



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Rubens Soares Sá Viana Junior

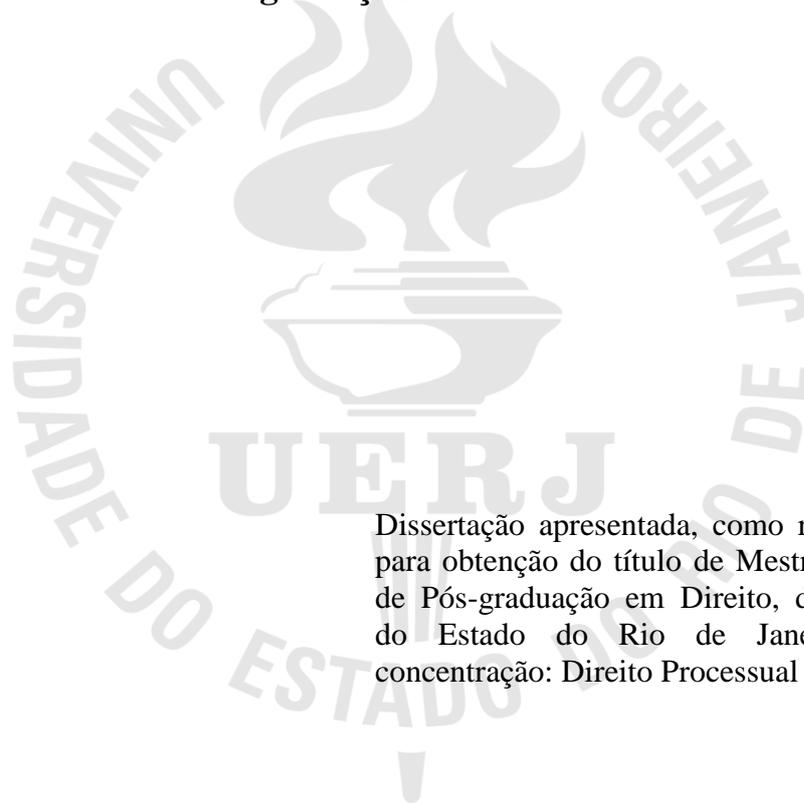
**Acordo de Não Persecução Civil. Primazia do Consenso na Improbidade
Administrativa. Segurança Jurídica e Transversalidade**

Rio de Janeiro

2022

Rubens Soares Sá Viana Junior

**Acordo de Não Persecução Civil. Primazia do Consenso na Improbidade
Administrativa. Segurança Jurídica e Transversalidade**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual

Orientador: Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Rio de Janeiro

2022

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

V614

Viana Júnior, Rubens Soares Sá.

Acordo de não persecução civil. Primazia do consenso na improbidade administrativa. Segurança jurídica e transversalidade / Rubens Soares Sá Viana Júnior. - 2022.

159 f.

Orientador: Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho.
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Improbidade administrativa - Teses. 2. Segurança jurídica – Teses.
3. Jurisdição – Teses. I. Pinho, Humberto Dalla Bernardina de. II.
Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.35

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Rubens Soares Sá Viana Junior

**Acordo de Não Persecução Civil. Primazia do Consenso na Improbidade
Administrativa. Segurança Jurídica e Transversalidade**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Aprovada em 09 de dezembro de 2022.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Profa. Dra. Flavia Pereira Hill
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte
Universidade de Salamanca da Espanha

Rio de Janeiro

2022

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho, de início, a Deus que me permitiu cumprir meus compromissos, mesmo diante de minhas inúmeras limitações.

Aos colegas do XL Concurso da Magistratura do TJRJ. Escolhemos servir à causa da Justiça. Que assim seja por toda a vida!

Aos meus pais Rubens e Denair, por tanto amor e tanta dedicação. Como foi mais fácil viver com seus exemplos.

Aos meus filhos João Pedro e Alice, mensagens de Deus na minha vida.

AGRADECIMENTOS

A conclusão de uma dissertação é uma tarefa complexa e que exige uma dedicação além das obrigações cotidianas, especialmente no caso da escolha de um tema multidisciplinar que se relaciona com diversos ramos do direito.

Agradeço, primordialmente, ao Professor Humberto Dalla Bernardina de Pinho, mais importante referência que conheci no Direito Processual Brasileiro.

Agradeço, por conseguinte, aos professores e professoras do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, razão de orgulho para nosso Estado e para o Direito Processual Brasileiro. Aprendi intensamente tantos temas que objetivam apenas elevar o direito processual como instrumento de efetivação e concretização da Justiça.

Agradeço aos colegas alunos do Mestrado e Doutorado da UERJ pelo aprendizado constante e por compartilharem comigo, em inúmeros momentos, as mais instigantes questões do Direito Processual.

Sou muito grato aos meus serventuários do TJRJ, verdadeiros companheiros de um trabalho que fazemos em equipe.

RESUMO

VIANA JUNIOR. Rubens Soares Sá. *Acordo de Não Persecução Civil. Primazia do Consenso na Improbidade Administrativa. Segurança Jurídica e Transversalidade*. 2022. 159 f. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

A evolução do Direito Processual exige de todos os atores do Sistema de Justiça uma visão modernizada acerca da Primazia dos atos de Consenso no Direito Brasileiro em todos os seus ramos e, especialmente, no Direito Sancionador, instituindo-se elementos de segurança jurídica e de transversalidade. Inconcebível que a oferta de uma peça acusatória ou mesmo de pretensão punitiva de ordem judicial não tenha qualquer tentativa de solução consensual do conflito. Novos conceitos acerca da indisponibilidade do interesse público, especialmente quanto à autorização para que direitos outrora indisponíveis sejam plenamente transacionáveis ou, por fim, dogmas abstratos de conveniência e oportunidade para agentes gestores de procedimentos persecutórios, passaram por uma revolução que demanda atuação regrada acerca da importância da resolução mais adequada ao caso concreto. Frustrar a solução adequada é impedir ou retardar a pacificação e a pronta solução do caso concreto, retirando de gerações a regular fruição de bens e recursos que deveriam ser empregados em seu favor. A pronta reparação de danos, assim como a readequação da conduta de um sujeito ou de terceiros porventura envolvidos em atos lesivos ou com risco de lesão são fatores que, de plano, devem fomentar a atuação conciliatória. A visão demandista que se transforma numa litigiosidade exagerada, assim como uma indevida cultura da sentença estão a prejudicar toda a ordem jurídica brasileira, levando ao fracasso das mais relevantes causas que ficam submersas em outros debates que não encontram, mesmo com a modernidade do CPC de 2015, instrumentos eficazes de satisfação. Por tais premissas, busca-se pontuar que o consenso é a ferramenta mais adequada e concreta para solução dos casos mais complexos, mormente pela constatação de que são exatamente esses casos que não recebem do sistema da decisão adjudicada a correta resposta. A concretização do consenso como instrumento real de solução exige, no mais, os mais relevantes contornos de segurança jurídica. Agentes interessados na composição não podem sofrer consequências mais graves em relação aos que se mantêm silentes ao consenso, ocultam ou dificultam a resolução de uma pretensão legítima. Nestes termos, lavrado um ato de autocomposição autorizado por Lei, pelos mais variados instrumentos hoje positivados, não se concebe que tal negócio não tenha os efeitos esperados, criando verdadeiro impasse ao pactuante ou mesmo permitindo riscos que, ao final, incentivarão a sua recusa ou novas concessões. Pelo exposto, apenas com instrumentos de cooperação de todos os agentes, assim como regras claras de segurança e transversalidade das disposições será possível avançar no direito brasileiro, a fim de que todo ato de consenso seja observado e respeitado por ramo jurídico diverso, quer para eliminar idênticas sanções, quer para reduzir consequências ou mesmo impedir o *bis in idem* tão ofensivo às garantias constitucionais do cidadão.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Direito Sancionador. Acordo de Não Persecução Civil. Primazia do Consenso. Segurança Jurídica. Transversalidade.

ABSTRACT

VIANA JUNIOR, Rubens Soares Sá. *Civil Non-Prosecution Agreement. Primacy of Consensus in Administrative dishonesty. Legal Certainty. Transversality.* 2022. 159 f. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

The Evolution of Procedural Law requires from all actors of the Justice System the modernized view about the Primacy of Consensus Acts in Brazilian Law in general and, especially, in Sanction Law, instituting elements of legal certainty and of transversality. It is inconceivable that the offer of an accusatory piece or even a punitive claim of a judicial and political or administrative nature does not have any attempt at a consensual solution to the conflict. New concepts about the unavailability of the public interest, especially regarding the authorization for previously unavailable rights to be fully tradable or, finally, abstract dogmas of convenience and opportunity for agents managing persecutory procedures have undergone a Revolution that demands regulated action on the importance of solution best suited to the specific case. To frustrate the adequate solution is to prevent and delay the pacification and the prompt solution of controversies, depriving generations of the regular enjoyment of goods and resources that should be used in their favor. Prompt compensation for damages, as well as the adequacy of the conduct of an agent or third parties who may be involved in acts of improbity are factors that, in plan, should encourage conciliatory action. The demanding view that becomes an exaggerated litigation, as well as an undue culture of the sentence are harming the entire Brazilian Legal Order, leading to the failure of the most relevant causes that are submerged in other debates that they do not find, even with the modernity of the CPC of 2015, effective solution instruments. Based on these premises, we seek to point out that the Consensus is the most adequate and concrete tool for solving the most complex cases, mainly due to the fact that it is these cases that do not receive the correct answer from the adjudicated decision system. The achievement of consensus as a concrete instrument of solution requires, moreover, the most relevant contours of legal certainty. Agents interested in the composition cannot suffer more serious consequences than those who remain silent to the consensus, hide or hinder the solution of a legitimate claim. In these terms, having drawn up an act of consensus authorized by Law, by the most varied instruments approved today, it is not conceivable that such a deal does not have the expected effects, creating a real impasse for the agreement or even allowing risks that, in the end, will encourage its refusal or new concessions. For the above, only with instruments of cooperation of all the agents, as well as clear rules of security and transversality of the dispositions, it will be possible to advance in our law, so that every act of consensus is observed and respected by a different legal branch, either to eliminate identical sanctions, either to reduce consequences or even to prevent the *bis in idem* so offensive to the constitutional guarantees of citizens.

