quando a parte já dispuser do título executivo extrajudicial. Não haverá que se falar, portanto, em falta de interesse processual, como já defendido (vide: MAZZILLI. *Compromisso...*, p. 93 e ss.).

<sup>30</sup> Nesse sentido: STJ, 2ª T., REsp. nº 265.300/MG, rel. Min. Humberto Martins, j. em 21/09/2006, DJ de 02/10/2006. Esse Tribunal, aliás, já entendeu ser possível o ajuizamento de ação popular para impugnar acordo judicial, celebrado pelo Ministério Público no curso de ação civil pública, que se entendeu lesivo ao patrimônio público: 1ª T., REsp nº 450.431/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. em 18/09/2003, DJU de 20/10/2003.

7.347/1985, com a redação dada pela Lei nº 13.004/2014, segundo o qual “*regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais*” causados “*ao patrimônio público e social*”. Essa responsabilização, como é intuitivo, é a *cível stricto sensu*, calcada no referencial de reparação; não a *cível lato sensu*, afeta ao direito sancionador *cível* ou direito sancionador extrapenal judicial *cível lato sensu*. Portanto, apesar de o termo de ajustamento de conduta estar previsto no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985, ele não se presta à consensualidade de colaboração ou de pura reprimenda. Se o objetivo de algum operador do direito for utilizá-lo, fá-lo-á com base em norma diversa que não essa.

Apesar disso, ainda que o termo de ajustamento não possa incursionar no direito sancionador propriamente dito, é perfeitamente defensável a tese de que pode adentrar na seara da reparação ou da recomposição, ainda que seja formalmente cognominada de sanção. É o que ocorre, por exemplo, com a reparação do dano e a perda de bens ou valores adquiridos ilícitamente. Como o termo não é suficiente para afastar o ilícito e a sanção correlata, ainda que o infrator venha a celebrá-lo, não ficará livre das medidas (*rectius*: sanções propriamente ditas) que restrinjam a sua esfera jurídica. O termo será um acordo integrativo, não substitutivo da sanção cominada.

No âmbito do direito sancionador *cível*, a Lei nº 8.429/1992, em seu art. 17, § 1º, vedava expressamente a celebração de “*transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput*”. Na medida em que a consensualidade se espriava pelo direito penal e, como veremos, pelo direito sancionador administrativo, foi natural o surgimento do entendimento que apregoava a total erosão da força normativa desse preceito, que teria sido tacitamente revogado pelo sistema em que inserido. Esse entendimento era sistemicamente defensável, apesar das corruptelas argumentativas, como a de que o § 4º do art. 36 da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), que apenas tratava de uma contenda entre estruturas estatais de poder, exigindo que o acordo eventualmente celebrado, com reflexos em uma ação de improbidade administrativa, fosse homologado pelo juízo em que tramitava esta demanda (v.g.: na ação de improbidade administrativa ajuizada em face do agente público, discutia-se a causação de dano ao patrimônio público no montante x, enquanto o acordo entre as estruturas estatais estatuiria que o dano não ocorra ou que o seu montante era y). A Medida Provisória nº 703/2015 chegou a promover a revogação expressa desse preceito, mas perdeu a eficácia pelo decurso do tempo.

Remontam a esse momento as iniciativas adotadas em diversas unidades do Ministério Público, no sentido de que o termo de compromisso de ajustamento de conduta poderia ser utilizado no âmbito da improbidade administrativa. O principal reflexo desse entendimento, preconizado pelo próprio Conselho Nacional do Ministério Público na Resolução nº 179 (art. 1º, § 2º), era o de que o resultado do ajuste consistia na formação de um título executivo extrajudicial, o que terminava por atrair o uso de subterfúgios que permitissem a incidência das sanções de suspensão dos direitos políticos e de perda da função pública, para as quais é exigido o trânsito em julgado da

sentença condenatória (Lei nº 8.429/1992, art. 20, *caput*). Os subterfúgios normalmente consistiam na previsão de que o agente público “renunciava” a esses direitos.

O uso do termo de ajustamento de conduta nessa seara, a exemplo de toda e qualquer adaptação, trazia complicadores. Ainda que o diálogo entre as fontes seja algo não só desejável, como produtivo, o que valoriza o caráter sistêmico do direito e evita rupturas em uma concepção mais alargada de isonomia, ele não pode chegar ao extremo de desestruturar o próprio sistema. Explica-se: a existência de instâncias independentes não permite que requisitos, instrumentos e consequências afetadas a uma seara sejam livremente transpostas para outra. Esse obrar, longe de ser um “diálogo”, seria verdadeira “violência sistêmica”, máxime quando o operador do direito não tivesse nenhum balizamento legal, repita-se, nenhum, para definir os efeitos da consensualidade no sistema em que seria inserida. Nesse caso, o novo “sistema”, se é que podemos cognominá-lo como tal, seria criado *ab ovo* pelo intérprete<sup>31</sup>. Essa constatação, por certo, não representa qualquer óbice a que a reparação do dano e a perda dos bens adquiridos ilícitamente seja objeto de termo de ajustamento de conduta. Afinal, ontologicamente, não consubstanciam verdadeiras sanções, buscando apenas a recomposição do *status quo*.

O grande problema da adaptação, em verdade, decorria da ausência de balizamentos sistêmicos, a exemplo da legitimidade para a celebração do acordo, o que era particularmente relevante ao lembrarmos que tanto o Ministério Público como a pessoa jurídica lesada podem ajuizar as ações; dos ilícitos em que seria cabível o ajuste; das sanções que poderiam ser, ou não, negociadas; e, o mais importante, o procedimento a ser seguido. É neste último plano que se insere a discussão em torno da necessidade de homologação judicial, o que decorre da constatação de que somente o juiz pode aplicar as sanções previstas na Lei nº 8.429/1992. Essa necessidade, no entanto, foi simplesmente afastada pela maioria dos atos regulamentares editados no âmbito do Ministério Público. A Lei nº 13.964/2019 não só afastou a vedação para a celebração de acordos, como instituiu ajuste específico, o acordo de não persecução cível, que será objeto de análise em tópico próprio.

O curioso é que, apesar da superveniência de lei instituindo o acordo de não persecução cível no âmbito da improbidade administrativa, há quem afirme que, à mingua de revogação expressa, o art. 1º, § 2º, da Resolução CNMP nº 179/2017, que admite a celebração do termo de ajustamento de conduta, continua em vigor. A esse respeito, é de bom alvitre a leitura da parte final do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *verbis*: “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.” Caso se conclua, ao fim da investigação, que a conduta praticada não configura ato de improbidade administrativa, mas que existem aspectos afetados a interesses difusos e coletivos que devem ser protegidos, será possível

<sup>31</sup> Também se posicionando em sentido contrário à utilização da colaboração premiada no âmbito da improbidade administrativa, mas admitindo a utilização dos elementos probatórios obtidos em outras instâncias de responsabilização, *vide*: ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa...*, p. 914-916.

a celebração de termo de ajustamento de conduta, não de acordo de não persecução cível. Este último ajuste, à evidência, pressupõe a existência de indícios efetivos da prática do ato de improbidade administrativa, a exemplo do que é exigido, no âmbito do acordo de não persecução criminal, em relação ao crime.

