

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

Aspectos gerais e controvertidos do Acordo de Não Persecução Cível

General and contested aspects of the Civil Non-Persecution Agreement

Luiz Manoel Gomes Júnior*

Diogo de Araujo Lima**

Sumário

1. Introdução. 2. A atual redação do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992: abandono do dogma da impossibilidade de transação em casos de improbidade administrativa. 3. Aspectos gerais do acordo de não persecução cível. 4. Aspectos controversos do acordo de não persecução cível. 4.1. Limite temporal para celebração do acordo. 4.2. Necessidade de homologação do acordo de não persecução cível e de participação do colegitimado. 4.3. Acordo de não persecução cível em casos de solidariedade passiva. 4.4. A previsão de cláusulas pró-futuro nos acordos de não persecução cível. 4.5. Acordo de não persecução cível e independência de instâncias. 4.6. Os limites do controle judicial sobre o acordo de não persecução cível. 5. Conclusões. Bibliografia.

Área do Direito: Constitucional. Direito Administrativo.

Resumo

O modelo consensual de solução de conflitos tem ganhado espaço de destaque no Direito Sancionador, seja em sua vertente penal, seja administrativa. A recente alteração do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992, que passou a admitir o acordo de não persecução cível, alinha-se com uma tendência nacional e internacional de superação do dogma da impossibilidade jurídica de acordos em conflitos envolvendo a Administração Pública. A inovação veicula relevante progresso no combate à corrupção, na perspectiva de resultados mais céleres e eficientes em casos

* Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor nos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna-UIT/MG e de Mestrado da Universidade Paranaense – Unipar/PR e dos cursos de Pós-graduação da PUC-SP e da Escola Fundação Superior do Mato Grosso – FESMP MT. Advogado.

** Mestrando em Direito Processual Civil e Cidadania na Universidade Paranaense – Unipar/PR. Especialista em Direito Tributário pelo IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Promotor de Justiça do Estado do Paraná. Coordenador do Grupo Especializado na Proteção do Patrimônio Público e no Combate à Improbidade Administrativa (GEPATRIA) – Regional de Umuarama.

envolvendo improbidade administrativa, cuja resolução não mostrava satisfatória pelo método exclusivo da ação de improbidade. O presente estudo dedica-se a contribuir com a construção de balizas que permitam suprir a lacuna deixada pelo legislador quanto ao modo de operacionalização do acordo (elementos, condições, limites etc.), considerando que os dispositivos legais que disciplinava aspectos materiais e procedimentais do acordo foram vetados pelo Presidente da República. Para tanto, será utilizado o método dedutivo, a partir do exame de normas jurídicas, livros, artigos científicos e precedentes judiciais.

Abstract

The consensual model of conflict resolution has gained prominence in Sanctioning Law, both in its criminal and administrative aspects. The recent amendment of art. 17, S 1, of Law No. 8.429/1992, which began to admit the agreement of non-civil persecution, aligns with a national and international tendency to overcome the dogma of the legal impossibility of agreements in conflicts involving the Public Administration. Innovation makes significant progress in the fight against corruption, with a view to faster and more efficient outcomes in cases involving administrative improbability, the resolution of which was not satisfactory by the exclusive method of improbability action. The present study focuses on contributing to the construction of beacons to fill the gap left by the legislator in the way the agreement is operationalised (elements, conditions, limits, etc.), considering that the legal provisions governing material and procedural aspects of the agreement were vetoed by the President of the Republic. To this end, the deductive method will be used, from the examination of legal standards, books, scientific articles and judicial precedents.

Palavras-chave: Patrimônio público. Improbidade administrativa. Consensualidade.

Keywords: *Public inheritance. Administrative improbity. Consensuality.*

1. Introdução

A partir do dia 23.01.2020, entrou em vigor o “Pacote Anticrime” (Lei nº 13.964/19), que, suprimindo a vedação do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/92, passou a admitir a consensualidade no âmbito da improbidade administrativa por meio do acordo de não persecução cível (ANPC).

A inovação segue tendência já presente em diversos diplomas normativos do Direito Penal (transação penal, suspensão condicional do processo, colaboração premiada etc.) e do Direito Administrativo (acordo de leniência,¹ possibilidade de

¹ A Lei nº 12.529, de 30.11.2011 estabeleceu a possibilidade de celebração de acordo de leniência em relação às infrações à ordem econômica, ao passo que a Lei nº 12.846, de 01.08.2013, permitiu os acordos de leniência em atos contra a Administração Pública.

conciliação² e mediação³ em causas do Estado, ausência de ajuizamento de execução fiscal de pequeno valor,⁴ possibilidade de compromisso – extrajudicial ou judicial – para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público,⁵ entre outras hipóteses).

Apesar do mérito que a inovação significou, o avanço poderia ter sido maior, não fosse o veto ao dispositivo que disciplinava os parâmetros procedimentais e materiais do acordo.

Se ao menos não inviabilizou a implementação dos acordos de não persecução cível, a medida gerou um verdadeiro “manancial de problemas práticos”,⁶ em razão da carência de regulamentação acerca do regime jurídico e do modo de operacionalização do acordo (elementos, condições, limites etc.).

O presente estudo propõe-se a participar da construção de soluções para a problemática, mediante um corte metodológico no sentido de abordar, em um primeiro momento, os contornos gerais do acordo de não persecução cível, para, em seguida, enfrentar alguns pontos controvertidos, cujo equacionamento aflige a prática forense dos operadores do direito. Nessa segunda parte, serão abordados o momento adequado para celebração do acordo, a necessidade ou não de homologação, os casos de solidariedade passiva, a possibilidade de previsão de cláusulas pró-futuro nessa espécie de acordos, a repercussão da absolvição criminal nos acordos de não persecução cível originados do mesmo fato e, finalmente, os limites do controle judicial sobre os termos do ajuste.

O método utilizado na elaboração do trabalho foi o indutivo com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento nas perspectivas legal e dogmática sobre o tema. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. A fonte primeira de pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e infraconstitucional, bem como a doutrina e jurisprudência que informam os conceitos de ordem dogmática.

2. A atual redação do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992: abandono do dogma da impossibilidade de transação em casos de improbidade administrativa

Pelo texto originário do art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA), vedava-se a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa.

² Art. 10, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01 e art. 174 do Código de Processo Civil.

³ Art. 3º da Lei nº 13.140/15.

⁴ Art. 20 da Lei nº 10.522/02 e arts. 7º e 8º, ambos da Lei nº 12.514/11.

⁵ Art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro – Decreto-lei nº 4.657/42.

⁶ Cfr. GAJARDONI, Luiz Fernando “et al”. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 367.

A tradição jurídica brasileira sempre foi arraigada por intensa publicização do direito, em detrimento do empoderamento do indivíduo. As fontes do Direito limitavam-se àquelas produzidas pelo Estado. Em matéria processual, essa característica se apresentava de forma ainda mais intensa, considerando que processo era o espaço onde o Estado exprimia a sua autoridade⁷. A obrigatoriedade era a regra no Direito Sancionador, com raras exceções que deveriam estar expressamente previstas em lei⁸.

Nada obstante, mesmo naquela época, grande parte da doutrina, da jurisprudência e do próprio Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, por meio da Resolução nº 179/2017, já contemplava a hipótese de consensualidade no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, tanto na esfera extrajudicial como judicial.