Keywords: Administrative dishonesty. Sanctioning Law. Civil Non-Prosecution Agreement.

Primacy of Consensus. Legal certainty. Transversality.

ABREVIATURAS

ANPC	Acordo de Não Persecução Civil
ANPP	Acordo de Não Persecução Penal
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CGMP	Corregedoria Geral do Ministério Público
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CSMP	Conselho Superior do Ministério Público
LACP	Lei de Ação Civil Pública
LAE	Lei de Anticorrupção Empresarial
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MPES	Ministério Público do Estado do Espírito Santo
MPMG	Ministério Público do Estado de Minas Gerais
MPPR	Ministério Público do Paraná
MPRJ	Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
MPRS	Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
MPSP	Ministério Público do Estado de São Paulo
PGE/RJ	Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro
PGJ	Procuradoria Geral de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	10
1	EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE JURISDIÇÃO.....	13
1.1	Da decisão adjudicada para um sistema de Métodos Adequados de Solução dos conflitos	13
1.2	Considerações sobre a indisponibilidade do interesse público	17
1.3	Direitos indisponíveis transacionáveis.....	20
1.4	Posituação evolutiva de instrumentos de consenso no direito penal, empresarial e na improbidade administrativa.....	24
1.5	A nova LINDB como Cláusula Geral da Autocomposição pela Administração Pública.....	29
1.6	O consenso como instrumento adequado para solução de conflitos sancionatórios.....	34
2	SEGURANÇA JURÍDICA COMO PILAR DO SISTEMA DE JUSTIÇA	36
2.1.	Elementos do Princípio da Segurança Jurídica	36
2.2	Segurança no ordenamento.....	39
2.3	Segurança para os pactuantes	41
2.4	Princípios da boa-fé procedimental e lealdade das relações jurídicas.....	42
2.5	Proteção da confiança	44
3	DIREITO SANCIONADOR E SUA APLICAÇÃO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	46
3.1	Conceito.....	46
3.2	Fundamentos.	50
3.3	Unidade do Sistema Punitivo.....	51
3.4	Princípio do Devido Processo Legal.....	53
3.5	Princípio da Legalidade	55
3.6	Tipicidade como fundamento para sanções punitivas.....	58
3.7	Retroatividade da norma mais benéfica e sua análise pelo STF	60
3.8	Princípio da vedação ao <i>bis in idem</i>.....	66
3.9	Independência ou Interdependência das instâncias.....	72
3.9.1	<u>Proporcionalidade</u>	78
3.9.2	<u>Consensualidade no Direito Sancionador</u>	82

4	ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL.....	84
4.1	Conceito.....	84
4.1.1	<u>Legitimidade para a tutela da Improbidade Administrativa e para o ANPC.....</u>	88
4.1.2	<u>Primazia do consenso na Improbidade Administrativa.....</u>	94
4.1.3	<u>Natureza jurídica. Acordo de Pura Reprimenda e Acordo de Colaboração.....</u>	97
4.1.4	<u>Acordos com incidência Sancionatória.....</u>	100
4.1.5	<u>Limites temporais para celebração e autocomposição na fase executiva</u>	103
4.1.6	<u>Acordo Extrajudicial e Judicial</u>	106
4.1.7	<u>Acordo parcial</u>	108
4.1.8	<u>Confissão como requisito para o ANPC.....</u>	110
4.1.9	<u>Obrigações no ANPC.....</u>	115
4.2	Perda da Função Pública.....	116
4.2.1	<u>Suspensão dos Direitos Políticos.....</u>	119
4.2.2	<u>Multa Civil.....</u>	121
4.2.3	<u>Proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.....</u>	123
4.2.4	<u>Papel do Juiz no ANPC.....</u>	127
4.2.5	<u>Meios de Impugnação</u>	131
4.2.6	<u>Homologação, Sindicabilidade e Executoriedade do ANPC</u>	133
5	TRANSVERSALIDADE NO ANPC.....	
5.1	Pressupostos da Transversalidade no ANPC.....	139
5.2	Efeitos expansivos do ANPC.....	146
	CONCLUSÃO	149
	REFERÊNCIAS	152

INTRODUÇÃO

(...) o Direito deve ser conhecido, compreendido, estável, não contraditório, igualitário, prospectivo e efetivo; deve permitir ao indivíduo ter plena capacidade de viver o presente e conceber o futuro com liberdade – numa palavra: ser de fato, e não apenas verbalmente, tratado como um sujeito e um fim em si mesmo, nunca como simples objeto ou meio a serviço de outros fins, repita-se, por melhores e mais majestosos que estes possam ser.¹

O processo civil é o principal instrumento para o exercício do direito de ação no ordenamento jurídico brasileiro, bem como para cumprimento das promessas constitucionais da legalidade, do devido processo legal e da duração razoável do processo. O cidadão, submetido a regras jurídicas, tem o direito indelével de que seus atos processuais sejam praticados e tutelados mediante contornos de segurança jurídica, de estabilidade, de coesão e de proteção da confiança.

A relação processual nasce e se desenvolve diante de uma comunidade de trabalho pela qual diversos atores hão de buscar uma única finalidade: a solução adequada dos conflitos.

Incontestável que a tutela jurisdicional tradicional obtida de forma adjudicada, através da sentença judicial, não deva ser o único meio para a pacificação. Ao revés, diversas ferramentas estão se desenvolvendo para um sistema de múltiplas portas, segundo o qual é dever dos atores do processo a opção pelo método mais efetivo capaz de solucionar o caso concreto, especialmente na própria seara extrajudicial.

Nestes termos, convém assentar que o Direito Brasileiro não aproveita a plena potencialidade da tutela coletiva e da probidade, gerando uma indevida preponderância de demandas adversariais e de tutela individual, em detrimento do próprio titular do direito e de todo o sistema de justiça.

Um dos principais motivos que envolvem a frustração da tutela de direitos difusos, coletivos e do direito sancionador é a ausência de primazia dos atos de consenso, além da necessidade de se atribuir total segurança jurídica a tais composições, assim como avaliar seus reflexos nas diversas instâncias e perante a totalidade dos órgãos titulares das atribuições de proteção.

Neste sistema ganham relevo os atos como a mediação e a conciliação, além dos institutos que permitem caminhos do consenso nos diversos ramos do direito como os

¹ ÁVILA, Humberto. Constituição, liberdade e interpretação. São Paulo. Malheiros, 2021. p. 21.

Acordos de Não Persecução Civil e Penal, a Colaboração Premiada, o Acordo de Leniência, dentre outros.

Como visto, os mais relevantes bens jurídicos tutelados pelo direito podem ser objeto de uma relação judicial ou extrajudicial que se solucione com instrumentos de consenso. A composição, pelas suas diversas formas é, sem margem para dúvidas, o mais adequado meio de solução de uma controvérsia jurídica. No mais, a solução consensual contempla a participação efetiva dos sujeitos titulares de direitos ou obrigações na construção das soluções das causas sob exame, bem como tutela a garantia da manifestação livre de vontade do interessado, ensejando, ao final, um ato jurídico perfeito protegido pela Carta Constitucional e pela Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro² e que inibirá questionamentos superficiais ou mesmo a via recursal.

Por esta razão merece destaque a assertiva de que cabe ao ordenamento estabelecer a primazia do consenso como instrumento de pacificação, mesmo no campo do direito sancionador aplicável à tutela da probidade administrativa.

Por outro lado, é dever do sistema de justiça que os atos de consenso sejam protegidos por todos os elementos de segurança jurídica e estabilidade, tutelando-se a legítima expectativa dos pactuantes, assim como protegendo as consequências previamente estabelecidas, vedando-se o *bis in idem*, igualmente tão nocivo para o direito e para a sociedade.

O contexto complexo de múltiplas responsabilidades exige análise mais detida e cautelosa acerca das consequências, estabelecendo que as mesmas questões, caso examinadas por outros legitimados ou mesmo por diversos órgãos de controle, não prejudiquem a boa-fé e a legítima expectativa dos pactuantes. Do contrário, a criação dos instrumentos de consenso será inócua, não gerando efeitos concretos.

Com efeito, lavrado um ato de consenso, cabe ao Estado, nos seus diversos órgãos e instituições, sua observância incontestada, salvo as mesmas patologias que autorizam a invalidação dos atos jurídicos em geral, o que deverá ocorrer apenas e tão somente em nova relação processual na qual se garanta contraditório e ampla defesa, cenário no qual o próprio pactuante poderá conduzir a defesa e adequação dos atos praticados, assim como buscar legitimamente sua manutenção.

² Art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

Art. 6º, da LINDB: “A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitadas o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. §1º. Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”

Deste modo, contempla-se como necessária uma evolução nos preceitos abstratos de indisponibilidade dos direitos públicos, da conveniência e oportunidade da autoridade que conduz o procedimento, assim como a revisitação do tema da independência das instâncias. Neste ponto, há muitas gerações o sistema de justiça insiste na premissa da independência das instâncias quando, em verdade, os diversos institutos estão a estabelecer, cada vez mais, uma interdependência de tais instâncias, uma verdadeira unidade do direito, o que não é objeto de concreto aprofundamento. Ao contrário do que se pode afirmar acerca da proteção insuficiente tal conclusão denota, em verdade, a única formatação capaz de organizar o sistema e torná-lo seguro e eficiente.

Enquanto não pontuarmos que os atos de consenso são os mais adequados e que a segurança das proposições é a consequência esperada por toda a sociedade, manteremos um sistema complexo e insatisfatório capaz, inclusive, de violar direitos e garantidas do cidadão, criando espaço para eternização de litígios, ao mesmo passo que se exige dos sujeitos processuais a manutenção da cultura da sentença, da necessidade constante da impetração de recursos, da postergação dos prazos, da produção exauriente de provas, com menos economicidade e com o afastamento da promessa constitucional de duração razoável do litígio.