Enquanto a Lei nº 8.429/1992 vedava a celebração de acordos, a Lei nº 12.846/2013 os admitia expressamente, o que contribuía, em muito, para aumentar o sentimento de que a vedação era incongruente. Esse diploma legal dispôs sobre a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, nos planos administrativo e cível, pela prática de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira. Estatuiu, em seu art. 5º, uma unidade de tipologia, que seria aplicada indistintamente nas duas esferas de responsabilização, daí decorrendo, conforme o caso, a aplicação de sanções administrativas ou de sanções cíveis, estas últimas da alçada de um juiz, sem prejuízo daquelas previstas na Lei nº 8.429/1992.

Além de detalhar sujeitos, tipologia, sanções e o processo administrativo e judicial, a Lei nº 12.846/2013 também dispôs, em seu art. 16, sobre o *acordo de leniência* no âmbito do processo administrativo sancionador, podendo ser celebrado pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública. Essa competência, no âmbito do Poder Executivo Federal, é concentrada na Controladoria-Geral da União, o mesmo ocorrendo em relação aos atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira. O objetivo é o de suavizar as consequências do ilícito em razão da colaboração do respectivo autor.

Os contornos gerais desse acordo se ajustam ao modelo de consensualidade de colaboração e se projetarão no plano administrativo, isentando a pessoa jurídica da sanção de publicação extraordinária da decisão condenatória e reduzindo em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável, e no plano jurisdicional, afastando a proibição de receber incentivos, subsídios, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público. Nesse caso, estamos perante uma exceção ao traço estrutural a que temos nos referido, sendo permitido que o acordo celebrado produza efeitos sem ser homologado pela autoridade competente para aplicar as sanções cíveis, *in casu*, o juiz.

A Lei nº 12.846/2013 também autorizou, em seu art. 17, que a Administração Pública celebrasse acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática dos ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

A limitação dos efeitos do acordo de leniência ao processo administrativo destinado à apuração de responsabilidades com base na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 12.846/2013, bem como ao processo judicial voltado à aplicação das sanções previstas neste último diploma legal, indica uma opção consciente de não estendê-lo a outras esferas de responsabilização. Esse aspecto torna-se bem nítido ao observarmos o teor do art. 30, I, da Lei nº 12.846/2013, segundo o qual a aplicação das sanções previstas neste diploma legal "*não afeta os processos de responsabilização e aplicação*

*de penalidades decorrentes" de "ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992".*

Apesar de a Lei nº 12.846/2013 somente fazer menção à celebração do acordo de leniência pela Administração Pública, é argumentativamente defensável a tese de que o Ministério Público também poderia celebrá-lo. A uma, o acordo de leniência tem como efeito afastar a aplicação de uma das sanções passíveis de serem aplicadas no processo judicial, aquela prevista no art. 19, IV, sendo o Ministério Público um dos legitimados ao ajuizamento da ação civil. A duas, como é possível a aplicação, no processo judicial, das sanções administrativas previstas no art. 6º, se houver omissão da autoridade competente para promover a responsabilização administrativa, conforme prevê o art. 20, nada impediria que o Ministério Público celebrasse o acordo com o objetivo de obter informações úteis à persecução do ilícito. A três, a celebração do acordo é perfeitamente compatível com as funções institucionais do Ministério Público, instrumentalizando-as. Apesar disso, parece-nos que essa possibilidade assumirá contornos subsidiários. Afinal, os principais efeitos do acordo se apresentam no plano administrativo, com a redução de uma sanção, a multa, e a supressão de outra, a publicação extraordinária da decisão, e o Ministério Público não poderia impedir, com a sua iniciativa, a instauração do processo administrativo pela autoridade competente. Outro aspecto digno de nota é o de que o Ministério Público não poderia simplesmente utilizar o invólucro cognominado de "*acordo de leniência*" e atribuir-lhe qualquer conteúdo. O conteúdo há de ser, sempre e sempre, aquele previsto em lei.

### 3.3. Direito sancionador administrativo

No direito brasileiro, o uso da consensualidade no âmbito do direito sancionador administrativo foi inicialmente contextualizado na defesa da ordem econômica. São utilizados basicamente dois instrumentos, com predomínio da consensualidade, no combate às práticas lesivas à concorrência: o acordo de leniência e o compromisso de cessação de conduta, opções que se oferecem para evitar a tramitação do processo administrativo regular, em que é possível a aplicação de sanção ao final.

O acordo de leniência foi introduzido pela Medida Provisória nº 2.055, de 11 de agosto de 2000, reeditada quatro vezes até ser convertida na Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000. Este diploma normativo alterou a Lei nº 8.884/1994, que criara o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e dispusera sobre as infrações contra a ordem econômica, para autorizar, no art. 35-B, a celebração de acordo visando à extinção da ação punitiva da Administração Pública ou à redução da penalidade aplicável à pessoa física ou jurídica autora da infração, neste último caso, desde que fosse a primeira a procurar as autoridades e efetivamente colaborasse para a identificação dos demais envolvidos. Trata-se de uma "*corrida para tocar o sino (ring the bell)*"<sup>32</sup>, de modo a incentivar a colaboração com as autoridades. O benefício,

<sup>32</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O acordo de leniência na Lei Anticorrupção. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 947, set./2014, p. 157 e ss.



no entanto, não alcança aqueles que “tenham estado à frente da conduta tida como infracionária”, mas seria extensivo aos dirigentes e administradores que firmassem o mesmo instrumento.

O acordo seria celebrado pela União, por intermédio da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, e não se sujeitaria à homologação do CADE, que deveria apenas seguir os seus termos.

O art. 35-C, por sua vez, dispôs expressamente sobre a interpenetração entre as instâncias penal e administrativa ao estatuir que, nos crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei nº 8.137/1990, a celebração do acordo de leniência acarretaria a suspensão do prazo prescricional e impediria o oferecimento da denúncia. Cumprido o acordo, seria extinta a punibilidade.