A redação original do § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/92 foi elaborada em 1991. À época, o presidente era Fernando Collor de Mello. A conjuntura jurídica, política e social de combate aos atos ímprobos era completamente diversa⁹. No campo jurídico, o direito civil e o penal representavam o centro do direito, a seara administrativa tinha no princípio da supremacia do interesse público seu principal alicerce e o Poder Judiciário mal engatinhava na análise do ato administrativo.

Ocorre que, nesses aproximadamente 28 anos de vigência da LIA, o ordenamento jurídico passou gradativamente a abandonar o dogma da impossibilidade jurídica de transação em demandas envolvendo a Administração Pública.

O emprego de instrumentos consensuais em matéria de direito sancionador prenunciava-se como consequência inarredável da evolução do Direito Administrativo e da Constituição Federal, cujo art. 1º adotou o Estado Democrático de Direito, contemplando, implicitamente, o princípio da consensualidade.

Ainda sob a vigência da redação anterior do artigo 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992, Gustavo Binenbojm já atentava para o fato de que o reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituídos pela Constituição da Federal de 1988 e a estrutura maleável dos princípios constitucionais inviabilizam “*a priori*” uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual¹⁰. Não há dúvidas de que o texto constitucional reconhece e tutela interesses privados e coletivos como metas ou diretrizes para a Administração Pública. Dessa forma, cabe ao legislador

⁷ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. *Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa*. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. Brasília: MPF, 2018. p. 33. Disponível em: <<http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/camaras/combate-a-corrupcao/publicacoes>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

⁸ ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 2ª parte. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 914-916.

⁹ MUDROVITCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Leniência e improbidade: a proposta trazida pelo PL 10.887/2018. *Conjur*. Disponível em: <[¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista Direito Processual Geral*. Rio de Janeiro, 2005, p 49-82.](https://www.conjur.com.br/2019-set-19/leniencias-questao-leniencia-improbidade-proposta-trazida-pl108872018#:~:text=Leni%C3%Aancia%20e%20improbidade%3A%20a%20propost%20trazida%20pelo%20PL%2010.887%2F2018,19%20de%20setembro&text=O%20artigo%2017%2%20%20C2%A7%201%20C2%BA,de%20que%20trata%20o%20caput%E2%80%9D.&text=Esse%20movimento%2%20influenciado%20pelas%20t%C3%A9nicas,consensual%20inauguradas%20pela%20Lei%20n.>. Acesso em: 18 out. 2020.</p></div><div data-bbox=)

e à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo e buscar a sua efetivação até um grau máximo de otimização, mediante o postulado da proporcionalidade.¹¹

O princípio da indisponibilidade do interesse público não constitui óbice à consensualidade administrativa, na medida em que o acordo representa mero instrumento para alcançar o interesse público no caso concreto, com benefícios de maior eficiência e legitimidade da ação administrativa. Ao adotar métodos consensuais, o administrador não dispõe do interesse público, mas o persegue por outro meio que não o ato administrativo unilateral e imperativo¹².

Os instrumentos consensuais apresentam menor custo e são mais aceitáveis, se comparados com a judicialização de ações de improbidade administrativa, cujo trâmite não raro perdura por anos.¹³ Há uma convergência, portanto, com o princípio da eficiência da Administração Pública, que foi introduzido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19/98.

A obsoleta visão da impossibilidade de consenso em conflitos envolvendo a Administração Pública começa a ser superada a partir do início da implementação de técnicas de justiça penal consensual inauguradas pela Lei nº 9.099/95, que passou a admitir, em determinadas infrações penais, a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo. E adquire vigor a partir da promulgação das Leis nºs 12.529/2011 e 12.846/2013, que tratam, respectivamente, do acordo de leniência em relação às infrações à ordem econômica e em atos contra a Administração Pública. Some-se a possibilidade de conciliação (art. 10, par. ún., da Lei nº 10.259/01 e art. 174 do CPC) e mediação (art. 3º da Lei nº 13.140/15) em causas do Estado, a ausência de ajuizamento de execução fiscal de pequeno valor (art. 20 da Lei nº 10.522/02 e arts. 7º e 8º, ambos da Lei nº 12.514/11) e a realização de acordos ou transações em juízo pela Advocacia-Geral da União e pelos dirigentes máximos das empresas federais (art. 2º da Lei nº 9.469/97).

¹¹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto também defende a existência do princípio constitucional da consensualidade no Direito brasileiro, calcado: nos princípios fundamentais constitucionais expressos da cidadania, da dignidade da pessoa humana e o do valor da livre iniciativa (art. 1º da CR/88); no objetivo fundamental da República – de construção de uma sociedade livre (art. 3º, inciso II, da CR/88) e, ainda, no princípio relativo às relações internacionais, mas também aplicável às relações intranacionais – de solução pacífica dos conflitos (art. 4º, inciso VII, da CR/88) (Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 231, jan./mar. 2003, p. 129-156).

¹² LOPES, Paula Lino. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, vol. 274/2017, dezembro/2017, p. 383-407.

¹³ Em 2015, intentando realizar diagnóstico acerca dos processos de Improbidade Administrativa, mormente quanto à sua tramitação, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizou pesquisa, na qual colheu dados de 132 processos, dos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo, Mato Grosso, Rio Grande do Norte, Pará, Tribunal Regional Federal da 4ª Região e Superior Tribunal de Justiça, onde se expôs que, nesse último, a média de tramitação (entre a data do ajuizamento e do trânsito em julgado) é de 2.666,40 dias, ou seja, aproximadamente 7 (sete) anos. O resultado da média realizada entre todos os tribunais mencionados foi de 1.855,83 dias (aproximadamente 5 anos). (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. 1ª Edição Série Justiça Pesquisa. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assagra de Almeida; “et al”. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/1ef013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf>> Acesso em: 23 out. 2020.

Merece lembrança a Lei nº 13.655/18, que inseriu o art. 26 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/42) para admitir a celebração de termo de compromisso para “eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença” e a possibilidade do “emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato [de concessão], inclusive a arbitragem” (art. 23-A da Lei nº 8.897/1995).

Na mesma linha, a Lei nº 13.105/15 (Código de Processo Civil), aplicável subsidiariamente ao procedimento especial da ação de improbidade administrativa por força do seu art. 318, parágrafo único, ao estabelecer que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.” (art. 3º, § 3º)

Por último, destaca-se a recente e polêmica Lei nº 13.964/19, rotulado de “Pacote Anticrime”, que alterou os sistemas penal e processual penal para incluir, entre outras, a figura do juiz de garantia e o acordo de não persecução penal para determinados crimes (art. 28-A do Código de Processo Penal).

Todo este arcabouço normativo integra o chamado microsistema anticorrupção, composto por normas infraconstitucionais cujos enunciados interagem entre si, por meio de um *diálogo entre as fontes*, de molde a permitir a construção de uma solução lógica e coerente. Conforme esclarece Cláudia Lima Marques, ao tratar do direito do consumidor:

Erik Jayme, em seu Curso Geral de Haia de 1995, ensinava que, em face do atual “pluralismo pós-moderno” de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurge a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento (...). O uso da expressão “diálogo das fontes”, é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada “coerência derivada ou restaurada” (*cohérence dérivée* ou *restaurée*), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a “antinomia”, a “incompatibilidade” ou a “não coerência”.¹⁴

A teoria do diálogo das fontes, embora adaptada para o direito do consumidor, se aplica a qualquer ramo do direito, por estar inserida nas preocupações com a hermenêutica jurídica. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico exige a

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 90.

aplicação simultânea, coerente e coordenada de diversas fontes legislativas, integrando leis gerais (como o Código de Processo Civil) com leis especiais (como a Lei da Ação Civil Pública, a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei das Eleições), para que se extraia a maior eficiência possível do sistema jurídico¹⁵.