Deste modo, caso o cidadão não tenha confiança nos atos legais instituídos para fins de solução pacífica dos conflitos estará estimulado a permanecer em litígio com retardo da solução definitiva, assim como se sujeitando a mais custos e perda de tempo útil.

É salutar que a sociedade contemple variadas formas de proteção dos mais importantes bens jurídicos tutelados pelo direito. Promissor que um ato violador da ordem jurídica autorize a atuação de diversos órgãos e instituições, em procedimentos penais, administrativos, civis e de improbidade administrativa, incluindo o debate da própria capacidade eleitoral dos seus sujeitos. Não obstante, tal complexidade não poderá inviabilizar o sistema, tornando-o tão complexo e insustentável, ao mesmo tempo que impeça a pronta reparação de danos, a imediata fruição de direitos legítimos, assim como a adequação da conduta aos ditames legais, além, por conseguinte, de prejudicar a regular gestão dos processos.

Nos dias atuais tal complexidade afasta a legítima fruição de direitos que são debatidos nas lides para aplicação, em tese, de sanções variadas, por diversas sentenças ou mesmo atos administrativos punitivos relacionados ao mesmo fato em cenário de sobreposição e *bis in idem*.

Por tais razões, sustenta-se a conclusão de que o Acordo de Não Persecução Civil como ato de consenso instituído regularmente pela nova disposição do art 17-B da LIA, Lei 8429 de 1992,³ com redação conferida pela Lei 14230 de 2021, deva ostentar plena segurança jurídica e que seus termos tenham os preceitos da transversalidade, de modo que as convenções não sejam ignoradas pelos demais ramos da justiça ou do direito sancionador. Autorizando-se, ao final, seus efeitos expansivos, assim como são conferidos a sentenças e punições os mesmos efeitos expansivos para demais esferas de responsabilidade.

No campo de traçar objetivos deste trabalho e orientar o estudo dos temas propostos, buscou-se aprofundar o conceito de jurisdição, ao mesmo tempo em que foram traçadas as diretrizes de pilares do sistema de justiça como o da Segurança Jurídica, assim como aspectos consolidadores da improbidade como instrumento de Direito Sancionador, a serem aplicados não apenas no cenário administrativo, mas também na seara judicial. Ao final, na análise mais detida possível do Acordo de Não Persecução Civil, aprofundou-se de forma ampla o estudo de seus elementos e motivações, além de consolidar o instituto como ferramenta adequada e com primazia para a solução dos conflitos na improbidade administrativa.

Por fim, ante o caráter multidisciplinar dos institutos, a fim de que não houvesse constantes consultas a diplomas diversos normativos e de regulação nos diversos ramos correlatos, pontuou-se nas notas de referência todas as disposições aplicáveis ou relacionadas aos temas, no intuito de se permitir a sua mais efetiva compreensão.

1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE JURISDIÇÃO

1.1 Da decisão adjudicada para um sistema de Métodos Adequados de Solução de Conflitos

O moderno conceito de jurisdição não se contenta em definir a atividade de dizer o direito como um instrumento exclusivo dos órgãos do Poder Judiciário. A principal alteração está na opção por um sistema de múltiplas ferramentas de acesso à justiça, com foco na avaliação de sua efetiva finalidade, especialmente a adequada solução dos casos concretos que afligem a sociedade, tutelando-se a pacificação social como o objetivo primordial do Estado e de todos os agentes que atuem na relação jurídica.

³ Art. 17-B, da LIA: “O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que advenham, ao menos os seguintes resultados: I – integral ressarcimento do dano. II- a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados.”

A adequada solução dos conflitos passa a avaliar diversos fatores, dentre os quais o mais amplo possível acesso ao sistema jurisdicional, bem como tem, na solução concreta da hipótese, a razão de ser da própria jurisdição que, por autorização do ordenamento jurídico, se desvincula da estrutura típica dos órgãos do Poder Judiciário e passa a contar com um conceito mais aberto de comunidade de trabalho a abranger diversos sujeitos e diversas competências ou atribuições. Todos os participantes com foco nos institutos que consagram um complexo arcabouço de ferramentas que, em resumo, visam permitir que situações jurídicas sejam sanadas, dispensando-se a necessidade de um típico processo adversarial, segundo a tradicional e nem sempre eficaz relação jurídica processual entre Autor e Réu e sob a gestão de um Juiz.

Neste sentido merece destaque recordar o conceito trazido pelo eminente professor Leonardo Greco acerca da finalidade da atividade jurisdicional e seus contornos, com destaque para o objetivo na missão de resolução dos litígios.⁴

No mesmo contexto a função jurisdicional não se valerá apenas da atividade substitutiva lançada pelas extraordinárias lições de Chiovenda⁵, utilizando-se, com efeito, de outras formas positivas de composição, pautadas no dever de cooperação das partes e envolvendo outros fatores, o que se consagra, por autorização legal, especialmente pela nova dicção do art. 3º, do atual CPC.⁶

O fenômeno, por certo, está relacionado ao acesso à justiça e foi substancialmente estudado na obra do Professor Humberto Dalla Bernardina de Pinho, denominada: *Jurisdição e Pacificação: limites e possibilidades dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais*, pela qual se assenta que o acesso à justiça não será exclusivo a órgãos do Poder Judiciário, mas, em verdade, um efetivo acesso a uma ordem jurídica justa.⁷

⁴ “A jurisdição nasceu historicamente para resolver litígios. O surgimento de conflitos entre os indivíduos remonta às mais primitivas organizações sociais. Assim, a maior parte da atividade jurisdicional está voltada para a resolução de litígios; compor a lide significa resolvê-la, solucioná-la.” GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, volume I, 5ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2015, p. 75.

⁵ “(...) Para chegarem a esse resultado, os órgãos jurisdicionais procedem a substituição da atividade alheia pela própria: seja atividade intelectual (que, na sentença, se substitui à atividade das partes e de todos no afirmar ou negar a existência de uma vontade concreta da lei), seja da atividade material, que na execução tende, em lugar do devedor, a procurar de fato para o titular do direito o bem que a lei lhe garante.” CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, Volume I, Editora Saraiva, 1969, p. 40.

⁶ Art. 3º do CPC 2015: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.”

⁷ “(...) Sem dúvida o acesso à justiça é direito social básico dos indivíduos. Contudo, esse direito não está restrito ao mero acesso aos órgãos judiciais e ao aparelho judiciário estatal. Muito além disso, deve representar um efetivo acesso à ordem jurídica justa.” PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e Pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*, Editora CRV 1ª Edição, Curitiba, ano 2017, página 31 e seguintes.

Não obstante, a insuficiência do acesso à justiça, pelas suas variadas formas, bem como pela ausência de segurança jurídica na sua formatação exige constante evolução do sistema. As regras processuais devem ser dinâmicas e não estáticas, sob pena de não acompanharem as novas relações e o exercício efetivo de direitos.

Tal insuficiência do acesso à justiça fora apurada, historicamente, na célebre obra *Acesso à Justiça*, consagrada pelos autores Mauro Cappelletti e Bryan Garth, com início na Cidade de Florença, com a Conferência Internacional relativa às garantias fundamentais das partes no processo civil.⁸ A conclusão do renomado estudo foi que havia entraves ao acesso à justiça, como a assistência judiciária de necessitados, a ausência de regular estrutura de proteção da tutela coletiva, assim como a pertinência do uso de novas ferramentas para sua realização.

No mesmo período do estudo de Florença acima referido, exatamente em abril 1976, surge outro substancial estudo do emérito professor Frank Ernest Arnold Sander da Universidade de Harvard da qual foi seu reitor associado, pela qual assenta a pertinência de um sistema de *Multi-Door Courthouse*, através do qual se vislumbrou o início do debate de um sistema de múltiplas ferramentas de acesso à justiça, incluindo institutos independentes da estrutura estatal. Convém recordar que tal estudo foi apresentado em conferência convocada pelo então Presidente da Suprema Corte Americana Warren Burger, a fim de discutir problemas enfrentados na administração da justiça norte americana.⁹

No mais, o inegável avanço do acesso à Justiça no nosso País, especialmente após a Constituição Federal de 1988, criando-se uma explosão de demandas sob exame dos órgãos típicos da atividade judiciária, somado ao fato de que é preciso reconhecer a necessidade de maior participação dos sujeitos na conclusão das soluções, requer uma reconfiguração do conceito de jurisdição para alcançar um sistema de múltiplas portas, nas quais caberá ao sujeito identificar qual atendimento que lhe será mais eficiente, mais adequado, menos oneroso e que, por conseguinte, atenderá aos mesmos objetivos da solução da situação jurídica e de sua pacificação social.

Por tais premissas, merece destaque na evolução do conceito de jurisdição a ampliação das vias de acesso ao que se denomina, como acima dito, ordem jurídica justa, expressão igualmente utilizada em obra atualizada sobre acesso à justiça pelo Professor Kazuo

⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sergio Antônio Fabris 1988, p. 31 e ss.

⁹ Informes extraídos do endereço eletrônico: <https://sistemasjudiciales.org/revista/revista-n-22/o-sistema-de-multiplas-portas/>. Acesso 19 de abril de 2022.

Watanabe, salientando-se que todos os obstáculos à realização do direito devem ser enfrentados.¹⁰

Consagra-se, pois, uma premissa pela qual uma decisão judicial, sem participação dos sujeitos de direito seria, em verdade, uma derrota para a sociedade que não conseguiu, com meios pacíficos, a resolução de um conflito.