Em momento posterior, a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, revogou dispositivos da Lei nº 8.884/1994 e passou a disciplinar a matéria em seus arts. 86 e 87. O acordo de leniência, doravante, passou a ser celebrado pelo CADE, por intermédio de sua Superintendência-Geral, e os seus efeitos seriam analisados pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, órgão também vinculado à autarquia. Os seus efeitos, ademais, além de se projetarem sobre os crimes tipificados na Lei nº 8.137/1990, também alcançariam aqueles tipificados na Lei nº 8.666/1993 e no art. 288 do Código Penal. O acordo, portanto, produz efeitos administrativos e penais. Trata-se de marcante exceção a um traço estrutural do direito sancionador brasileiro, o de que a autoridade competente para aplicar sanções também o é para homologar os acordos que lhes digam respeito.

É no mínimo duvidosa a constitucionalidade do comando legal que transfere a autoridade administrativa que não o Ministério Público, titular da ação penal, conforme o art. 129, I, da Constituição de 1988, o juízo valorativo a respeito da extinção da punibilidade de uma infração penal. A punibilidade da infração penal é inerente à sua tipificação e conseqüente cominação da sanção para aqueles que a praticarem, o que permite concluir que é alcançada pelo princípio da legalidade penal, extraído da regra do art. 5º, XXXIX, da Constituição de 1988, segundo o qual “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. Quando a lei atribui efeitos penais a um acordo direcionado por influxos de conveniência e oportunidade, inerentes à decisão de celebrá-lo, ou não, é evidente a transferência, do plano legal para o administrativo, de uma sistemática nitidamente afeta ao primeiro. A lei pode estabelecer as causas de extinção da punibilidade, já que a própria ação penal é promovida “*na forma da lei*”, conforme o referido art. 129, I, mas não parece possível que a lei transfira ao CADE o poder decisório a esse respeito<sup>33 34</sup>.

<sup>33</sup> Em sentido contrário, defendendo a constitucionalidade dessa causa extintiva da punibilidade com base no argumento de que a ação penal é ajuizada “*na forma da lei*”, que pode mitigar a sua obrigatoriedade, bem como que referida extinção não decorre de decisão administrativa do CADE, mas da lei, *vide*: MAZZUCATO, Paolo Zupo. Acordo de Leniência: Questões Controversas sobre o Art. 35-C da Lei Antitruste. *In: Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 17, jan.-jun./2010, p. 169 e ss.

<sup>34</sup> Não é incomum que se busque contornar a tese da inconstitucionalidade, incluindo-se o Ministério Público Federal ou Estadual, conforme o caso, como signatário do respectivo acordo de leniência. *Cf.*

A disciplina do acordo de leniência no direito brasileiro ainda apresenta outro complicador em termos de previsibilidade de suas consequências em relação ao colaborador. Trata-se da possibilidade de os documentos que lastrearam o acordo serem utilizados em outra instância de responsabilização a partir de requisição judicial. Tal pode ocorrer caso sejam ajuizadas ações civis de reparação dos danos causados pelo cartel, o que torna a posição jurídica do colaborador particularmente frágil, inclusive por ter expressamente reconhecido a prática do ilícito. Apesar de sua relevância, a matéria não foi disciplinada na Lei nº 12.529/2011, inexistindo qualquer isenção de responsabilidade para o colaborador<sup>35</sup>. No direito europeu, o Tribunal de Justiça da União Europeia já decidiu que caberia aos juizes nacionais valorar os fatos e alcançar o equilíbrio possível entre o direito à reparação dos danos causados pelo cartel e a efetividade do acordo de leniência, ponderando, com isso, os interesses protegidos pelo direito da União<sup>36</sup>.

O segundo instrumento utilizado é o compromisso de cessação de conduta, introduzido no sistema jurídico brasileiro pelo Decreto nº 92.323/1986, que regulamentou a Lei nº 4.137/1962, posteriormente revogada pela Lei nº 8.884/1994. O referido Decreto, sob cuja égide não foi celebrado nenhum compromisso de cessação, ainda foi sucedido pelo de nº 36/1991, que também não produziu qualquer efeito prático, já que ambos não detalhavam o procedimento a ser seguido na celebração do compromisso ou os incentivos para que o administrado o celebrasse<sup>37</sup>.

Nova disciplina foi veiculada pelo art. 53 da Lei nº 8.884/1994, sendo inicialmente regulamentado pela Resolução nº 46 do CADE. Nesse instrumento, a pessoa jurídica sob investigação por infração à ordem econômica acordava, com o CADE ou com a Secretaria de Desenvolvimento Econômico, *ad referendum* do CADE, a cessação de sua conduta, sem olvidar a necessidade de reconhecimento da prática do ilícito, exigência esta sempre inserida nos acordos, apesar do silêncio da legislação<sup>38</sup>. Esse reconhecimento, é importante frisar, parte da premissa de que o compromisso de

DRAGO. Acordos de Leniência... In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 14, jan./2007, p. 49; DE CAMPOS, Marcos Vinícius (coordenador). Painel I – cartéis: interface administrativa e criminal. In: *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 14, jan./2007, p. 19 e ss.; SILVA E SOUZA, Nayara Mendonça. Mecanismos de Proteção ao Programa de Leniência Brasileiro. In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 26, jul.-dez./2014, p. 115 e ss.; RIBEIRO, Amadeu e NOVIS, Maria Eugênia. Programa Brasileiro de Leniência: Evolução, Efetividade e Possíveis Aperfeiçoamentos. In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 17, jan.-jun./2010, p. 147 e ss.; e RODAS, João Grandino. Acordos de Leniência em Direito Concorrencial. Práticas e Recomendações. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 862, ago./2007, p. 22 e ss.

<sup>35</sup> Cf. SILVA E SOUZA. Mecanismos de Proteção.... In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 26, jul.-dez./2014, p. 115 e ss.

<sup>36</sup> Grande Seção, Processo C-360/2009 (Caso Pfeider), j. em 14/06/2011, in ECLI:EU:C:2011:389; e 1ª Seção, Processo nº C-536/2011 (Caso Donau Chemie), j. em 06/06/2013, in ECLI:EU:C:2013:366.

<sup>37</sup> Cf. SAITO, Carolina. O Termo de Compromisso de Cessão de Prática e o Reconhecimento de Culpa. In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 20, jun.-dez./2011, p. 13 e ss.