Com isso, evita-se o “tudo ou nada” na aplicação das regras jurídicas contrapostas. Segundo Ronald Dworkin, as “regras são aplicáveis à maneira tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”¹⁶. A teoria do diálogo das fontes, ao invés de resolver as antinomias jurídicas, pelos critérios tradicionais da hierarquia, da especialidade e cronológico, opta pela interpretação sistemática e coordenada.

Diante do cenário normativo até então vigente, em que se admite a solução negociada para causas penais (“*ultima ratio*” do Direito Sancionador), seria, no mínimo, incoerente admitir a composição via colaboração premiada, Lei Anticorrupção (nº 12.846/2013) e, mais recentemente, o “*plea bargain*” (ainda que à brasileira) sem que a improbidade administrativa admitisse tal instrumento jurídico. Além de violar diretamente o microsistema do processo coletivo, geraria incoerência na unidade da Constituição e retiraria do cidadão e dos órgãos públicos relevante instrumento de eficiência na recomposição do patrimônio lesado, imposição de sanções e prevenção de novos atos de improbidade. Haveria aí uma verdadeira contradição axiológica, um defeito de lógica legislativa, no plano deontológico¹⁷.

Há que se realçar que o movimento pela consensualidade no Direito Sancionador não é uma exclusividade do ordenamento jurídico brasileiro. Em países de tradição jurídica do “*common law*”, como os Estados Unidos, onde impera o sistema adversarial, vige o chamado “*plain bargain*” (ou barganha da pena); na Itália, o “*pateggiamento sulla pena*”; na Espanha, o “*la conformidad*”; e na Alemanha, o “*absprachen*”.¹⁸⁻¹⁹

Nos Estados Unidos, por exemplo, desde a década de 1980, foram aprovados pelo menos cinco diplomas que passaram a incentivar a resolução de conflitos e atualmente cerca de 90% (noventa por cento) de todos os procedimentos criminais encontram resolução por meio do *plea bargain*²⁰. Na União Europeia, segundo Christiano Jorge Santos e Silvio Antonio Marques:

¹⁵ CAMBI, Eduardo; SOBREIRO NETO, Armando Antonio. Improbidade administrativa eleitoral: notas sobre o acordo de não persecução cível celebrado pelo Ministério Público. *Artigo inédito*. 2020.

¹⁶ *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

¹⁷ GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial de incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. *Revista Síntese: Direito Administrativo*, vol. 12, nº 141, set./2017, p. 542-595.

¹⁸ CAMBI, Eduardo; LIMA, Diogo de Araujo; NOVAK, Mariana Sartori. Acordo de Não Perseguição Cível. *Artigo inédito*, 2020.

¹⁹ CABRAL, Antônio do Prado. *Convenções processuais*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

²⁰ SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. *Revista de processo*, vol. 303, maio/2020.

[a] Diretiva 2008/52/CE, de 21.05.2001, foi editada com o objetivo de facilitar a solução amigável de litígios, incentivando o recurso à mediação, enquanto a Diretiva 2013/11/UE, de 21.05.2013, foi aprovada para proporcionar a solução extrajudicial simples, rápida e pouco onerosa de litígios entre consumidores e comerciantes.²¹

No mesmo sentido, compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, que autorizam a autoridade administrativa a celebrar acordos com infratores, a exemplo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – CNUCC –, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 348/2005 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687/2006, conhecida por Convenção de Mérida,²² e da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida por Convenção de Palermo, promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.

Do exposto, colhe-se que a recente alteração do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992 nada mais é que a concretização de uma tendência já implantada tanto no plano nacional como internacional, no sentido de prestigiar o método autocompositivo na solução dos conflitos em detrimento do heterocompositivo, no qual decisão é entregue a terceira pessoa, em caráter imperativo²³.

No entanto, o mérito do legislador ao permitir a solução consensual aos casos de improbidade administrativa poderia ter sido ainda maior, não fosse o veto presidencial ao dispositivo que disciplinava os parâmetros procedimentais e materiais para celebração do acordo (art. 17-A da Lei nº 8.429/1992).

Há uma verdadeira lacuna no ordenamento jurídico quanto regime jurídico e ao modo de operacionalização do acordo de não persecução cível (elementos, condições, limites etc.), debate que precisa ser enfrentado no âmbito acadêmico e com o qual este breve ensaio pretende contribuir.

3. Aspectos gerais do acordo de não persecução cível

O ANPC pode ser compreendido como a possibilidade do legitimado à proposição da ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa

²¹ SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. *Revista de processo*, vol. 303, maio/2020.

²² Há outras duas convenções específicas sobre o tema, quais sejam: a) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais: elaborada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE) – ratificada pelo Decreto Legislativo nº 125/2000 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 3.678/2000; e b) Convenção Interamericana contra a Corrupção (CICC), elaborada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) – ratificada pelo Decreto Legislativo nº 152/2002 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410/2002 (NEVES, Daniel Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2014, p. 24).

²³ DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Justiça multiportas e os conflitos envolvendo a Administração Pública: arbitragem e os interesses públicos disponíveis. *Revista Jurídica Unicritiba*, vol. 03, n. 60, p. 361-383, jul.-set. 2020.

realizar um negócio jurídico com o autor do fato ímprobo, na fase da investigação ou após judicialização da pretensão (antes ou após o recebimento da petição inicial), destinado a imposição de uma ou algumas sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Em contrapartida, o autor do fato ímprobo não se submete ao processo, evitando todos os ônus dele advindos, entre os quais honorários de advogado, medidas assecuratórias patrimoniais, procrastinação do processo em decorrência da morosidade da justiça²⁴.

Sob a ótica da teoria do fato jurídico, a natureza jurídica do ANPC é de negócio jurídico bilateral e comutativo, cujo aperfeiçoamento opera-se com a manifestação de vontade das partes e com a fixação de prestações certas e determinadas. Renato de Lima Castro²⁵ considera o ANPC como um negócio *“sui generis”*, em decorrência da reduzida liberdade das partes intervenientes na convenção para negociar, já que as sanções devem ser proporcionais à maior ou menor gravidade do injusto ímprobo, não admitindo absoluta liberalidade na negociação²⁶.

O infrator, portanto, não estará irrestritamente apto a negociar todo o negócio jurídico, mas apenas parte dele. Não é diferente em relação ao proponente do acordo, que não está livre para estabelecer as condições que bem lhe aprouver. Tanto o Ministério Público como a pessoa jurídica interessada devem subserviência aos princípios e normas que regem as respectivas atuações na defesa da probidade administrativa e do patrimônio público, sem olvidar, no tocante às sanções, da proporcionalidade em relação à gravidade do fato ímprobo.

O acordo pode assumir feição de negócio jurídico *processual*, nas situações em que há fixação de situações jurídicas processuais, quando, por exemplo, o autor

²⁴ CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. *Artigo inédito*. 2020.

²⁵ CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. *Artigo inédito*. 2020.