Deste modo, é preciso definir que a solução jurídica na qual as partes buscam o melhor caminho ou que conseguem uma solução consensual, mesmo que com auxílio de terceiro, um conciliador ou mediador, ou mesmo por adesão, segundo critérios de isonomia e sem subjetividades, denotaria resultado muito mais efetivo do que uma condenação judicial, posto que a solução, nesta hipótese, é imposta e não construída ou ponderada com participação das partes.

Nesse sentido merece referência a lição de Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues, com a qual se sustenta uma necessária transição entre o Princípio da primazia do julgamento do mérito para o Princípio da primazia da solução adequada do litígio¹¹.

Por outro lado, está consagrado que não apenas causas de menor complexidade podem ser sanadas pela solução consensual. Inúmeros são os exemplos de substanciais Ações Cíveis Públicas nas quais a definição mais efetiva, inclusive na sua função inibitória e de adequação de conduta, está nos Termos de Ajuste de Conduta lavrados perante órgãos legitimados da tutela coletiva, especialmente o Ministério Público com os responsáveis por possíveis lesões a direitos difusos e coletivos.¹²

Não obstante, mesmo entes públicos, atualmente, estão autorizados por diversos atos normativos, como a Lei de Introdução às Normas de Direito – LINDB¹³, bem como a

¹⁰ “Todos os obstáculos à efetiva realização do direito devem ser corretamente enfrentados, seja em sede de Ciência Política e de Direito Constitucional, na concepção de novas e inovadoras estruturas do Estado e de organização mais adequada do Judiciário, como também na área da Ciência Processual, para a reformulação de institutos e categorias processuais e concepção de novas alternativas e novas técnicas de solução dos conflitos.” WATANABE, Kazuo. Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2019, p. 10.

¹¹ “Busca-se hoje algo além do desfecho dos processos judiciais com resolução de mérito. O foco agora nem sequer reside no processo judicial tradicional, mas sim na efetiva solução do litígio com a sua máxima pacificação, independentemente do meio empregado para obtê-lo, desde que asseguradas todas as garantias dos jurisdicionais.” RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Justiça multiportas e advocacia pública. 1ª edição, Rio de Janeiro, GZ editora, ano 2021, página, 23/24.

¹² Nesse sentido o art. 5º, parágrafo 6º, da Lei 7347 de 1985, autorizando a lavratura de Termo de Ajuste ou Compromisso de Conduta, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

¹³ Nesse sentido a disposição expressa do art. 26 da LINDB, segundo o qual: “Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos, a partir da publicação oficial.”

moderna Lei de Mediação¹⁴, dentre outras, a solucionarem seus litígios por meios consensuais e fora da estrutura do Poder Judiciário.

Com efeito, é preciso assentar que há necessidade de constante aprimoramento e, igualmente, de uma revisitação ao conceito de jurisdição, a fim de se consagrar que a decisão adjudicada em demanda litigiosa há de ser lançada apenas quando, justificadamente, estão afastados os meios adequados de solução dos conflitos, especialmente as vias consensuais de pacificação. Em suma, na evolução do direito processual, a tutela adversarial há de ceder espaço para a autocomposição dos conflitos, para uma justiça consensual.

1.2 Considerações sobre a indisponibilidade do interesse público

Nos últimos anos o sistema de justiça convive com o dogma de que o interesse público seria inegociável, em razão de sua indisponibilidade. Esta dicção tem prejudicado de forma flagrante a evolução dos atos de consenso que envolvem direitos difusos e coletivos, especialmente quando se examinam as sanções derivadas de normas jurídicas que tutelam a probidade administrativa.

A ausência de uma cultura do consenso no campo do direito administrativo, igualmente, tem norteado a ação de agentes públicos, quer no campo da gestão ou mesmo da assistência jurídica, a se afastarem dos procedimentos consensuais, a fim de evitar que em entendimento futuro eventual órgão de controle conclua que a providência fora inadequada, levando os agentes ao risco de submissão a sanções pessoais e, verdadeiramente, forçando-os a ajuizar procedimentos judiciais, mesmo diante de inúmeros prejuízos econômicos, judiciais e administrativos.

Por outro lado, a insistência na atuação exclusiva do litígio judicial levando Procuradorias e Órgãos Públicos ou mesmo as instituições Defensoria Pública e Ministério Público a iniciarem, de plano, o procedimento judicial, sem ponderações acerca do consenso, é fator a prejudicar a imediata solução do conflito, bem como a ensejar economia processual e efetividade, na medida em que os próprios órgãos públicos poderão se dedicar a outros procedimentos mais complexos, contribuindo para a efetividade da administração pública e da gestão judiciária.

¹⁴ No mesmo sentido o art. 3º da Lei de Mediação, Lei 13140 de 2015: “Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. §1º. A mediação pode versar sobre o conflito ou parte dele. §2º. O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.”

É comum que situações passíveis de imediata solução tenham desfecho protelado apenas pela atuação recorrente dos legitimados de apenas ofertarem demandas judiciais sem maior aprofundamento. Tal conclusão é inconteste, especialmente na medida em que tal tipo de providência impede a própria constatação do grau das lesões e de sua reversibilidade. As demandas são ajuizadas para fins exclusivos de levar o Poder Judiciário a conduzir instrução probatória e, ao final, indicar providências e sanções que na exordial são postuladas de forma genérica ou alternativa.

A equação acima é trágica, na medida que obriga os demandados ou investigados a esgotarem os meios de defesa, especialmente pela ausência de segurança jurídica no desfecho da pretensão e pela ausência de regras claras acerca do consenso que poderiam, desde o início, solucionar, em definitivo, seus casos concretos.

Com tais premissas é relevante avaliar com critérios técnicos, o que seria a indisponibilidade de direitos da coletividade, bem como se esta indisponibilidade impede todos os atos de consenso ou, ao contrário, inibe a própria proteção eficiente do direito.

De início é preciso assentar que a transação de direitos não se vincula, exclusivamente, a seu caráter patrimonial. Tal alerta foi evidenciado pelo Professor Elton Venturi¹⁵, em texto seminal sobre o tema, no qual faz referência a Recurso Especial examinado pelo Eg. STJ, no qual transação pecuniária envolvendo dinheiro público, embora homologada em primeiro grau com possível ocorrência de efeitos, fora considerada ilegítima pela corte.¹⁶

Com efeito, não se pode afastar a evolução dinâmica dos direitos e seus contornos sociais, de modo a apontar que a negociabilidade poderá concretamente acarretar uma proteção mais adequada aos direitos, mesmo que envolva interesses públicos. A distinção entre indisponibilidade, inalienabilidade e inegociabilidade é medida impositiva para esta evolução. O fato de um direito envolver bens indisponíveis e, por conseguinte, inalienáveis ou

¹⁵ “A transação tem sido regulada e tratada sob uma clássica ótica patrimonial privada (dentro das relações contratuais), qualificando-se como autêntico negócio jurídico bilateral que gera direitos e obrigações. A feição contratualista da transação, portanto, parece explicar (sem justificar) a automática repulsa gerada quando se discute sua admissibilidade envolvendo interesses ou direitos considerados indisponíveis, tais como o patrimônio público, a improbidade administrativa, o meio-ambiente, a liberdade, a vida, enfim, os direitos fundamentais individuais e coletivos. VENTURI, Elton. TRANSAÇÃO DE DIREITOS DISPONÍVEIS? Revista de Processo, volume 251/2016, p. 391/426, janeiro de 2016. DTR\2016\63.

¹⁶ “Segundo o disposto nos arts. 840 e 841 do novo CC, a transação que previne ou põe fim ao litígio tem como característica (I) a existência de concessões recíprocas entre as partes, o que pressupõe se tratar de direito disponível e alienável; (II) ter por objeto direitos patrimoniais de caráter privado, e não público. Assim, in casu, por se tratar de direito indisponível, referente a dinheiro público, é manifestamente ilegítima a transação pecuniária homologada em primeiro grau.” (Resp 1.198.424/Pr, 2ªT, julgamento 12.04.2012, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Dje 18.04.2012).

irrenunciáveis não impede que haja negociação quanto a diversos fatores de seu exercício e da reparação sofrida por sua violação.¹⁷

No mais, o agente público titular da atribuição relacionada ao direito tem o dever de concretizar a sua proteção pela formatação de agir mais concreta possível, o que se revela, por consectário lógico, no interesse público primário em favor da coletividade.

O mesmo cenário no qual se busca proteger ou reparar violação de direitos indisponíveis está presente quando o agente público, nas funções de gestão, reconhece a necessidade de reequilibrar contratos públicos onerosos ou indenizar por propriedades submetidas a desapropriações, bem como quando agentes atuam nos atos de correição ou revisão revogando atos administrativos anteriores. Tais deveres dos agentes públicos nada mais são do que atenção aos preceitos da legalidade e da moralidade administrativa, assim como ao postulado da eficiência.

Não há que se falar, pois, em renúncia de direitos indisponíveis, mas na busca pela tutela mais efetiva autorizada pelo ordenamento jurídico, o que contempla de forma definitiva os atos de consenso.

Nesse sentido a Professora Janaína Soares Noleto Castelo Branco, em obra relacionada ao consenso na Advocacia Pública, assenta a pertinência da observância de fundamentos para o que denomina de Cooperação Estatal, destacando que o regime democrático exige a participação popular na tomada de decisões na seara pública. Em seguida salienta a pertinência de um dever moral de cooperação (moralidade administrativa dirigida à busca do consenso com o administrado), com ênfase aos preceitos da boa-fé administrativa e da proteção da confiança, além da constatação de que se faz necessário, na hipótese, avaliar uma mudança de postura por parte do Poder Público¹⁸.

No mesmo contexto é necessário distinguir, igualmente, a indisponibilidade do eventual direito material envolvido na situação jurídica com a indisponibilidade do processo, o que denotaria uma nova dimensão do Princípio da Legalidade Administrativa em decorrência do acesso à solução justa dos conflitos, especialmente por parte da administração pública. A título de substancial exemplo da evolução de tais preceitos estão as Portarias 487 e 488 de 2016 da Advocacia Geral da União¹⁹, a estabelecerem autorização para que advogados da união ou procuradores federais pratiquem atos processuais que sempre foram refutados no

¹⁷ “O mero fato de um interesse ou direito ser considerado “indisponível”, insista-se, não pode implicar sua automática inegociabilidade.” VENTURI, Elton. Texto acima citado.