<sup>38</sup> Cf. VICENTINI, Pedro C. E. A Confissão de Culpa nos Termos de Compromisso de Cessação: Requisito Essencial ou Prescindível, Face ao Programa de Leniência? In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 17, jan.-jun./2010, p. 252 e ss. No entender desse autor, a confissão de culpa pode integrar o termo de cessação de conduta, mas não é indispensável à sua celebração, mesmo nos processos em que o acordo de leniência tenha sido celebrado.

cessação de conduta, celebrado após o início das investigações, não pode ser mais benéfico para o investigado que o acordo de leniência, no qual confessa a culpa e apresenta provas a respeito da conduta de outros participantes. A Administração deixa de dar seguimento ao processo administrativo direcionado à aplicação da sanção enquanto o acordo estiver sendo cumprido<sup>39</sup>. A Lei nº 10.149/2000 alterou a Lei nº 8.884/1994 e vedou a celebração desse ajuste em se tratando de cartel, restrição eliminada pela Lei nº 11.482/2007, que previu a necessidade de ser recolhida, quando cabível, “*contribuição pecuniária*” para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, sem contar a cominação de multa para a hipótese de inadimplemento. O termo poderia ser celebrado até o início da sessão de julgamento do processo administrativo e constituiria título executivo extrajudicial, a exemplo, aliás, do termo de ajustamento de conduta passível de ser celebrado, por alguns legitimados, no âmbito do processo coletivo.

Com o advento da Lei nº 12.529/2011, o termo de compromisso de cessação passou a ser disciplinado em seu art. 85, devidamente integrado pelos arts. 184 e seguintes do Regimento Interno do CADE. Além de ser celebrado exclusivamente por esta autarquia, não produz efeitos na seara penal, o que somente é alcançado com a celebração do acordo de leniência<sup>40</sup>. Não é necessário, ademais, o fornecimento de quaisquer informações a respeito da prática de ilícitos por terceiros<sup>41</sup>, tendo abrangência sensivelmente inferior ao acordo de leniência<sup>42</sup>.

Instrumento similar também foi previsto na Lei nº 6.385/1976, a partir das modificações introduzidas pela Lei nº 9.457/1997 e, posteriormente, pela Lei nº 10.303/2011. De acordo com o art. 11 do referido diploma legal, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) poderia celebrar, com os infratores das normas afetas ao mercado de valores mobiliários, termo de compromisso, condicionado à cessação da prática, correção das irregularidades e indenização dos prejuízos<sup>43</sup>. O cumprimento desse termo, que constitui título executivo extrajudicial, afasta a aplicação das sanções previstas. Esse sistema sofreu novas modificações com a Medida Provisória nº 784/2017, com vigência encerrada ao fim do prazo constitucional e que autorizou, em seu art. 35, a celebração do acordo de leniência pela CVM. A Lei nº 13.506/2017 encampou a mesma ideia e autorizou a celebração do “*acordo administrativo em processo de supervisão*” pela CVM (arts. 33 e 34). Suas premissas estão baseadas na colaboração

<sup>39</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. *Compromisso de cessação e compromisso de desempenho na lei antitruste brasileira: parecer publicado em junho de 2001*. In: GRAU, Eros Roberto e FORGIONI, Paula Ana. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 229 (232-233).

<sup>40</sup> Cf. MENDRONI, Marcelo Batlouni; e FARINA, Fernanda Mercier Querido. Alterações Penais da Nova Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 927, jan./2013, p. 159.

<sup>41</sup> Cf. CORDOVA, Danilo Ferraz; LOPES e Mariana Rebuzzi Sarcinelli. Política de Combate aos Cartéis: os Acordos de Leniência, O Tempo de Compromisso de Cessão e a Lei nº 11.482/2007. In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 15, jan./2007, p. 45.

<sup>42</sup> Cf. SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O Acordo de Leniência: Avanço ou Precipitação? In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 8, jan./2001, p. 137 e ss.

<sup>43</sup> Sobre as semelhanças do instrumento de consensualidade previsto na Lei nº 9.457/1997 e o *consent decree* do direito norte-americano, vide: DE MORAES, Luiza Rangel. Considerações sobre o *consent decree* e sua aplicação no âmbito da disciplina do mercado de valores mobiliários. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 4, jan.-abr./1999, p. 99 e ss.

do infrator para a identificação dos demais envolvidos e a colheita de provas que comprovem os fatos, sendo necessária a confissão da prática do ilícito. O efeito será a extinção da ação punitiva ou a redução da pena. O acordo foi regulamentado pela instrução CVM nº 607/2019 e detalhado pela Portaria CVM/PTE/nº 109/2019, em vigor a partir de 1º de setembro de 2019. O mesmo acordo foi instituído pela Lei nº 13.506/2017 no âmbito do Banco Central.

No âmbito do direito regulador, observa-se, inicialmente, uma ampla liberdade valorativa das agências reguladoras no estabelecimento de padrões de conduta e no exercício do poder de polícia, inclusive com a aplicação de sanções que se mostrem compatíveis com o potencial lesivo do ilícito praticado. Essas agências, que já ultrapassam a dezena, não têm recebido uma uniformidade de tratamento no plano legislativo, o que se projeta sobre os instrumentos de consensualidade postos à sua disposição. A peculiaridade é que as lacunas legislativas não têm impedido que muitas delas editem atos normativos infralegais reconhecendo a possibilidade de celebrarem ajustes, os quais, pelo menor caráter impositivo e maior potencial de satisfação, têm recebido de parte da doutrina a denominação de *soft regulation* (regulação fraca). É o que foi feito, por exemplo, pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que editou a Resolução Normativa nº 63/2004, cujo art. 21 previu a possibilidade de celebração de termo de compromisso de ajuste de conduta *“alternativamente à imposição de penalidade,”* tendo por objetivo mor a adequação da conduta à juridicidade. O mesmo foi feito pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), por meio da Resolução nº 3259/2014 (arts. 83 a 87); e pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), por meio da Resolução nº 629/2013 (art. 1º e ss.). Deve-se observar que as agências reguladoras são responsáveis pela definição de parte dos ilícitos passíveis de serem praticados pelas respectivas operadoras, não se ajustando à lógica binária da previsão legal do ilícito e da sanção, que tem caracterizado o direito sancionador administrativo<sup>44</sup>.

A única agência reguladora que conta com norma legal expressa a respeito da consensualidade no plano do direito sancionador é a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANSS). A Lei nº 9.656/1998, em seus arts. 29 e 29-A, dispõe sobre o *“termo de compromisso de ajuste de conduta”*, que pode se assemelhar ao termo de cessação de conduta anteriormente visto ou ao homônimo, largamente utilizado na tutela coletiva, que ainda será objeto de análise. No primeiro caso, disciplinado no art. 29, exige-se a cessação da conduta e a correção das irregularidades, inclusive com a indenização dos prejuízos. Deve prever multa para a hipótese de inobservância e tem a natureza jurídica de título executivo extrajudicial. Uma vez cumprido, acarreta a extinção do processo administrativo, não sendo aplicada qualquer penalidade ao operador ou prestador

<sup>44</sup> De acordo com o art. 173 da Lei nº 9.472/1994, *“a infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis”,* incluídos sob esta última epígrafe os padrões normativos editados pela própria ANATEL, *“sujeitará os infratores às seguintes sanções”:* advertência, multa, suspensão temporária, caducidade e declaração de inidoneidade. Ao aplicar as sanções, a ANATEL, conforme o art. 176, deve considerar *“a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência específica”.*

do serviço. No segundo caso, previsto no art. 29-A, é celebrado com o objetivo de assegurar a qualidade dos serviços de assistência à saúde, não podendo acarretar restrição de direitos do usuário. Como se percebe, no art. 29 da Lei nº 9.656/1998, o termo é celebrado no âmbito do direito sancionador administrativo; já no âmbito do art. 29-A, almeja-se, apenas, que uma conduta seja ajustada à juridicidade. Não há dúvidas, aliás, de que este último, em razão dos amplos termos da legislação afeta à proteção dos interesses difusos e coletivos, especialmente em razão do disposto no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985, pode ser utilizado por qualquer agência reguladora.