²⁶ Por outro lado, em ensaio específico sobre o projeto do Pacote Anticrime, Aury Lopes Jr., citando Schünemann, critica o suposto princípio de consenso, frequentemente invocado para legitimar o modelo negocial, taxando de “eufemismo”, por trás do qual se ocultaria uma sujeição do acusado à medida de pena pretendida pelo acusador, enquanto resultado mínimo, de quem é colocado em posição de submissão através de forte pressão por parte da Justiça criminal sobre o acusado. É uma ficção, desde o ponto de vista prático, conclui. Não existe consenso ou voluntariedade, porque não existe igualdade de partes/armas. Existe uma submissão do réu a partir de uma visão de redução de danos (para evitar o “risco” do processo). Existe semelhança com um “contrato de adesão”, onde não há liberdade plena e real igualdade para negociar, apenas de aceitar o que lhe é imposto (Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? *Conjur*, 22 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projetoanticrimeremedio-ou-veneno>> Acesso em: 16 set. 2020). Por outro lado, em ensaio específico sobre o projeto do Pacote Anticrime, Aury Lopes Jr., citando Schünemann, critica o suposto princípio de consenso, frequentemente invocado para legitimar o modelo negocial, taxando de “eufemismo”, por trás do qual se ocultaria uma sujeição do acusado à medida de pena pretendida pelo acusador, enquanto resultado mínimo, de quem é colocado em posição de submissão através de forte pressão por parte da Justiça criminal sobre o acusado. É uma ficção, desde o ponto de vista prático, conclui. Não existe consenso ou voluntariedade, porque não existe igualdade de partes/armas. Existe uma submissão do réu a partir de uma visão de redução de danos (para evitar o “risco” do processo). Existe semelhança com um “contrato de adesão”, onde não há liberdade plena e real igualdade para negociar, apenas de aceitar o que lhe é imposto (Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? *Conjur*, 22 de fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>> Acesso em: 16 out. 2020).

do fato ímprobo, renunciando ao direito ao silêncio, assume o compromisso de confessar e identificar os demais envolvidos na infração, concorda com a redução de prazos legais ou renuncia desde logo aos prazos recursais, entre outras situações.

Acerca da legitimidade para celebração do acordo, parece não remanescer maiores dúvidas: os mesmos que a detêm para propositura da ação de improbidade administrativa, ou seja, Ministério Público e a pessoa jurídica interessada (art. 17 da Lei nº 8.429/1992).

A convenção pode se dar tanto no âmbito extrajudicial, quanto no judicial. Naquela hipótese, evita-se o ajuizamento da ação civil pública de improbidade administrativa. Nessa, o acordo determina a resolução do processo, com julgamento de mérito, nos moldes do art. 487, inc. III, alínea “b”, CPC/2015. De toda sorte, em ambas as situações, homologado judicialmente, o instrumento adquire eficácia de título executivo judicial (art. 515, inc. II, do CPC/2015).

Em razão da independência de instâncias, a celebração do acordo não afasta responsabilização administrativa e penal pelo mesmo fato (art. 1º, §3º, da Resolução nº 179/17 do CNMP), tampouco importa reconhecimento automático de responsabilidade para fins diversos dos expressamente estabelecidos no acordo.

Nada impede que exista um diálogo entre as esferas penal, administrativa e cível, de modo a autorizar que a convenção se estenda para além dos limites da improbidade administrativa.²⁷ Nessa hipótese, será necessária uma reunião entre todos colegitimados na “negociação”, no sentido de participar do acordo de não persecução cível e firmar conjuntamente o instrumento, vinculando-os aos termos da convenção.

Releva consignar que o interessado não goza de direito subjetivo à realização do acordo, assim como dele não dispõe o réu da ação penal no tocante ao benefício da suspensão condicional do processo, consoante orientação pacífica dos Tribunais Superiores.²⁸ A proposta deve contar com a anuência dos legitimados ativos e não pode

²⁷ A atuação coordenada entre órgãos de um mesmo Ministério Público já havia sido externada em caso da Operação “Lava Jato”, pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, no inquérito civil 1.30.001.001111/2014-42. Na ocasião, restou consignado: “A atuação integrada – senão concentrada no mesmo órgão, como propugnado por esta Câmara de Coordenação e Revisão, ao demandar de todas as unidades a criação dos Núcleos de Combate à Corrupção – pode garantir que os acordos interessem e sejam aproveitados tanto em uma esfera quando noutra, evitando o risco de eventuais contradições e incompatibilidades, que possam representar risco à segurança jurídica.” (BRASÍLIA, 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Voto 9212/2016, inquérito civil 1.30.001.001111/2014-42, rel. Procuradora Mônica Nicida Garcia. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf. Acesso em: 17 set. 2020).

²⁸ Nesse sentido: HC 417.876/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 27/11/2017; APn 000871/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/10/2017, DJe 27/10/2017 AgRg no AREsp 1141600/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 20/10/2017; HC 388586/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 22/08/2017; AgRg no HC 404028/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 17/08/2017; AgRg no RHC 074464/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, julgado em 02/02/2017, DJe 09/02/2017.

ser objeto de imposição, seja pelos legitimados ativos, seja pelo investigado ou pelo Poder Judiciário, conforme já defendido por um dos autores em outra oportunidade²⁹.

Enfrentados os pontos em relação aos quais não remanescem maiores divergências, passa-se a abordar algumas questões controvertidas acerca do ANPC.

4. Aspectos controversos do acordo de não persecução cível

4.1. Limite temporal para celebração do acordo

Um primeiro pensamento a respeito da temática propõe que o termo final para celebração do ajuste seja o oferecimento da contestação, pois, segundo o art. 17, §10-A, da LIA, “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.”³⁰

Para os adeptos dessa forma de pensar, a interpretação vai ao encontro das razões do veto³¹ ao §2º do art. 17 e atende o princípio da celeridade processual, uma vez que não seria razoável permitir a alguém, que aguardou todo trâmite processual ou mesmo o postergou voluntariamente, apostando em alguma eventualidade (“v.g.”, prescrição), pudesse vir a ser contemplado, ao final da demanda, com o benefício legal. Não é essa a orientação de Armando Antonio Sobreiro Neto e Eduardo Cambi: “pouco sentido faria relativizar a aplicação das regras materiais de Direito Público mantendo a mesma rigidez e formalismo no direito processual clássico. A justiça negociada exige novos paradigmas para produzir resultados mais eficientes.”³²

Em sentido oposto, há quem considere adequado o trânsito em julgado da sentença condenatória como limite temporal para celebração do acordo de não persecução cível. Argumenta-se que a lei não estabeleceu um termo final e que o §2º do artigo 17 da LIA, em verdade, trata apenas da possibilidade de suspensão do prazo da contestação, caso as partes sinalizem a possibilidade de acordo, e não retira essa faculdade se, posteriormente, pretendam elas retomar a solução negocial frustrada.³³

²⁹ Cfr. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio “et al”. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 371-372.

³⁰ Entendimento defendido por CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. *Artigo inédito*. 2020.

³¹ Confira-se a íntegra do veto: “A propositura legislativa, ao determinar que o acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade, contraria o interesse público por ir de encontro à garantia da efetividade da transação e do alcance de melhores resultados, comprometendo a própria eficiência da norma jurídica que assegura a sua realização, uma vez que o agente infrator estaria sendo incentivado a continuar no trâmite da ação judicial, visto que disporia, por lei, de um instrumento futuro com possibilidade de transação.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm>. Acesso: 21 out. 2020.