¹⁸ BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e Solução Consensual dos Conflitos*. 2ª edição, revista e atualizada. Salvador. Editora Juspodivm, ano 2020, página 29.

¹⁹ Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br>. Acesso em 17 de outubro de 2022.

passado, como reconhecimento de direitos, abstenção de contestação, não oferta de recurso ou desistência de recurso interposto, o que estaria sumariamente justificado quando se registra que a tese defendida pela pessoa de direito público está em dissonância com entendimento sufragado pelos Tribunais.

Como visto, o dogma da indisponibilidade, em verdade, merece uma leitura crítica acerca da sua incidência para se afirmar, nos termos da lição do Professor Eduardo Talamini²⁰, em artigo específico sobre o tema, que não há qualquer contestação à máxima de que o interesse público, no que toca ao seu núcleo essencial deverá permanecer indisponível, o que permitiria, por outro lado, uma infundável autorização para atos de consenso para questões envolvendo formas, prazos, sanções, limites acerca do exercício dos direitos, sua reparação e a conformação de condutas para não violação e para sua proteção, incluindo aspectos de prevenção de danos futuros.

Por fim, conclui-se que no sistema processual atualmente positivado, no qual há inúmeras disposições legais que definem o próprio processo judicial como instrumento que deverá ser conduzido por todos os sujeitos processuais, em verdadeira comunidade de trabalho, com boa-fé²¹ e cooperação para uma tutela justa e efetiva²², assim como com autorização expressa da instituição de negócios processuais, com vedação apenas para casos de vulnerabilidade ou abuso do direito²³, não se revela pertinente definir que o interesse público, na tutela dos interesses difusos e coletivos, mesmo que da probidade administrativa, seja considerado inegociável ou não transacionável, apenas pela inconcreta e vaga máxima da indisponibilidade.

1.3 Direitos indisponíveis transacionáveis

²⁰ “Não se contesta que o interesse público, em seu núcleo essencial, é indisponível. A verdadeira questão reside em identificar quando há interesse público no caso concreto – ou até, muitas vezes: “de que lado está” o interesse público. TALAMINI, Eduardo. A (In)disponibilidade do Interesse Público: Consequências Processuais (Composições em Juízo, Prerrogativas Processuais, Arbitragem, Negócios Processuais e Ação Monitória) – Versão Atualizada para o CPC 2015. Revista de Processo/volume 264/2017/ pag 83-107/ Fevereiro de 2017/ DTR\2016\25028.

²¹ Art. 5º, do CPC 2015: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”

²² Art. 6º, do CPC 2015: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

²³ Art. 190, do CPC 2015: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

Com a revisitação do tema da indisponibilidade, fazendo com que tal conceito não estabeleça óbice à adequada solução de conflitos pela autocomposição, depreende-se reafirmar que a solução consensual é a mais resolutiva de temas inseridos nas ações civis públicas e de improbidade administrativa que, por excelência, representam importantes ferramentas legais para a tutela dos interesses coletivos.

A referência se justifica, pois não há dúvidas de que no cenário das ações civis públicas, inclusive no campo preliminar do inquérito civil, há incontáveis ajustes envolvendo, apenas a título de exemplo, o meio ambiente, o patrimônio histórico, cultural, dentre outros direitos da coletividade. O mesmo exemplo ocorre na tutela da regularidade de concursos públicos, com ajustes de formatação de processos públicos de seleção.

Não há qualquer equívoco em afirmar que o direito ao meio ambiente equilibrado, assim como à regularidade do procedimento administrativo de concurso para cargos públicos são direitos difusos e, por óbvio, indisponíveis, mas, por outro lado, amplamente tutelados pela via do consenso, nos termos de ajustamento de condutas, lavrados especialmente pelos Ministérios Públicos.

Como visto, é preciso evoluir conceitos para fins de que os espaços de consenso sejam consolidados e ampliados no direito brasileiro, afastando-se todos os obstáculos possíveis para sua implementação.

Não obstante, a conhecida redação do 3º da Lei de Mediação²⁴ autoriza de forma expressa e incondicional a premissa de que há interesses indisponíveis passíveis de transação. A norma legal rompe de forma positiva limitações à solução consensual de conflitos.

Inúmeras são as hipóteses nas quais vislumbramos direitos indisponíveis que, a todo momento, são passíveis de transações no campo do direito brasileiro, com total êxito para as partes e em prestígio à adequada solução justa da controvérsia. Nesse sentido, o Professor Humberto Dalla Bernadina de Pinho enumera, em texto relacionado ao tema, exemplos nos quais identifica direitos indisponíveis, plenamente passíveis de transação, ponderando que tais direitos seriam dinâmicos e não estáticos, isto é, o mesmo direito classificado como disponível ou indisponível sempre se manteria com esta natureza ou poderia sofrer variações corroborando-se o consenso como forma de solução.²⁵

²⁴ Art. 3º, da Lei 13140 de 2015: “Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.”

²⁵ “Lembro-me de um exemplo frequentemente utilizado pelo Prof. Sergio Bermudes em suas palestras, por ocasião da Reforma Processual de 1994. Ele se referia ao direito aos alimentos como um direito dúplice, pois para o alimentante, ele se reveste de caráter disponível, ao passo que, para o alimentando, seria indisponível.(...) Como se isso não bastasse, interessante rememorar as discussões em torno dos direitos coletivos, que podem ser concomitantemente disponíveis (no plano individual) e indisponíveis (no plano coletivo). É o caso típico dos

No mesmo texto o Professor Humberto Dalla Bernardina de Pinho assenta o papel do Juiz como agente de filtragem, bem como o Poder Judiciário como órgão de monitoramento, destacando que, para um sistema que se estrutura por múltiplas ferramentas, não há necessidade, em muitos casos, da intervenção judicial inicial imediata, o que não afastaria o Judiciário de acompanhar o caso e, com efeito, examinar a homologação da mediação nestas hipóteses, como conseqüência expressa do comando acima referido, inserido no parágrafo 2º, do art. 3º da Lei 13.140 de 2015.

Por outro lado, convém destacar, neste mesmo ponto da mediação na seara administrativa, a previsão clara do art. 174, do CPC²⁶, segundo o qual os entes públicos devem criar Câmaras de Mediação e Conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual dos conflitos de natureza administrativa.

No exato contexto, outros órgãos similares estão sendo criados em muitos entes públicos com a finalidade de atuar preventivamente nas inúmeras ações da tutela de saúde, a exemplo da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde – CRLS do Estado do Rio de Janeiro²⁷, o que corrobora com a visão concreta de solução cooperativa das controvérsias de forma efetiva e célere, assim como evitando a demanda judicial, mesmo em área de flagrante sensibilidade e relevância.

O mesmo panorama está positivado na atual redação do art. 32, da Lei 13.140 de 2015²⁸, pelo qual se autoriza a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos perante os entes públicos, incluindo os litígios entre particulares com a administração.

direitos individuais homogêneos.” PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Limites e Possibilidades do Acordo em Direitos Indisponíveis: exame do Art. 3º, §2º, da Lei 13.140/2015. Texto integrante da Obra Sistema Multiportas e Métodos Integrados de Resolução de Conflitos/ Elaine Harzheim Macedo, Marina Damasceno (organizadoras) – Dados Eletrônicos – Porto Alegre: EDIPUCRJ, ano 2018, Modo de Acesso: <http://www.pucrs.br/edipucrs/ISBN978-85-397-1137-6>, página 137/152.

²⁶ Art. 174, do CPC de 2015: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I – dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.”

²⁷ Vide Decreto do Estado do Rio de Janeiro n. 45034 de 10 de novembro de 2014 com alterações do Decreto 45578 de 21 de abril de 2021, que regulamenta o procedimento para a realização de acordos visando ao fornecimento de medicamentos no âmbito da CRLS - Câmara de Resolução de Litígios da Saúde e dá outras providências.

²⁸ Art. 32, da Lei 13140 de 2015: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I – dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública, II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.”

Tal cenário se ratifica na previsão da transação por adesão, referenciada como uma das ferramentas da consensualidade na administração Pública na citada obra do Professor Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues²⁹, positivada pelo preceito do art. 35 da Lei 13.140 de 2015³⁰, pelo qual nos casos de lides entre particulares e entes da administração estaria autorizada a lavratura de uma autocomposição por adesão, desde que previamente autorizada pelo Advogado-Geral da União, em consonância com a jurisprudência do STF ou de Tribunais Superiores.

No mais, a se ponderar a consensualidade como um dos vetores da atividade administrativa, imperioso mencionar as lições do Professor de Direito Administrativo Diogo de Figueiredo Moreira Neto³¹, especialmente ao apontar critérios de tal exame, com destaque para aspectos de eficiência, legalidade, justiça, legitimidade, civismo, ordem, com referência para a observância da consensualidade como alternativa preferível à imperatividade.

Por tais premissas, conclui-se que a indisponibilidade do direito não é, por si só, obstáculo à autocomposição que envolva legitimados de interesses públicos ou coletivos, especialmente o Poder Público. Há direitos indisponíveis passíveis de transação, o que poderá ser avaliado não só na elaboração dos regulamentos federativos próprios sobre o tema para os diversos entes públicos envolvidos, como também na verificação de sua pertinência ao caso concreto, dispensando-se, neste caso, a edição de lei autorizativa, desde que respeitada a isonomia, a impessoalidade, bem com a publicidade como regra geral³².

²⁹ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Obra citada, página 35.

³⁰ “Art. 35, da Lei 13140 de 2015: “As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em: I – autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou II – parecer do Advogado – Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.”