Apesar da ausência de previsão legal da consensualidade no direito sancionador manejado pelas agências reguladoras que não a ANSS, é factível que a aplicação antecipada de sanções, a partir de aquiescência expressa do ente que integra o setor regulado, ou mesmo o mero ajuste da conduta, de modo a melhor atender às exigências do mercado e ao interesse social, não configuram qualquer ruptura sistêmica. Afinal, a deliberação, nesse caso, será realizada pelo próprio órgão responsável pelo monitoramento do setor e pela resolução do processo administrativo.

Por fim, a Lei nº 13.506/2017, antecedida pela Medida Provisória nº 784/2017, que teve sua eficácia cessada pelo decurso do tempo, dispôs sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil, tendo previsto a possibilidade de ser firmado termo de compromisso com a instituição financeira (arts. 11 a 15) ou acordo administrativo em processo de supervisão com pessoas físicas ou jurídicas (arts. 30 a 32), em razão da prática de infrações contra o sistema financeiro.

No termo de compromisso, a instituição financeira assume o compromisso de cessar a prática, corrigir as irregularidades e cumprir as demais condições acordadas, com obrigatório recolhimento de contribuição pecuniária. O termo constitui título executivo extrajudicial e não importa em confissão do ilícito, devendo ser publicado no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil. Durante a vigência do termo, ficam suspensos os prazos de prescrição de que trata a Lei nº 9.873/1999, que estabelece os prazos para a ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta. O cumprimento do termo somente produzirá efeitos na esfera de atuação do Banco Central, que deve comunicar ao Ministério Público os ilícitos que detectar, sem prejuízo do dever de atender às requisições que lhe sejam encaminhadas.

No acordo administrativo em processo de supervisão, passível de ser celebrado com pessoas físicas ou jurídicas, deve haver confissão do ilícito e efetiva colaboração para a apuração dos fatos, incluindo a identificação dos demais envolvidos, daí resultando a extinção da punibilidade ou a redução das sanções aplicáveis na esfera de atuação do Banco Central. Não há, portanto, reflexos nas demais instâncias de responsabilização. A celebração do acordo, que deve ser publicado no sítio do Banco Central, suspende o prazo prescricional no âmbito administrativo em relação ao agente que o celebrou e, uma vez cumpridos os seus termos, impede a celebração de novo acordo por três anos. Também aqui o Banco Central deve realizar as comunicações devidas ao Ministério Público e atender às requisições que receber.

A sistemática adotada no direito sancionador administrativo não deixa margem a dúvidas de que, na realidade brasileira, o órgão competente para aplicar sanções dessa natureza deve necessariamente anuir com o acordo, dando-lhe feições finais, quer para afastá-las, quer para definir os seus aspetos qualitativo e quantitativo.

#### 4. Origem do acordo de não persecução cível

O acordo de não persecução cível, como já dissemos em mais de uma ocasião, foi inserido na ordem jurídica brasileira pela Lei nº 13.964/2019, que veiculou o Pacote Anticrime.

Sua origem é o PL nº 882/2019, apresentado pelo Poder Executivo em 19 de fevereiro de 2019. Em seu art. 6º, alterava o § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 para dispor que *“a transação, o acordo ou a conciliação nas ações de que trata este artigo poderão ser celebradas por meio de acordo de colaboração ou de leniência, de termo de ajustamento de conduta ou de termo de cessação de conduta, com aplicação, no que couber, das regras previstas na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013”*. É fácil perceber, pelos termos do preceito, a ausência de qualquer rigor científico no trato dos institutos mencionados. Eram aleatoriamente previstos instrumentos com funcionalidades bem distintas, como o termo de ajustamento de conduta, utilizado na tutela coletiva em geral, e diversos outros próprios do direito sancionador, com a peculiaridade de que estes últimos eram afetos não só à área cível como também ao direito penal e ao direito sancionador administrativo. Para fechar com chave de ouro, era determinado que fossem observadas normas substancialmente distintas entre si: a Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas) confere legitimidade ao Ministério Público e ao Delegado de Polícia para a celebração dos acordos de colaboração, exigindo homologação judicial; já a Lei nº 12.846/2013 (Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas) somente prevê (de modo expresso) a legitimidade da pessoa jurídica lesada, sendo que o acordo não carece de homologação judicial. Com todo respeito aos artífices da fórmula, ela mais confunde que explica.

Sensível à impossibilidade de utilizar, com um mínimo de rigor técnico, a redação sugerida no art. 6º do PL nº 882/2019, o Congresso Nacional terminou por se aproveitar do texto elaborado pela Comissão de Juristas instituída pelo Presidente da Câmara dos Deputados, para fins de apresentação de anteprojeto de alteração da Lei nº 8.429/1992<sup>45</sup>.

Na condição de membro dessa comissão, apresentei a proposta de criação do denominado *“acordo de não persecução cível”*. A designação que atribuí ao instituto encontrou inspiração no acordo de não persecução penal, inserido na ordem jurídica brasileira, pouco menos de um ano antes, pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

<sup>45</sup> Ato de 22/02/2021, Diário da Câmara dos Deputados, Suplemento, 23/02/2021, p. 9. Integraram a Comissão o Min. Mauro Campbell (presidente), Cassio Scarpinella Bueno, Emerson Garcia, Fabiano da Rosa Tesolin, Fábio Bastos Stica, Marçal Justen Filho, Mauro Roberto Gomes de Mattos, Ney Bello (relator), Rodrigo Mudrovitsch e Sérgio Cruz Arenhart.