³² CAMBI, Eduardo; SOBREIRO NETO, Armando Antonio. Improbidade administrativa eleitoral: notas sobre o acordo de não persecução cível celebrado pelo Ministério Público. *Artigo inédito*. 2020.

³³ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 995.

E há aqueles que, sem desconsiderar o limite da coisa julgada, admitem o acordo de não persecução cível após o trânsito em julgado.³⁴ Sustenta-se que, além de inexistir vedação legal, em algumas situações, a fixação de um termo final poderia contrariar a própria finalidade da Lei nº 8.429/1992, ao subtrair das partes uma das mais relevantes finalidades do processo: a pacificação da problemática social subjacente à causa. É a hipótese, “v.g.”, de cumprimento de sentença de improbidade administrativa em que o exequente não localiza bens em nome do devedor. Se em algum momento este se dispor a pagar a dívida mediante a celebração de acordo, não haverá razão, lógica e jurídica, para impedi-lo a fazê-lo.

Nas exatas palavras de um dos subscritores e de Rogerio Favreto:

O objetivo deve ser o melhor resultado para a defesa do interesse público e o acordo pode resultar em um desfecho melhor que o título executivo judicial. A análise deve ser feita caso a caso, nada havendo no sistema que vede a possibilidade, ainda que após o término do processo, como aliás em qualquer demanda judicial.³⁵

A posição parece coerente e razoável do ponto de vista pragmático e dogmático, pois, não se pode perder de mira, quando da celebração do acordo de não persecução cível, a defesa do interesse e do patrimônio público, que restaria prejudicada, em determinados casos, se mantida a inflexível fixação de limite temporal.

O relevante deve ser sempre a defesa de um resultado que melhor assegure a preservação do interesse público.

4.2. Necessidade de homologação do acordo de não persecução cível e de participação do colegitimado

Uma vez proposto o acordo de não persecução cível, interessa saber se caberia, ou não, ao Conselho Superior dos Ministérios Públicos Estaduais, às Câmaras de Revisão do Ministério Público da União e ao órgão superior da pessoa jurídica lesada homologar o instrumento e se a homologação judicial seria, ou não, obrigatória.

Na fase extrajudicial, parece não remanescer dúvidas quanto à necessidade de homologação tão somente pelo órgão superior do Ministério Público ou do órgão ou entidade da Administração Pública lesada.³⁶ Armando Antonio Sobreiro Neto e Eduardo Cambi citam interessante hipótese de acordo de não persecução cível em improbidade administrativa eleitoral que prescinde de homologação judicial,

³⁴ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. Possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível. In: *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 367-8.

³⁵ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. Possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível. In: *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 368.

³⁶ Cfr. art. 5º, §§ 4º-6º, da Resolução 01/2017, do MPPR, e art. 10º da Resolução nº 1.193/2020, do MPSP.

consistente na obrigação para retirar propagandas de sites etc.³⁷ Nesse caso, não haveria nenhum conflito de interesse passível de exame judicial, tampouco prejuízo à liberdade de expressão.

Excepcionam-se as hipóteses de suspensão dos direitos políticos, perda da função pública e proibição de contratar com o Poder Público. Apesar de inexistir regra expressa nesse sentido e conquanto o acordo tenha força de título executivo extrajudicial (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85), é imprescindível o controle do próprio órgão superior ministerial ou da pessoa jurídica lesada, seguido da homologação judicial. Reclama-se o duplo controle porque se está diante de sanções das mais severas previstas na Lei nº 8.429/1992, cujos efeitos atingem direitos fundamentais de alta densidade (direitos políticos, liberdade de trabalhar, livre iniciativa etc.).

Nem se cogite que o art. 20, “*caput*”, da Lei nº 8.429/92 (“A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”) justificaria a retirada da sanção de perda da função pública do âmbito de negociação do acordo de não persecução cível, pois tal dispositivo visa limitar tão somente a concessão de tutelas jurisdicionais provisórias, e não propriamente impedir a justiça negociada.

Não faria sentido tornar inválida uma sanção aceita de forma livre e voluntária pelo autor do ato ímprobo, se semelhante lógica se aplica a outras composições do gênero, a exemplo dos acordos de não persecução penal (art. 28-A do CPP) e de colaboração processual (art. 4º da Lei nº 12.850/13).

Não se justifica do ponto de vista lógico a distinção entre um investigado, que confessa a prática delitiva e se sujeita, espontaneamente, às restrições penais, sem condenação judicial, daquele agente ímprobo, que reconhece a prática da improbidade administrativa e aceita celebrar acordo de não persecução cível.

Ainda que se possa argumentar que não se trata da imposição de sanções, mas de obrigações *equivalentes* às sanções³⁸, não se pode afirmar que um acordo de vontades fere a cláusula do devido processo legal (art. 5º, inc. LV, CF). Não há coação, mas livre negociação em torno dos termos do acordo, que poderá, ou não, ser acatado pelo compromissário e seu advogado. O controle posterior submete a um terceiro alheio ao negócio jurídico a análise acerca da legalidade, da adequação, suficiência e legalidade das cláusulas da convenção, reforçando a constitucionalidade do instituto.

Nunca é demasiado lembrar que nenhum direito fundamental é absoluto. Essa perspectiva, se aplicada ao acordo de não persecução cível, traduz a ideia de um ajuste em que se relativizam determinados direitos fundamentais à vista de outros que, à luz da solução do caso concreto, encerram maior densidade e, como tal, merecem preponderância³⁹.

³⁷ CAMBI, Eduardo; SOBREIRO NETO, Armando Antonio. Improbidade administrativa eleitoral: notas sobre o acordo de não persecução cível celebrado pelo Ministério Público. *Artigo inédito*. 2020.

³⁸ PEREIRA, Rafael. Parâmetros para aplicação do acordo de não persecução cível criado pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019). *Artigo inédito*. 2020.

³⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

Segundo parcela da doutrina,⁴⁰ quando o acordo é celebrado na fase judicial e não envolve nenhuma daquelas três sanções, prescinde da análise pelo órgão interno do Ministério Público, em razão do texto expresso no art. 6º, §1º, da Resolução nº 179/2017 do CNMP.⁴¹ Semelhante solução se aplica ao acordo celebrado por órgão ou entidade da Administração Pública lesada pelo ato de improbidade administrativa. Bastaria, pois, a mera homologação judicial. Há, no entanto, quem reclame a participação do órgão colegiado superior.⁴² Argumenta-se que o controle evitaria que um terceiro estranho analisasse o mérito do acordo, fugindo da ideia de autocomposição. Invoca-se ainda a noção de uniformização dos acordos substitutivos, com base no fundamento de que, enquanto o juiz analisa o acordo de não persecução cível de determinado caso concreto, o órgão superior (seja do Ministério Público, seja do ente público lesado) o faz em relação a todos ajustes que estão sob sua órbita de atuação.

De qualquer forma, é recomendável que o agente do Ministério Público ou do ente público lesado, antes da homologação do acordo (art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92), intime a pessoa jurídica de direito público lesada para dele tomar ciência e, querendo, intervir, por se tratar de colegitimada na celebração de compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85) e na propositura da ação civil pública por improbidade administrativa (art. 17, “*caput*”, da Lei nº 8.429/92).