³¹ “(...) A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sabia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem). Em suma, a consensualidade como alternativa preferível à imperatividade, sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo, o que se vai tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional (ex: o poder de polícia). A partir desses dados, pode-se estabelecer uma tipologia da consensualidade em referência às funções fundamentais do Estado. Primo, a consensualidade na produção das normas, com o reaparecimento de fontes alternativas, fontes consensuais e de fontes extraestatais: a regulática. Secundo, a consensualidade na administração de interesses públicos, com o emprego das formas alternativas consensuais de coordenação de ações, por cooperação e por colaboração. Tertio, a consensualidade na solução dos conflitos, com a adoção de formas alternativas de composição.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Renovar, ano 2011, página 41.

³² Nesse sentido: RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; GIDMONDI, Rodrigo. *Métodos de Solução Consensual de conflitos e a Fazenda Pública*. Texto inserido no Livro *Mediação e Arbitragem na Administração Pública*, Volume 2. Coordenadores Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues. Santa Cruz do Sul. Editora Essere del Mondo, ano 2020, páginas 93/120.

Convém ponderar, por fim, com destaque aos ensinamentos da Professora Janaina Soares Noleto Castelo Branco, em obra acima referida, que em muitos pontos da Constituição há previsão expressa da tutela de interesses individuais, reservando-se aos entes públicos verdadeiro dever de implementar as políticas públicas que permitam sua fruição.³³

O mesmo contexto é trazido por Leydomar Nunes Pereira, segundo o qual o Direito Público, em novas bases, reclama estratégias conciliatórias que não significam dispor indevidamente do interesse público, porém, ao contrário, realizá-lo de modo mais efetivo e justo, notadamente quando o ressarcimento ao erário resta satisfeito.³⁴

1.4 Positivação evolutiva de instrumentos de consenso no direito penal, empresarial e na improbidade administrativa

O mito da indisponibilidade do interesse público, como acima examinado, assim como a força cogente do princípio da obrigatoriedade das ações penais e sancionatórias administrativas foram, aos poucos, sendo revisitados por inúmeras evoluções legislativas, na premissa de se alcançar mais efetividade não só na jurisdição, como, igualmente, na administração pública, no que toca a atos de gestão de empresas e ao próprio combate à corrupção empresarial.

Os diplomas foram se modernizando na medida em que se ampliaram os espaços de consenso, inclusive com paradigmas no direito comparado³⁵.

³³ “Quando a legislação fornece os parâmetros para o administrador acerca do interesse a ser perseguido pelo Estado, deve então o administrador ater-se àquela vontade legítima, fazendo cumprir direitos e assegurando a plena satisfação dos interesses previstos, ainda que individuais. Portanto, nas situações em que o ordenamento previu expressamente a prevalência do interesse coletivo sobre o privado, como é o caso da “desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro” – cf art. 5º, XXIV, da CF de 1988 - o interesse público é pela prevalência do interesse coletivo, já em diversas outras situações, o constituinte prioriza a satisfação dos interesses individuais. BRANCO, Janaina Soares Noleto Castelo. Obra citada, página 48”

³⁴ PEREIRA, Leydomar Nunes. Solução Consensual na Improbidade Administrativa: acordo de não persecução civil. 1ª Edição. Belo Horizonte. Editora Dialética. Ano 2020, página 41.

³⁵ O sempre citado exemplo de solução massiva de problemas penais nos EUA é o denominado *plea bargain*. A Doutrina Brasileira se manifesta sobre tal instituto, valendo-se anotar o seguinte texto: “O *Plea Bargaining*, termo derivado do inglês, que significa, (pleito de barganha ou declaração negociada), é um instrumento processual penal já existente no Código Penal dos Estados Unidos que surgiu, por volta do século XIX. O *Plea Bargaining* consiste em uma negociação entre acusador e acusado dentro do processo criminal, no qual o órgão de acusação oferece uma proposta de acordo que pode reduzir a pena pleiteada (*Charge Bargaining*), modificar o tipo de crime (*Fact Bargaining*) ou mesmo reduzir o número de crimes imputados na denúncia (*Count Bargaining*), ou ainda uma pena alternativa à prisão (*Sentence Bargaining*). MASI, Carlo Velho, sob o título *A plea bargaining no sistema processual penal norte-americano*. *texto* extraído do endereço eletrônico Canal de Ciência Criminais, a saber: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/355840123/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano>. Acesso em 05 de maio de 2022.

Na premissa de que mesmo na seara penal, assim como na senda do controle da atividade empresarial, foram implantados instrumentos de consenso, com expresso objetivo na eficiência dos sistemas, não seria possível sustentar a inaplicação da autocomposição na improbidade administrativa.

Convém lembrar que está em vigor o Código Penal de 1940, que embora com atualizações, por expressivo período de sua aplicação, foi firme na exigência da atuação adversarial do Ministério Público, impondo-lhe controle do arquivamento de inquéritos policiais e a obrigatoriedade do ajuizamento das ações penais, sem que fosse possível aventar cenários de consenso.

Longo foi o percurso normativo até chegarmos no momento atual no qual, não obstante tenhamos inúmeros instrumentos de consenso, todos devidamente positivados, ingressamos na fase de implementar elementos de segurança jurídica na sua realização, a fim de concretamente consolidar um verdadeiro cenário de um processo democrático em todos os meios, especialmente no campo sancionatório, o que, longe de denotar menor rigidez com atos de desvio, poderá, em verdade, incentivar a mais eficiente resposta das Instituições constituídas aos atos contrários ao sistema de justiça.

Deste modo, apenas com a superação ou mesmo a ressignificação do conceito de interesse público, afastando-se tal conceito da máxima da obrigatoriedade da atuação de persecução puramente sancionadora, a fim de garantir a maior eficiência nas atividades do Estado, será possível aos agentes compreenderem que os atos de consenso são os mais adequados meios para solução de conflitos.

Destaca-se que, uma vez traçada a linha evolutiva das alterações mais relevantes para o sistema, observa-se que apenas em 1990, com a edição da Lei n. 8072³⁶, surge no direito penal brasileiro a figura do colaborador que, na hipótese de elucidação de casos específicos trazidos pela norma, especialmente desfecho do crime de quadrilha, estaria autorizada a concessão de uma espécie de acordo diferido que, ao final da instrução, permitiria a redução da pena. Tal disposição foi amplamente debatida, culminando com o Eg. STF consolidando o entendimento de que, uma vez realizada a colaboração, o agente colaborador teria direito

³⁶ Art. 8º, parágrafo único, da Lei 8072 de 1990: “Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único. 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.”

subjetivo à redução da pena, inclusive para evitar conduta desleal do Estado ao negar ao delator regular a sanção premial.³⁷

Como visto, após algumas décadas da vigência do Código Penal surge um primeiro importante diploma autorizando atos mais efetivos de consenso no campo do direito processual penal, razão pela qual se explica a cultura da obrigatoriedade das ações penais e a atuação sempre adversarial do Ministério Público, o que perdurou incólume por décadas.

Em seguida, a modernização legislativa punitiva ganha importantes contornos quando é publicada a Lei 9099 de 1995 que, a seu tempo, revolucionou o sistema consensual brasileiro na órbita do direito penal e processual penal. A referida norma implanta os Juizados Especiais Criminais por todo o país e autoriza a realização de instrumentos despenalizadores, como a transação penal³⁸ e a substituição condicional do processo³⁹. Vê-se que, mesmo com tais normas claras, teria havido esforço para afastar que a hipótese seria de consenso, chegando-se a se expressar que a transação denotaria a aplicação prévia de penas restritivas de direitos, sendo mais adequado assentar que haveria, em verdade, manifestação de vontade do suposto autor do fato de, mesmo antes do juízo de culpa, se submeter a restrições a direitos de liberdade para que não houvesse a deflagração de eventual ação penal, buscando-se com tal manifestação de vontade um benefício legal ou uma medida despenalizadora. No mais, o benefício não seria sequer anotado para fins penais, apenas para objetivos processuais.

No mais, apenas em 1999, com a edição da Lei 9807⁴⁰, surge um primeiro instrumento normativo que visa dirimir a proteção de testemunhas e colaboradores. A denominada Lei de Proteção às Testemunhas beneficiou, igualmente, réus colaboradores que viessem a auxiliar na identificação de outros agentes, bem como na localização de vítimas e recuperação de bens objetos de atividades criminosas. Tal legislação foi importante, pois ampliou o espaço de

³⁷ Nesse sentido a decisão do STF no HC nº 99.736/DF, Primeira Turma, Relator Ministro Ayres Britto, Dje de 21/5/2010, no exame da Delação Premiada, ainda sob a égide do art. 14 da Lei 9807 de 1999. Disponível em www.stf.jus.br. Consulta por número. Acesso 15 de setembro de 2022.

³⁸ Art. 76, da Lei 9099 de 1995: “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.”

³⁹ Art. 89, da Lei 9099 de 1995: “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77, do Código Penal).”

⁴⁰ Art. 13, da Lei 9807 de 1999: “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 co-autores 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.”

consenso, permitindo-se, inclusive, perdão judicial e redução expressiva de pena com influência no regime prisional, assim como assentou a necessidade de eficácia da colaboração.

Por conseguinte, no campo da tutela da gestão empresarial, mormente na anticorrupção empresarial, apenas em 2013, com o advento da Lei 12.846, surge o Acordo de Leniência, com requisitos previstos nos artigos 16⁴¹ e 17⁴² da referida norma. Com efeito, inicia-se no exame desta legislação a ideia de que o gestor administrativo, no que tange às suas competências e atribuições, estaria autorizado a conduzir atos de consenso. O diploma, ainda, permite debate acerca da natureza do que se denomina Direito Sancionador e sua incidência em casos administrativos e empresariais. O acordo se destina às sociedades empresárias envolvidas nos atos investigados de corrupção empresarial. A legitimidade para o acordo de leniência se remete para a Autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública responsável pela atuação de controle. Autoriza-se a reparação do dano, mas com redução de até 2/3 da multa prevista para a hipótese. Em tal diploma se consagra a ideia, igualmente, de que a colaboração precisa ser efetiva.