Não o denominei de “acordo de não persecução administrativa” justamente por estarmos no âmbito do direito sancionador cível, não na esfera do direito sancionador administrativo. Na ocasião, a proposta inicialmente apresentada à Comissão somente previa o seu uso como instrumento da consensualidade de colaboração, o que logo evoluiu para abranger, igualmente, a consensualidade de pura reprimenda. Outra preocupação que tive, plenamente recepcionada pela Comissão, foi a de assegurar a unidade do Ministério Público, exigindo-se a aprovação do acordo pelo órgão com atribuição para arquivar o inquérito civil, com posterior homologação judicial. Esta última exigência decorria não só da natureza das sanções cominadas ao ato de improbidade, com destaque para a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, as quais somente se tornam operativas com o trânsito em julgado da sentença condenatória, como, principalmente, pelo fato de o sistema brasileiro adotar o padrão de o órgão competente para aplicar as sanções ser igualmente competente para homologar o acordo que lhes diga respeito. A legitimidade privativa do Ministério Público para a celebração do acordo decorria de deliberação anterior da Comissão, que atribuíra à Instituição, em seu anteprojeto, legitimidade privativa para o ajuizamento da respectiva ação civil.

O trabalho da Comissão de Juristas, que contou com ampla divulgação, foi entregue ao Presidente da Câmara dos Deputados na primeira quinzena de julho de 2018, dando origem ao PL nº 10.887, apresentado pelo Deputado Roberto de Lucena (Poder-SP) em 17 de outubro de 2018. É importante lembrar que o Provimento nº 58, de 14 de setembro de 2018, do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, parece ter sido o primeiro a se utilizar do designativo “acordo de não persecução cível” forjado no âmbito da Comissão, embora o tenha feito de forma mesclada com o compromisso de ajustamento de conduta. Eis o teor do *caput* do seu art. 5º: “o Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, mediante tomada de Compromisso de Ajustamento de Conduta ou por intermédio de Termo de Composição Extrajudicial”. Apesar disso, previa expressamente a sua homologação judicial (arts. 8º a 10).

O texto aprovado pela Comissão de Juristas, mais especificamente a nova redação a ser atribuída ao art. 17-A da Lei nº 8.429/1992, foi utilizado pelo Congresso Nacional e inserido no Pacote Anticrime. A aprovação se deu no âmbito do substitutivo ao PL nº 10.372/2018, de autoria dos Deputados José Rocha (PR-BA) e outros, adotado pelo relator da Comissão Especial instaurada para apreciar a matéria. Ao receber o PL nº 6.341/2019, numeração que lhe foi atribuída no âmbito do Senado Federal, o Presidente da República vetou, entre outros preceitos, o art. 17-A, sob o argumento de ser incongruente a atribuição de legitimidade privativa ao Ministério Público para a celebração do acordo, embora a Fazenda Pública tivesse legitimidade disjuntiva e concorrente para o ajuizamento da ação civil.

## QUADRO COMPARATIVO

| Proposta apresentada à Comissão  | Texto aprovado pela Comissão  | Texto aprovado pelo Congresso Nacional e vetado pelo Presidente da República   |
|--|---|--|
| <p>Art. O Ministério Público poderá celebrar acordo de não persecução cível com aquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo cível, desde que dessa colaboração, conforme as circunstâncias do caso concreto, advenham os seguintes resultados:</p> <p>I – o integral ressarcimento do dano;<br/>II – a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados;</p> <p>§1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.</p> | <p>Art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados:</p> <p>I – o integral ressarcimento do dano;<br/>II – a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados;<br/>III – o pagamento de multa.</p> <p>§1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.</p> | <p>Art. 17-A O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados:</p> <p>I – o integral ressarcimento do dano;<br/>II – a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados;<br/>III – o pagamento de multa de até 20% (vinte por cento) do valor do dano ou da vantagem auferida, atendendo a situação econômica do agente.</p> <p>§1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.</p> |



| Proposta apresentada à Comissão   | Texto aprovado pela Comissão   | Texto aprovado pelo Congresso Nacional e vetado pelo Presidente da República  |
|---|--|---|
| <p>§2º O acordo deve estipular o pagamento de multa, vedada a sua fixação em patamar inferior a 20% do máximo cominado para o ato praticado e, eventualmente, as demais sanções com delimitação temporal, que não devem ser fixadas em patamar inferior a 50% do máximo cominado.</p> <p>§3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.</p> <p>§4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.</p> <p>§5º Cumprido o disposto no parágrafo anterior, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação, que poderá negar-se a fazê-lo em sendo detectado vício de forma.</p> | <p>§2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade.</p> <p>§3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.</p> <p>§4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.</p> <p>§5º Cumprido o disposto no parágrafo anterior, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.</p> | <p>§2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade.</p> <p>§3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.</p> <p>§4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.</p> <p>§5º Cumprido o disposto no § 4º deste artigo, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.</p> |

Com o veto ao art. 17-A, remanesceram apenas as alterações promovidas nos §§ 1º e 10-A do art. 17 da Lei nº 8.429/1992: de acordo com o primeiro dispositivo, “as ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei”; o segundo, por sua vez, dispõe que, “havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias”. Essa é a base normativa de que dispõe o intérprete para aplicar o acordo de não persecução cível.

## 5. O Acordo de não persecução cível e a necessidade de homologação judicial

Não é necessária muita argúcia para se perceber que os §§ 1º e 10-A do art. 17-A da Lei nº 8.429/1992 não veiculam comando expresso determinando a homologação judicial do acordo de não persecução cível. A questão a ser respondida é se essa homologação é necessária ou facultativa? Com todas as vênias em relação àqueles que pensam em contrário, inclino-me pela necessidade<sup>46</sup>. Os argumentos que servem de alicerce a essa conclusão têm natureza linguística, sistêmica e pragmática.

Em qualquer interpretação de ordem jurídica, a análise há de principiar pelos contornos linguísticos dos significantes interpretados, de modo a lhes atribuir significados compatíveis com os usos da língua, considerando a influência da época e do local, a forma como foram organizados no enunciado linguístico, e os objetivos almejados. Não se ignora, é certo, que institutos jurídicos não devem ser interpretados, única e exclusivamente, à luz do enunciado linguístico que os veicula, mas, em ambientes democráticos, é imprescindível fazer reverência a esses enunciados.