Embora se trate de legitimidade concorrente e disjuntiva, de molde a prescindir da anuência, autorização e/ou participação do colegitimado, dúvidas não há de que a manifestação da advocacia pública ou do respectivo órgão de representação jurídica do ente lesado inibe a celebração de acordos incompletos e que possam vir a ser questionados perante o Poder Judiciário. Com isso, confere-se maior segurança jurídica ao cumprimento do ajuste.

Em caso de dissenso entre colegitimados, seja total ou parcial (v.g., irresignação quanto a determinada cláusula pactuada), o acordo permanecerá válido e eficaz. No entanto, nada impede que o resiliente o questione judicialmente. Conforme lecionam um dos subscritores e Rogério Favreto,⁴³ “Não se pode admitir que caprichos ou simples posições pessoais possam impedir a realização dos acordos.” Se algum(ns) do(s) legitimado(s) se sentir(em) lesado(s) juridicamente pelo acordo levado a efeito pelo colegitimado, sempre haverá a possibilidade da via recursal para veicular a

⁴⁰ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 995.

⁴¹ “Art. 6º Atentando às peculiaridades do respectivo ramo do Ministério Público, cada Conselho Superior disciplinará os mecanismos de fiscalização do cumprimento do compromisso de ajustamento de conduta tomado pelos órgãos de execução e a revisão pelo Órgão Superior do arquivamento do inquérito cível ou do procedimento no qual foi tomado o compromisso, observadas as regras gerais desta resolução. § 1º Os mecanismos de fiscalização referidos no *caput* não se aplicam ao compromisso de ajustamento de conduta levado à homologação do Poder Judiciário”.

⁴² PEREIRA, Rafael. Parâmetros para aplicação do acordo de não persecução cível criado pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019). *Artigo inédito*. 2020.

⁴³ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. Possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível. In: *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 372.

insurgência, “mas não resta viável a utilização de uma oposição, de uma barreira intransponível, por si só, à realização de acordos.”⁴⁴

Por outro lado, quando o ANPC vier a ser celebrado pelo ente público lesado, também se faz necessária a intervenção do Ministério Público. Se a atuação do Ministério Público é obrigatória como fiscal da ordem jurídica, na ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada pela pessoa de direito público lesada (art. 17, § 4º, da Lei nº 8.429/92), com maior razão a atuação fiscalizadora deve ocorrer nos acordos de não persecução cível discutidos pela pessoa de direito público lesada, mormente quando necessitam de homologação judicial, o que se propõe com base no art. 127, “*caput*”, Constituição Federal.

Além disso, nunca é demais lembrar que a instituição tem legitimidade para executar o compromisso de ajustamento de conduta firmado por outro ente público, em caso de omissão no descumprimento das obrigações assumidas (art. 12 da Resolução 179/2017 do CNMP), de modo que a sua intervenção é imperiosa.

4.3. Acordo de não persecução cível em casos de solidariedade passiva

Não menos relevante é a celebração de acordo de não persecução cível em casos de solidariedade passiva. Por um lado, o art. 264 do Código Civil dispõe que: “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.” Por outro, o art. 844 do mesmo Código estabelece: “A transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela intervierem, ainda que diga respeito a coisa indivisível.”

Em casos de solidariedade passiva em matéria de improbidade administrativa, se a obrigação for de caráter divisível, parece não remanescer maiores controvérsias quanto à possibilidade de estabelecer a cota parte da dívida para fins de acordo. Diferente é a hipótese de obrigação indivisível, em que a autocomposição parcial restará prejudicada se não contar com a intervenção e concordância de todos os devedores.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que não há litisconsórcio passivo necessário na ação de improbidade administrativa entre agentes públicos e eventuais terceiros beneficiários ou participantes.⁴⁵

Pelo art. 3º da Lei nº 8.429/92, as “disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”. É certo que as sanções da Lei de Improbidade também alcançam os particulares que, de qualquer forma, tenham concorrido para o ato ímprobo⁴⁶. O que

⁴⁴ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. Possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível. In: *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 372.

⁴⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1579273/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020.

⁴⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.789.492/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 23/5/2019.

não se admite é o ajuizamento da ação de improbidade administrativa exclusivamente em face de particulares, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda⁴⁷. Por essa ótica, seria inadmissível a celebração de acordos parciais de não persecução cível em que figura como compromissário apenas o particular enredado na improbidade.

Esse posicionamento, de certa forma, é contraditório com a própria jurisprudência do STJ, na medida em que, como visto, a Corte reconhece a inexistência de litisconsórcio passivo necessário. Ressalvada a já mencionada situação de indivisibilidade, seria desarrazoado exigir que todos investigados concordem com a autocomposição para que o Ministério Público ou qualquer um dos colegitimados aproveitem a colaboração do agente público investigado na celebração do acordo de não persecução. Se inviável a discussão conjunta, não haveria dificuldade alguma para as condutas serem analisadas e processadas em processos distintos. Nesse sentido, obtempera Sofia Cavalcanti Campelo:

Como a escolha por demandar mais de um devedor solidário é um direito do credor, parece possível – e razoável – que o MP e/ou a pessoa jurídica lesada renuncie, em relação ao signatário do acordo, ao direito de cobrar a totalidade do valor arbitrado a título de reparação de danos, apenas exigindo a sua parte da obrigação, quer no acordo, quer em futura ação judicial.⁴⁸

Como medida alternativa, poderão os colegitimados, ao optarem pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa, perseguir apenas o efeito declaratório (reconhecimento da improbidade), no tocante ao agente público que participou do ANPC, ao argumento de com ele já ter ajustado as sanções cabíveis, e, em relação ao particular, requerer provimento de natureza condenatória, se este não tiver interesse ou não for incluído no acordo.

4.4. A previsão de cláusulas pró-futuro nos acordos de não persecução cível

Além das consequências indesviáveis – reparação do dano e perda dos bens acrescidos illicitamente – o acordo de não persecução cível poderá prever sanções de natureza cível, administrativo-funcionais e políticas⁴⁹.

A composição sobre as reprimendas criminais exigirá procedimento próprio de acordo com a recente Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime). Dúvida não há sobre

⁴⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1678206/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 26/05/2020, DJe 05/06/2020.

⁴⁸ CAMPELO, Sofia Cavalcanti. Acordo em Ação de Improbidade Administrativa: Desafios atuais e perspectivas para o futuro. *Revista dos Tribunais*, vol. 1011, jan./2020.

⁴⁹ CAMBI, Eduardo; BORTONCELLO, Luis Gustavo Patuzzi; LIMA, Diogo de Araujo. A superação da míope interpretação do patrimônio público: o acordo em ato de improbidade administrativa. *Artigo inédito*. 2020.

o cabimento das sanções de efeito imediato. A questão é: seria possível o acordo prever cláusulas pró-futuro, ou seja, de efeito automático em caso de reiteração do ato ímprobo?

Como exposto, embora de severa consequência, é inegável que toda e qualquer sanção nas searas cível, administrativo-funcionais e políticas pertence ao rol de disposição do agente. Desde a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio até a perda da função pública, suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o poder público, não há nenhuma impossibilidade na composição. Não se ignora a dificuldade em acreditar que o investigado por ato ímprobo aceite acordo que estabeleça todas as sanções previstas na LIA, cumulativamente. Difícil, mas não impossível.