No mesmo ano surge a Lei 12850 de 02 de agosto de 2013, que visa disciplinar a definição de organização criminosa, bem como a investigação criminal em tais cenários. A seção I, a partir do art. 3º, A⁴³, estabelece extenso regramento para a Colaboração Premiada, instituindo verdadeiro acordo típico, com negociação efetiva para fins de benefícios, diante de uma colaboração útil, com previsão de não ajuizamento de denúncia ou substancial redução da pena, incluindo situações de condenação.

Em seguida, com idêntica relevância, inclusive pela positivação direta, surge a Lei de Mediação (Lei 13140 de 2015), pela qual, de forma expressa, passa a permitir a solução consensual na matéria da improbidade administrativa, conforme previsão concreta do art. 36, parágrafo 4º, norma que, inclusive, foi o fundamento para que se sustentasse a revogação tácita do primitivo art. 17, parágrafo 1º, da LIA.⁴⁴

⁴¹ Art. 16, da Lei 12846 de 2013: “A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I – a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber e II – a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.”

⁴² Art. 17, da Lei 12846 de 2013: “A Administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei 8666 de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.”

⁴³ Art. 3-A, da Lei 12850 de 2013: “O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse público.”

⁴⁴ Nesse sentido: BASTOS, Fabrício Rocha. Acordo de Não Persecução Cível. 1ª edição. São Paulo. Liber Editora, ano 2021, página 83.

Nos termos acima, a despeito dos diplomas anteriores terem motivado diversos posicionamentos acerca da pertinência da implantação do consenso para as sanções da improbidade, observa-se que o primeiro diploma que prevê de forma expressa a autorização de consenso na improbidade administrativa pela Administração Pública, desde que com manifestação do Ministério Público e avaliação do Juiz competente para a causa foi a Lei de Mediação, o que se deu apenas em 26 de junho de 2015⁴⁵.

Convém destacar, no entanto, que a vedação expressa da antiga redação do art. 17, parágrafo 1º, da Lei de Improbidade ⁴⁶, mantinha tal tema distante dos atos de consenso na improbidade que, a rigor, foram objeto de questionamentos, inclusive nos Tribunais Superiores⁴⁷. Convém lembrar que tal norma foi revogada pela Medida Provisória 703 de 2015, mas tal ato normativo teve seu prazo de vigência encerrado sem conversão em lei, o que fez com que fosse restabelecida a redação acima citada, no sentido peremptório da vedação da composição na improbidade.

Não obstante, ainda na linha evolutiva do consenso na improbidade administrativa, o próprio Ministério Público, mesmo antes da positivação no ordenamento jurídico brasileiro do Acordo de Não Persecução Civil, editou, em 2017, sua Resolução 179 ⁴⁸, segundo a qual seria cabível compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas na Lei de Improbidade, em proporção à conduta ou ato praticados.

Por fim, o cenário apenas se consolida de forma mais segura com a previsão expressa do Acordo de Não Persecução Cível, principal ponto de estudo desse trabalho, com o advento do denominado Pacote Anticrime, através da edição da Lei 13.964 de 2019, com vigência a partir de janeiro de 2020, alterando-se o art. 17, parágrafo 1º, da LIA⁴⁹. O novo diploma, embora tenha previsto o Acordo, não contou com sua regulamentação, ante a configuração de veto presidencial ao então art. 17, A, que também seria inserido na Lei de Improbidade.

⁴⁵ Art. 36, da Lei 13.140 de 2015: “No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União; Parágrafo 4º: Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministério Público.”

⁴⁶ Art. 17, parágrafo 1º, da Lei 8429 de 1992 antes de sua revogação: “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*.”

⁴⁷ No sentido da vedação vide Acórdão do STJ, no AgInt no Recurso Especial n. 1.654.462-MG, relatoria do Ministro Sergio Kukina, publicado em 14/06/2018.

⁴⁸ Art. 1º, parágrafo 2º, da Resolução 179 do CNMP: “É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado.”

⁴⁹ Art. 17, parágrafo 1º, da Lei de Improbidade, com a redação dada pela Lei 13964 de 2019: “As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.”

O Acordo de Não Persecução Cível estaria autorizado na mesma dicção da acima referida Resolução 179 do MP, permitindo-se o consenso com a observância das medidas de ressarcimento ao erário e a imposição de uma ou mais sanções da Lei de Improbidade.

Diante do veto presidencial à regulamentação surgiram inúmeros debates acerca de como seria efetivado o benefício pelos diversos Ministérios Públicos do País, sobrevindo o consenso de que a ausência de regulamentação não seria óbice à sua concessão, razão pela qual se iniciaram as normas internas de resolução visando sua regulamentação e a efetiva oferta do benefício para situações de improbidade.

Por fim, nova alteração surge na Lei da Improbidade Administrativa, com substancial revisão nos seus parâmetros, o que se deu com a publicação da Lei 14230 de 2021, a qual será estudada com mais precisão nos pontos específicos do acordo na improbidade, sendo possível salientar, desde logo, que o instituto do agora Acordo de Não Persecução Civil não só sofreu ajuste na nomenclatura, como destacado, mas, ainda, diversos mecanismos de natureza procedimental e de conteúdo, conforme redação do acima referenciado art. 17, B, e seguintes, da atual e substancialmente reformulada Lei de Improbidade

Com efeito, através desse histórico normativo, vislumbra-se uma evolução constante da ampliação dos atos de consenso na solução efetiva de situações jurídicas, inicialmente no campo do próprio direito penal e processual penal, o que justificou os avanços na área da corrupção empresarial e, por fim, da improbidade administrativa, inclusive sob o prisma da isonomia e razoabilidade, posto que presentes atos de consenso no campo penal e processual penal não estaria justificado o obstáculo ao consenso nos demais ramos do direito sancionador.

1.5 A nova LINDB como Cláusula Geral da Autocomposição na Administração Pública

A substancial alteração da LINDB, com a edição da Lei 13655 de 2018, evidenciou a necessidade de fortalecimento da segurança jurídica e da eficiência nas normas de direito público.

A Doutrina assenta que a LINDB inova ao positivizar um conjunto de regras que observa os preceitos do pragmatismo, com suas respectivas características, quais sejam: o antifundacionalismo, de acordo com o qual se rejeita a existência de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, estáticos e definitivos no direito, imunes às transformações sociais; o contextualismo, conceito que orienta a interpretação jurídica por questões práticas e o

consequencialismo, característica de acordo com a qual as decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas (olhar para o futuro e não para o passado).⁵⁰

No mesmo sentido estaria o art. 22, da LINDB, a assentar que as sanções impostas aos agentes públicos deverão considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos administrativos, o que, segundo Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas, consolidaria o pragmatismo no âmbito do Direito Administrativo sancionador.⁵¹

Destaca-se, não obstante, o novo dispositivo previsto no art. 26, da LINDB⁵², pelo qual são estabelecidas novas balizas negociais para a administração pública e na aplicação do direito público, na premissa de sua adequada atuação em favor do interesse público e da economia.⁵³

Merece destaque, por conseguinte, a conclusão de que LINDB tem sua natureza concreta como norma de introdução a todo o ordenamento jurídico, devendo servir, como vontade do legislador e como baliza interpretativa de toda a comunidade jurídica em todos os ramos de direito. É flagrante, portanto, a motivação legislativa de alterar o sistema anterior de imperatividade das regras de direito público em favor do estímulo aos entes públicos de conduzirem atos de negociação. Destaca-se que não houve, nas novas regras da LINDB, a mera previsão genérica da possibilidade de autocomposição entre o ente público e o cidadão ou suas empresas. Ao revés, a previsão legislativa foi exaustiva na fixação de procedimentos e regras para efetivamente viabilizar a negociação, ao mesmo tempo que ficam protegidas as convenções diante de maior segurança jurídica e estabilidade. Daí a pertinência de oitiva do órgão público responsável pela defesa judicial do ente público, as respectivas Procuradorias, a imensa maioria dotada de qualificado quadro de servidores, assim como demais regras na própria tramitação do procedimento, inclusive na definição dos atos de consenso como

⁵⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. Revista Brasileiro de Direito Público. RBDP. Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 9-36, outubro/dezembro de 2012.

⁵¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo Sancionador. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. Revista Consultor Jurídico, publicada em 25 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>. Acesso em 21 de setembro de 2022.

⁵² Art. 26, da LINDB: “Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.”

⁵³ Nesse sentido: AVELINO, Murilo Teixeira. Consesualidade e Poder Público. Murilo Teixeira Avelino e Ravi Peixoto. São Paulo. Editora JusPodivm, ano 2022, página 47.

compromissos, visando eliminar, em favor da administração e do administrado, irregularidades, incertezas jurídicas ou situações contenciosas na aplicação do direito público.

No mesmo sentido a norma autoriza consultas públicas, através de audiências públicas ou outros meios de atuação popular, denotando maior amplitude no debate democrático dos institutos, assim como define que o compromisso deverá levar em conta a legislação aplicável, razão pela qual a oitiva do órgão jurídico tem o condão de conformar a pretensão dos gestores administrativos com a lei aplicável ao caso concreto.

A LINDB, no mais, é norma geral como fonte de interpretação e de aplicabilidade substancial para todos os demais ramos do direito. Afastam-se, portanto, quaisquer ponderações restritivas acerca da autocomposição dos entes públicos quando se consolidam litígios com o administrado ou com suas empresas.

A nova LINDB, por fim, estabelece verdadeira cláusula geral para atuação uniforme das entidades públicas, no seu art. 26, permitindo-se, sem restrições gerais, a lavratura dos compromissos de autocomposição. O requisito primordial é a constatação, por motivada decisão, de que a medida tutela relevante interesse geral, o que será facilmente registrado, segundo parecer do órgão jurídico que atua em favor do ente integrante do compromisso.