Com os olhos voltados à referida premissa, observa-se que tanto o § 1º como o § 10-A do art. 17, ao tratarem do acordo de não persecução cível, fazem menção expressa a uma demanda posta em juízo. O § 1º dispõe que “as ações de que trata este artigo” admitem a celebração do acordo; o § 10-A, por sua vez, trata da possibilidade de as partes requererem a interrupção do prazo de resposta para buscarem o consenso. Os comandos normativos não foram direcionados aos aspectos gerais do ilícito, como fez o art. 28-A do Código de Processo Penal, que trata do acordo de não persecução

<sup>46</sup> No sentido de que tanto a homologação interna, como a judicial, dos acordos celebrados pelo Ministério Público no plano extrajudicial, dependem de regulamentação, vide PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 66. Renato de Lima Castro, embora entenda ser necessária a homologação judicial a partir do diálogo entre as fontes, isto em razão do disposto no art. 28-A, que a exige no acordo de não persecução penal, defende que regulamentos internos, do Conselho Nacional do Ministério Público ou dos Ministérios Públicos, podem dispor que, caso o juiz se negue a homologar o acordo de não persecução cível e o membro do Ministério Público insista nos seus termos, os autos devem ser encaminhados ao Conselho Superior, que pode insistir em seus termos (Acordo de Não Persecução Cível na Lei de Improbidade Administrativa. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 77, p. 227, jul.-set./2020). Não obstante o brilho do autor, a tese proposta esbarra em dois obstáculos: (a) atos de normatização interna afetos ao Ministério Público não são vinculantes para outras instituições, máxime para o Poder Judiciário; e (b) a negativa de homologação do acordo, como reconhecido pelo autor (p. 226), pode decorrer da inobservância da proporcionalidade, o que denota o zelo pelos direitos fundamentais por parte do Judiciário e não pode ser suplantado por uma deliberação interna do Ministério Público.

penal, também inserido pela Lei nº 13.964/2019, mas, sim, à ação referida no art. 17. E o que dispõe o *caput* deste preceito? Responde-se: *"a ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar"*.

Apesar da constatação anterior, observa-se que o próprio § 10-A dispõe sobre tratativas extrajudiciais, o que justifica o requerimento de interrupção do prazo de resposta. Ora, se isto pode ocorrer quando a demanda já foi posta, não há razão para que não possa ser feito em momento anterior. O acordo, portanto, pode vir a ser celebrado antes de ajuizada a própria demanda. Embora seja plenamente razoável afastar a lógica de aflorar a litigiosidade para somente em um segundo momento invocar a consensualidade, o mesmo não pode ser dito em relação à conclusão de afastar a utilização da relação processual como *locus* para sacramentar a definitividade do acordo e a própria participação do Poder Judiciário. Assim ocorre porque se trata de exigência do próprio § 1º, ao dispor que o acordo é admitido nas *"ações de que trata este artigo"*.

Uma segunda ordem de argumentos, de indiscutível relevância na análise a ser realizada, são os de natureza sistêmica. A necessidade de compatibilizar as distintas partes que formam o todo é uma exigência da própria racionalidade, permitindo que o resultado útil seja potencializado ou mesmo viabilizado.

A exigência de que o acordo de não persecução cível seja submetido à homologação judicial, no âmbito da relação processual, decorre da própria estrutura do art. 17. Além de ter reconhecido a legitimidade disjuntiva e concorrente do Ministério Público e da pessoa jurídica lesada para o ajuizamento da ação civil por ato de improbidade, exigiu que ambos possam participar da dialética processual. Nos termos do § 3º, quando a ação principal tiver sido proposta pelo Ministério Público, deve ser aplicado, no que couber, o disposto no art. 6º, § 3º, da Lei da Ação Popular, o que permite à pessoa jurídica lesada abster-se de contestar o pedido ou atuar ao lado do autor. Caso o Ministério Público não seja o autor, deverá obrigatoriamente atuar como órgão interveniente, sob pena de nulidade, nos termos do § 4º. A não exigência de homologação judicial fará com que a pessoa jurídica lesada ou o Ministério Público, conforme o caso, deixem de conhecer e de se pronunciar sobre o acordo.

Ainda sob a ótica da Lei nº 8.429/1992, observa-se que o art. 12 comina seis espécies de sanções aos atos de improbidade administrativa: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. Duas delas, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, somente *"se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória"*. É o que dispõe o *caput* do art. 20. Ainda que essas sanções não precisem ser aplicadas em conjunto, é evidente que todas, por integrarem o preceito secundário da norma sancionadora, devem ser consideradas e eventualmente aplicadas pela mesma autoridade. Essa

constatação somente seria afastada se a própria ordem jurídica consagrasse uma divisão de competências, na qual cada autoridade aplicaria uma parte das sanções. Isto, no entanto, não ocorre no âmbito da improbidade administrativa. Afinal, nos termos do parágrafo único do art. 12, “na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”.

A conclusão anterior certamente enfraquece a tese de que algumas das sanções cominadas apresentam feições patrimoniais, podendo ser livremente pactuadas. Trata-se, em qualquer caso, de meia verdade. Ora, não há dúvidas quanto à liberdade valorativa do agente em relação à sua esfera jurídica. O que parece passar despercebido é que o acordo não levita no vazio existencial. Muito pelo contrário: somente pode ser celebrado se existirem indícios do ato ilícito denominado de improbidade administrativa. O acordo de não persecução cível está conectado ao ilícito e este à legislação que comina as respectivas sanções e indica o juiz como a autoridade competente para aplicá-las.

Também parece relevante lembrar que o inciso V do art. 15 e o § 4º do art. 37 da Constituição de 1988, ao dispor que a sanção de suspensão dos direitos deve ser cominada aos atos de improbidade, automaticamente atraíram a competência da União para legislar sobre a matéria, já que somente esse ente, nos termos do art. 22, XIII, pode legislar sobre cidadania. Também aqui não seria possível afirmar que todos os demais entes federativos poderiam legislar sobre improbidade administrativa, desde que não cominassem a sanção de suspensão dos direitos políticos. A norma sancionadora, como se percebe, forma um todo monolítico, sendo integrada pelos preceitos primário e secundário.

Na medida em que (a) o acordo de não persecução cível deve ser aplicado “nos termos desta Lei” (*rectius*: a Lei nº 8.429/1992 - art. 17, § 1º), (b) somente o juiz pode aplicar as sanções ali previstas (art. 12, parágrafo único) e (c) as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos apenas se tornam efetivas com o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 20, *caput*), questiona-se: como seria possível afastar a necessidade de homologação judicial do acordo? Não nos parece que essa verdadeira impossibilidade sistêmica possa ser contornada com o já mencionado subterfúgio de o agente público assumir o compromisso de renunciar à função pública ou de não concorrer a um cargo eletivo no período indicado. O Estado de Direito é infenso a malabarismos semânticos cujo fim último seja apenas o de burlar o sentido e o alcance de normas postas por ele próprio. A ética relacional deve estar sempre presente em sua atuação. Se “a ética ou a ciência da moral corresponde à busca de uma maneira de ser, à sabedoria na ação”<sup>47</sup>, é evidente que esse tipo de subterfúgio caminha em norte contrário à sabedoria, já que nivela o Estado aos malfeitores, que também buscam alcançar os resultados que melhor lhes apeteçam, com abstração dos meios a serem empregados.

<sup>47</sup> VIGOUROUX, Christien. *Déontologie des Fonctions Publiques*. Paris: Dalloz, 2008, p. 10-11.