Convém observar que a fixação de sanções condicionais – pró-futuro – além de representar maior preservação da probidade administrativa, empresta ao acordo maior probabilidade de concretização e completa execução. Quando o autor da improbidade, por exemplo, em ato ímprobo de menor vulto, além de ressarcir integralmente o erário, de pagar multa civil e de perder os bens acrescidos ilicitamente, se comprometer a perder a função pública, a ter seus direitos políticos suspensos ou reste proibido de contratar com o poder público por “x” anos, obviamente haverá redobrada atenção não só no cumprimento do acordo, mas, especialmente, nos atos comissivos e omissivos à frente da coisa pública.

Não se pode olvidar que as cláusulas pró-futuro contendo novas sanções resguardam, inclusive, a dupla afetação do patrimônio público, pois a reiteração da improbidade acaba por merecer maior e severa reprimenda em razão do desprezo, pelo gestor e eventual coinvestigado, da probidade e legalidade necessárias.

4.5. Acordo de não persecução cível e independência de instâncias

De complexa abordagem – e apenas a detalhada análise do caso concreto permitirá fazê-la com a qualidade necessária – é a repercussão da absolvição criminal, pelos mesmos fatos que ensejaram a improbidade administrativa, após a celebração do acordo de não persecução cível⁵⁰.

Sem dúvidas, não é toda e qualquer absolvição criminal que vai gerar efeito na seara cível, sendo a autonomia das esferas assunto já pacificado.

Contudo, nas hipóteses em que o juiz declara a inexistência do fato ou a exclusão da autoria, o autor poderia buscar, judicialmente ou por composição com o Ministério Público, a anulação do acordo e o retorno ao “*status quo ante*”?

Em regra, a resposta é negativa em razão da voluntariedade do acordo que versa sobre direitos disponíveis.

⁵⁰ CAMBI, Eduardo; BORTONCELLO, Luis Gustavo Patuzzi; LIMA, Diogo de Araujo. A superação da míope interpretação do patrimônio público: o acordo em ato de improbidade administrativa. *Artigo inédito*. 2020.

Sem embargo, há situações em que o caso concreto admitirá a anulação do acordo. Ocorre, por exemplo, quando a ação penal trazer um rol probatório mais extenso e qualificado, com provas desconhecidas e/ou que não puderam ser produzidas ao longo do inquérito civil ou da ação civil pública.

No entanto, quando não houver consistente inovação no quadro probatório, com provas impossíveis de serem produzidas ou desconhecidas pela parte interessada, o rigor sobre a segurança jurídica do acordo deve ser observado.

4.6. Os limites do controle judicial sobre o acordo de não persecução cível

Entre as estruturas clássicas de resolução de conflitos e técnicas alternativas de solução de disputas sociais, encontram-se a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição.

A autotutela é considerada o meio mais primitivo de solução de conflitos. Por intermédio dela, resolvía-se a querela com as próprias mãos. Conforme Maurício Godinho Delgado, “a autotutela ocorre quando o próprio sujeito busca afirmar, unilateralmente, seu interesse, impondo-o (e impondo-se) à parte contestante e à própria comunidade que o cerca.”⁵¹ Exemplo clássico é o direito de greve, previsto no art. 9º da Constituição Federal e regulamentado pela Lei nº 7.783/1989.

Na autocomposição, por sua vez, a solução é construída pelas próprias partes envolvidas no litígio, com ou sem a intervenção de terceiros, mas, independentemente disso, sem o uso da força. Nas palavras de Francisco José Cahali, na autocomposição, “embora possa participar um terceiro facilitador da comunicação (inclusive com propostas de solução, conforme o caso), o resultado depende exclusivamente da vontade das partes.”⁵²

Já na heterocomposição, a decisão sobre o conflito é entregue a terceira pessoa, que estabelece, forma imperativa, a solução do caso concreto. A heterocomposição pode ocorrer de duas formas: a arbitral, quando as partes escolhem um terceiro de sua confiança para decidir a causa; e a jurisdicional, quando uma das partes, valendo-se do direito de ação, provoca o Poder Judiciário, em busca de uma decisão imperativa, dotada de poder coercitivo e em caráter definitivo.

No caso da autocomposição, as partes estão autovinculadas às convenções pelo livre acordo de vontades, enquanto que na heterocomposição, juízes e árbitros estão adstritos ao ordenamento jurídico (heterovinculação), submetendo-se às normas jurídicas – sejam legisladas ou pactuadas (contratos e convenções)⁵³.

Trazendo essas premissas ao instituto aqui estudado, conclui-se que o acordo de não persecução civil constitui uma forma de autocomposição. Por intermédio dele,

⁵¹ DELGADO, Maurício Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. *Revista LTr*, v. 66, n. 6, jun. 2002, São Paulo, p. 663.

⁵² CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 43.

⁵³ CAMBI, Eduardo; SOBREIRO NETO, Armando Antonio. Improbidade administrativa eleitoral: notas sobre o acordo de não persecução cível celebrado pelo Ministério Público. *Artigo inédito*. 2020.

em troca do não ajuizamento da ação, se extrajudicial, ou da resolução do mérito da demanda, se já ajuizada, as partes negociam aplicação de uma ou de alguma das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, conforme a gravidade dos fatos praticados.

No modelo de consensualidade um dos seus pressupostos é a solução negociada pelas próprias partes. Assim, o protagonismo processual, até então centralizado na figura do juiz, desloca-se para os atores envolvidos no conflito⁵⁴. Quem, então, define as sanções cabíveis (entre aquelas, por certo, com previsão constitucional e legal), a forma, o modo com que serão aplicadas e outros aspectos vinculados à operacionalização do acordo são as próprias partes, por meio de uma negociação regrada, a partir de normas constitucionais e infraconstitucionais.

Evidentemente, o Estado-Juiz não ficará alheio ao controle que lhe é pertinente, afinal, como lecionam um dos subscritores e Rogério Favreto, “[...] o Poder Judiciário não é um mero carimbador de acordo”.⁵⁵ Do contrário, sequer haveria necessidade de homologação.

No entanto, o exercício desse controle exige cautela. O juiz, ao analisar o acordo, não pode interferir na proposição do ajuste, tampouco substituir seu conteúdo⁵⁶. Não lhe é dado interferir no mérito do ato jurídico, tampouco no conteúdo de suas cláusulas. O aprofundamento na análise dos requisitos formais e, de maneira excepcional, materiais do acordo de não persecução cível, se não exercido com a prudência necessária, pode eventualmente desvirtuar a natureza do ajuste enquanto negócio jurídico, repercutindo na liberdade e autonomia da vontade das partes, bases do modelo autocompositivo, o que destoaria da novel proposta de justiça negociada introduzida no Direito Sancionador brasileiro.

Partindo dessa premissa, se houver discordância do Poder Judiciário em relação à estrita legalidade dos termos do acordo, caber-lhe-á devolvê-lo às partes para adequação pertinente. A conclusão é possível por analogia ao acordo de não persecução penal, disciplinado no art. 28-A do Código de Processo Penal, cujo §5º prescreve: “Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor”.

Esse raciocínio, por certo, não exclui o controle sobre aquelas situações de patente desproporcionalidade e que se enquadraria no exame de legalidade (em sentido “*lato sensu*”) já abordado quando do juízo homologatório do acordo. Nesse sentido, o exemplo citado por Renato de Lima Castro:

⁵⁴ CABRAL, Antônio do Prado. *Convenções processuais*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

⁵⁵ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. Possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível. In: *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 373.