Avançando nos argumentos de ordem sistêmica, tem-se a constatação de que, como exaustivamente demonstrado, o direito sancionador brasileiro apresenta o traço estrutural de exigir que os acordos relativos a sanções sejam homologados pela autoridade competente para aplicá-los. As exceções devem ser expressas, como ocorreu com a Lei nº 12.529/2011 (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), segundo a qual o acordo de leniência celebrado no âmbito do CADE (direito sancionador administrativo) acarreta a extinção da punibilidade dos crimes que indica (direito sancionador penal), o mesmo ocorrendo com a Lei nº 12.846/2013 (Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas), ao permitir que acordo homônimo, celebrado no plano administrativo (direito sancionador administrativo) afaste sanção a ser aplicada no plano judicial (direito sancionador cível).

A exigência de homologação do acordo de não persecução cível fica ainda mais nítida ao lembrarmos que a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que o previu em seu art. 6º, também inseriu na legislação brasileira, por força do seu art. 2º, o acordo de não persecução penal. E este último deve ser homologado judicialmente (CPP, art. 28-A, §§ 4º a 8º). Não se ignora, é certo, que o paralelismo aqui referido está longe de ser um paradigma de perfeição, já que o acordo na seara penal não espelhará, necessariamente, o acordo no âmbito cível. Apesar disso, não se pode afastar a coerência da lei nessa perspectiva de análise. O veto ao art. 17-A em nada afeta essa conclusão. Afinal, ambos os institutos integram o direito sancionador, foram inseridos na legislação brasileira pelo mesmo diploma normativo e alcançam ilícitos cujas sanções somente podem ser aplicadas pelo Poder Judiciário.

A terceira ordem de argumentos está situada no plano pragmático. O fato de o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada terem legitimidade disjuntiva e concorrente para o ajuizamento da ação civil por ato de improbidade, por si só, já é indicativo de que admitir a celebração de acordos extrajudiciais, sem a posterior homologação judicial, pode dar azo a divergências de entendimento e a uma elevada insegurança jurídica. Basta pensarmos na existência de conclusões diversas a respeito das sanções que se compatibilizam com o referencial de proporcionalidade ou mesmo em relação à própria existência ou tipificação do ilícito praticado.

Divergências dessa natureza, quando contextualizadas no âmbito do compromisso de ajustamento de conduta, exigiriam a deflagração de uma demanda para a anulação do ajuste, possibilitando, ato contínuo, a imposição de medida diversa por determinação judicial. Caso o mesmo *iter* seja seguido aqui, ter-se-á o risco de perecimento do direito de sancionar, já que a prescrição pode se aperfeiçoar antes que a anulação seja obtida. Não é preciso lembrar que o cúmulo de demandas, a de anulação do acordo e a de condenação nas sanções, na mesma relação processual, dará azo a muitas discussões, já que uma demanda é pressuposto da outra, o que dificulta sobremaneira a tramitação simultânea. Concluindo-se que a tramitação simultânea não é possível, entendimento que se mostra bem razoável, a prescrição tende a ser inevitável.

A tutela coletiva tem contado com um elevado protagonismo do Ministério Público brasileiro, que ajuíza a maior parte das ações civis públicas e celebra, por via reflexa, a grande maioria dos termos de ajustamento de conduta. Portanto, muitos argumentarão com o *deficit* de atuação das pessoas jurídicas interessadas para justificar que o acordo seja celebrado apenas no plano extrajudicial. Afinal, como a iniciativa invariavelmente será do Ministério Público, a divergência de juízos de valor tende a não ocorrer. Também aqui estamos perante meia verdade.

Não se pode ignorar que a exigência, ou não, de homologação judicial do acordo de não persecução cível, deve ser aplicada tanto ao Ministério Público como à pessoa jurídica lesada. As soluções, por imperativo de ordem lógica, não podem ser parciais. Sensível a essa premissa, é possível afirmar que a base de valores sedimentada em nosso ambiente sociopolítico permite antever um risco, não teórico, mas real, de que o acordo de não persecução cível possa vir a ser utilizado com o objetivo de inviabilizar a aplicação de sanções mais gravosas, a exemplo da suspensão dos direitos políticos e da perda da função pública. O risco tende a se tornar real quando ingredientes políticos avançarem na seara jurídica. Uma vez celebrado acordo dessa natureza, com expressa afronta ao referencial de proporcionalidade, na dimensão da proibição à insuficiência, a solução será anulá-lo, daí decorrendo o risco de que a prescrição venha a ocorrer.

Basta pensarmos na possibilidade de o Ministério Público ajuizar uma ação civil por ato de improbidade e o agente público, quando de sua notificação para manifestação preliminar apresentar um acordo de não persecução cível assinado anos antes com a pessoa jurídica lesada. Essa ação pode ser recebida pelo juiz (Lei nº 8.429/1992, art. 17, §§ 7º a 9º)? À evidência que não. Assim ocorre porque a relação jurídica afeta ao direito sancionador já fora resolvida com a celebração do acordo. A solução, se for o caso, será buscar a anulação do acordo, o que pode não ser tarefa fácil, pois a anulação não fará sentido caso a proporcionalidade tenha sido tenuemente afrontada. Esse estado de coisas poderia ser facilmente evitado no âmbito da dialética processual, de modo que os legitimados ao ajuizamento da ação pudessem se manifestar a respeito dos termos do acordo.

No momento em que o acordo de não persecução cível passar a ser visto como um instrumento para se impedir, ou mesmo dificultar, a responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa, será grande o risco de que a Lei nº 8.429/1992 deixe de alcançar os grandes saqueadores da *res publica*.

## Epílogo

A introdução do acordo de não persecução cível na ordem jurídica brasileira é mais que alvissareira. Caminha no mesmo norte das tendências do direito sancionador contemporâneo, que busca comprimir a litigiosidade e ampliar o espaço de projeção da consensualidade; tende a diminuir os custos da relação processual, abreviando

a sua tramitação; colabora para a razoável duração do processo (CRFB/1988, art. 5º, LXXVIII) e soma forças para se conferir efetividade ao direito sancionador cível.

O grande desafio, em um momento no qual o instituto ainda se encontra em vias de construção de sua identidade, é o de que visões parciais da realidade não afrontem o sistema do direito sancionador brasileiro e comprometam a sua efetividade.

A exigência de que o acordo seja homologado judicialmente, além de render homenagem aos §§ 1º e 10-A da Lei nº 8.429/1992, configura um verdadeiro imperativo de segurança jurídica, evitando que acordos extrajudiciais celebrados por um legitimado, com total desconhecimento do outro, tenham a sua validade contestada em momento futuro, normalmente sob o argumento de afronta à proporcionalidade, além de colocar em risco a própria efetividade da norma sancionadora, neste caso com o implemento da prescrição.