⁵⁶ CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. *Artigo inédito*. 2020.

É a hipótese, *v.g.*, em que se leva ao Judiciário, para homologação, acordo de não persecução cível que tem como sanções a suspensão de direitos políticos e perda da função pública de vereador pelo fato do agente ímprobo ter passado no supermercado com veículo oficial, a caminho da Câmara Municipal, para comprar alguns produtos de limpeza para sua residência. O fato viola os princípios da impessoalidade e moralidade, mas as sanções impostas no acordo não mantêm proporcionalidade e razoabilidade com o desvalor de conduta e de resultado do ato ímprobo, sendo desproporcionais.⁵⁷

Porém, mesmo nessas hipóteses, o controle judicial deve se restringir aos casos manifestamente desproporcionais e teratológicos, sob pena de retornar ao vetusto modelo de solução de conflitos em matéria de improbidade administrativa e retroceder no significativo avanço que representou a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) em termos de celeridade e eficiência no combate à corrupção.

5. Conclusões

A nova redação do art. 17, §1º da Lei nº 8.429/92, para além de acompanhar essa mudança de paradigma do direito sancionador, representou significativo avanço no combate à corrupção.

No entanto, perdeu-se uma grande oportunidade de encerrar definitivamente a discussão sobre diversos temas envolvendo o acordo de não persecução cível, em razão da carência de regulamentação sobre aspectos materiais e procedimentais.

A lacuna não impede a efetiva implementação do acordo de não persecução cível, cuja consecução pode se dar mediante uma construção hermenêutica e de interpretação sistemática, por meio do chamado microsistema anticorrupção, com destaque para Lei nº 12.529/2011, que trata, entre outros aspectos, do acordo de leniência em relação às infrações à ordem econômica, e para Lei nº 12.846/2013, que versa sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública.

Definir o conceito, a natureza jurídica e a legitimidade são premissas fundamentais para delimitar os contornos do acordo de não persecução cível e, assim, compreender as controvérsias que cercam a temática. A partir daí será possível reunir condições mínimas capazes de induzir algumas conclusões, entre elas a inexistência de termo final para celebração do acordo de não persecução cível, que não encontra limite temporal enquanto se mostrar útil para defesa do interesse e do patrimônio público; nas hipóteses de suspensão dos direitos políticos, de perda da função pública e de proibição de contratar com o Poder Público é imprescindível o duplo controle

⁵⁷ CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. *Artigo inédito*. 2020.

tanto pelo órgão superior do Ministério Público ou do ente público lesado, quanto do Poder Judiciário; a intervenção no acordo pelo colegitimado que dele não participou, em regra, não constitui requisito de validade e eficácia da convenção, e eventual dissenso imotivado não impede a sua concretização; e que é possível a celebração de acordo em casos de solidariedade passiva envolvendo obrigações divisíveis, inclusive quando o compromissário se restringe ao particular enredado no ato ímprobo.

Ainda, a título de conclusão, identifica-se a possibilidade de previsão de cláusulas pró-futuro nos acordos de improbidade, ou seja, de efeito automático em caso de reiteração do ato ímprobo, na medida em que, além de representar maior preservação da probidade administrativa, empresta ao acordo maior probabilidade de concretização e completa execução.

A absolvição criminal, após a celebração do acordo de não persecução cível e pelos mesmos fatos que ensejaram a improbidade administrativa, em regra, não afeta os termos do ato jurídico perfeito e acabado, salvo quando a ação penal trouxer um rol probatório mais extenso e qualificado, com provas desconhecidas e/ou que não puderam ser produzidas ao longo do inquérito civil ou da ação civil pública.

O controle judicial sobre os termos do acordo de não persecução cível merece cautela, porque, se, por um lado, “[...] o Poder Judiciário não é um mero carimbador de acordo”,⁵⁸ por outro, deve observar a natureza do ajuste enquanto negócio jurídico, cujas bases são a liberdade e autonomia da vontade, próprias do modelo autocompositivo. Eventual intromissão no mérito do acordo significaria retroceder o avanço que representou a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) em termos de celeridade e eficiência no combate à corrupção.

Bibliografia

ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 2ª parte. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista Direito Processual Geral*. Rio de Janeiro, 2005.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *AREsp 1579273/SP*. Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020.

_____, Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.789.492/PR*, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe 23/5/2019.

⁵⁸ Cfr. GAJARDONI, Luiz Fernando “et al”. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 373.

_____, Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1678206/RS*, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 05/06/2020.

CABRAL, Antônio do Prado. *Convenções processuais*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CAMBI, Eduardo; SOBREIRO NETO, Armando Antonio. Improbidade administrativa eleitoral: notas sobre o acordo de não persecução cível celebrado pelo Ministério Público. *Artigo inédito*. 2020.

_____; LIMA, Diogo de Araujo; NOVAK, Mariana Sartori. Acordo de Não Persecução Cível. *Artigo inédito*. 2020.

_____; BORTONCELLO, Luis Gustavo Patuzzi; LIMA, Diogo de Araujo. A superação da míope interpretação do patrimônio público: o acordo em ato de improbidade administrativa. *Artigo inédito*.

CAMPELO, Sofia Cavalcanti. Acordo em Ação de Improbidade Administrativa: Desafios atuais e perspectivas para o futuro. *Revista dos Tribunais*, vol. 1011, jan./2020.

CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. *Artigo inédito*. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, Resolução n.º 179/2017, de 26 de julho 2017. Disciplina a tomada do compromisso de ajustamento de conduta no âmbito do Ministério Público. Brasília-DF. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. *Revista LTr*, v. 66, n. 6, jun. 2002, São Paulo.

DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Justiça multiportas e os conflitos envolvendo a Administração Pública: arbitragem e os interesses públicos disponíveis. *Revista Jurídica Unicuritiba*, vol. 03, n. 60, p. 361-383, jul.-set. 2020.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes.

GAJARDONI, Luiz Fernando da; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otavio Sequeira; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020.

GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial de incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. *Revista Síntese: Direito Administrativo*. São Paulo, v. 12, n. 141, Edição Especial, set. 2017.

LOPES, Paula Lino. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, vol. 274, dezembro/2017.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009.

MUDROVITCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Leniência e improbidade: a proposta trazida pelo PL 10.887/2018. *Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-19/leniencias-questao-leniencia-improbidade-propostatrazida-pl108872018#:~:text=Leni%C3%Aancia%20e%20improbidade%3A%20a%20propost%20trazida%20pelo%20PL%2010.887%2F2018,19%20de%20setembro&text=O%20artigo%2017%2%20%C2%A7%201%C2%BA,de%20que%20trata%20o%20caput%E2%80%9D.&text=Esse%20movimento%20%20influenciado%20pelas%20t%C3%A9nicas,consensual%20inauguradas%20pela%20Lei%20n.>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

PEREIRA, Rafael. Parâmetros para aplicação do acordo de não persecução cível criado pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019). *Artigo inédito*. 2020.

SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. *Revista de processo*, vol. 303, maio/2020.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. *Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa*. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. Brasília: MPF, 2018. Disponível: <<http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/camaras/combate-a-corrupcao/publicacoes>>. Acesso em: 23 ago. 2020.