Comunga-se, na hipótese, do entendimento pelo qual o postulado do art. 26, acima refrido, não é restrito ao Direito Administrativo. Ao contrário, ante o caráter uniforme da atuação da administração, há flagrante autorização de compromissos em qualquer ramo do direito público, seja o Direito Administrativo, Tributário, Ambiental, da Infraestrutura ou das Cidades ou mesmo Processual.⁵⁴

Nos mesmos termos não há restrição ao conteúdo dos compromissos porventura lavrados pela administração pública, contemplando-se atos de fiscalização, de adjudicação ou mesmo sancionatórios. Não há, pois, nas novas disposições da LINDB, disposições que restrinjam as matérias afetas aos compromissos de autocomposição.

O art. 26 da LINDB, em verdade, não só sepulta quaisquer ponderações acerca da indisponibilidade do interesse público, tema acima abordado, como apresenta um comando de autorização genérica para a celebração de instrumentos de autocomposição pela administração pública.⁵⁵

⁵⁴ Nesse sentido ampliativo: AVELINO, Murilo Teixeira. Obra Citada, página 50.

⁵⁵ Nesse sentido: NOBRE JUNIOR, Edilson. As normas de direito público na lei de introdução ao direito brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo. São Paulo. Contracorrente, ano 2019, página 156.

Nos termos da lei não há óbices para as disposições, optando a nova LINDB por definir os requisitos, segundo uma visão objetiva do conflito, a fim de afastar o que denominou: irregularidades, incertezas jurídicas ou situações contenciosas.

A amplitude do conteúdo está assentada na doutrina de Murilo Teixeira Avelino e Ravi Peixoto⁵⁶, em obra específica sobre o tema e acima referida, com destaque para a afirmativa de que o art. 26 da LINDB seria uma cláusula geral inserida entre um conjunto de normas que impõe a abertura do poder público à resolução de conflitos negociada.

Como visto, no campo da improbidade administrativa estaremos sempre na seara da consensualidade vertical, o que não impede que o ente público conduza atos de consenso, assim como que tais atos sejam dotados de segurança jurídica e estabilidade, perante os demais órgãos da administração e outros legitimados. As medidas sancionatórias, por excelência, passaram por uma evolução que se origina numa justiça adversarial e punitiva e evolui para uma justiça negocial e consensual, o que atende sobremaneira o interesse público e a eficiência da administração pública, razão pela qual apenas com motivação concreta se vislumbra possível que o ente público e suas Procuradorias promovam pelo afastamento dos atos de autocomposição, o que causaria de forma incontestemente irrefutável prejuízo ao interesse público e prejuízos econômicos ao próprio erário.

No mais, nos termos da doutrina acima declinada, a alteração legislativa com a redação da nova LINDB não só consolida, mas também amplia uma tendência de autocomposição para uma seara na qual ainda havia uma resistência: as relações jurídicas em que o poder público atua em uma situação de superioridade. Trata-se, portanto, de alteração paradigmática que não pode ser ignorada pelo interprete e pelo aplicador da norma legal.⁵⁷

Observa-se, pois, que o compromisso poderá ser lavrado, mediante oitiva do órgão de assistência jurídica do ente legitimado, de forma a regularizar o objeto e corrigir a própria conduta do negociante. Trata-se, pois, de acordo substitutivo das sanções, visando afastar irregularidades e ajustar as consequências dos atos, atuando-se de forma preventiva em favor da coletividade.

⁵⁶ “(...) O art. 26, da LINDB funciona como cláusula geral inserida entre um conjunto de normas que impõe uma abertura do poder público à resolução de conflitos negociada. A partir dele, a doutrina aponta que, da perspectiva da administração pública, a consensualidade pode ser vista sob dois pontos de vista: I)- consensualidade horizontal, caso em que o ente público não exerce seu poder de império, o que ocorre geralmente em relações de direito privado, em que a administração pública e o particular estão em situação de igualdade; II)- consensualidade vertical, em que há o exercício do poder de império, mas a administração pública permite a abertura de um espaço de negociação e consenso. Essa espécie de consensualidade muitas vezes é manifestada nos casos de exercício do poder de império da administração, por meio dos acordos substitutivos de sanções, mas também nos processos de expropriação, para discussão do justo preço do bem e mesmo nos contratos administrativos típicos.” AVELINO, Murilo Teixeira. Obra citada, página 42.

⁵⁷ Idem, página 43.

Merece registro, por fim, que o art. 26, da LINDB deve ser analisado em conjunto com o art. 10 do Decreto 9830 de 2019, ambos formadores de uma iniciativa legislativa de incentivo à consensualidade na aplicação do direito público.

Conclui-se que o comando da LINDB está na aplicação sistêmica da consensualidade, de modo a afastar a impessoalidade e diante dos seus mínimos requisitos, especialmente a manifestação do órgão jurídico e da exposição de razões justificantes, elementos fundamentais para que o compromisso seja, no futuro, aplicável em casos semelhantes, o que deve ser o paradigma de atuação do órgão dotado da atribuição legal e que lavrou o compromisso de adequação, evidenciando-se uma uniformidade.

Não só no art. 26 a LINDB fornece novos paradigmas para a atuação do direito administrativo sancionador, uma vez que outros dispositivos da mesma norma buscam evidenciar os contornos da responsabilidade do agente público nos atos que, no futuro, poderão ser considerados inválidos. É o exemplo do art. 28 da LINDB, segundo o qual: “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.”

Observa-se, deste modo, que a nova LINDB não só define a pertinência da lavratura de compromissos para uma atuação mais eficiente da administração, no campo da criação de atos de consenso entre a administração e o cidadão, como estipula que apenas o dolo ou erro grosseiro serão os fatores que justificarão a responsabilidade dos agentes pela invalidade dos atos administrativos em geral.

Neste ponto há singela distinção, o que carecerá de aprofundamento doutrinário e de segurança jurisprudencial, na diferenciação entre dolo e erro grosseiro, de modo que se observe que a LIA prevê sanções apenas para atos dolosos, sem firmar referências a erros grosseiros. Haverá, com efeito, flagrante necessidade de ser reconhecer o erro grosseiro, como um dos elementos que confirmem o dolo na prática do ato, de modo que este erro seja tão intenso, ao ponto de não ser possível afastar o elemento volitivo do agente. Eis a interpretação que conformará o sistema da LINDB com as regras da LIA, compatibilizando o ordenamento jurídico para aplicação conjunta e harmônica de ambos os diplomas legais.

Com efeito, a regra é clara no sentido de que apenas na hipótese de dolo ou erro grosseiro se vê possível a responsabilidade do agente pela invalidade do ato ou sua decretação de nulidade, considerando-se as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado sua atuação.⁵⁸

⁵⁸ Nesse sentido: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques e Rafael Vêras de Freitas. Texto citado.

Diante de tais premissas é possível concluir que o cenário trazido pela LINDB é claro em estabelecer, em norma estruturante do direito brasileiro, contornos de adequação da autocomposição em favor da administração pública, mesmo na seara administrativa, assim como do pragmatismo para a aplicação das sanções e, por fim, de pressupostos básicos de responsabilidade dos agentes públicos para atos que porventura venham a ser invalidados, especialmente a presença incontestada do dolo na sua configuração.

1.6. O consenso como instrumento adequado para solução de conflitos sancionatórios

O estudo do tema da adequação dos meios para solução dos conflitos perpassa pela constatação inegável de que, assim como em inúmeras situações da vida civil, a autocomposição é a via mais propícia a sanar conflitos e eliminar questionamentos futuros. Ademais, em uma sociedade que prima pela democracia como fundamento, a maior participação do cidadão nos atos de decisão é impositiva. Por tais razões, quando eventual litígio é solucionado com a plena participação dos envolvidos, construindo em conjunto com outros legitimados, o conteúdo da solução e antevendo, seguramente, seus efeitos, observa-se a mais efetiva dimensão da pacificação.

Vimos que em vários momentos históricos foram implantadas vias de consenso para fins de sanar ou evitar, da forma mais efetiva possível, as lides processuais. Tal esforço de evolução da própria sociedade no caminho da pacificação não pode ser frustrado pela atuação unipessoal de quaisquer legitimados.

Por outro lado, mesmo numa visão mais pragmática, objetiva do tema, conclui-se que a autocomposição é instrumento fantástico de gestão judiciária, permitindo economia processual e impedindo a própria dilação do litígio na via recursal.

Por tais razões, sustenta-se nesse trabalho que todos os atos de consenso devem ser considerados como instrumentos dotados de primazia para a solução dos conflitos, em qualquer área, razão pela qual seria excepcional a justificativa do legitimado para negar a oferta de instrumentos regularmente permitidos.

Da mesma forma que agentes públicos e juízes precisam motivar suas decisões, não podem se negar a fazê-lo os representantes das instituições legitimadas a conduzirem procedimentos de controle ou para fins de imposição de sanções.

Tal cenário é referenciado em mais uma lição de relevância para o tema pela Professora Janaína Soares Noleto Castelo Branco⁵⁹, conforme obra acima citada, especialmente como justificativa para que o Estado busque soluções, segundo a vontade legítima da norma, mesmo que individuais.

Com tais premissas, quando a legislação indica que instrumentos de autocomposição são aplicáveis à determinada espécie de situação jurídica há inegável vontade legislativa de que a mais adequada solução para as hipóteses que, em tese, são tuteladas pela norma sejam sanadas na via consensual, com a participação de todos os sujeitos, inclusive para fins democráticos e, igualmente, que possam abreviar desperdícios de atos de agentes públicos e de recursos públicos que serão consumidos na hipótese de tramitação exaustiva.

Com efeito, pondera-se que não há direito subjetivo do investigado aos atos de consenso, mas, igualmente, há dever do titular da oferta do benefício apresentar razões técnicas para seu não oferecimento, inclusive diante dos precedentes do próprio órgão e da isonomia com outros casos, especialmente para conhecimento dos destinatários das concretas razões que motivaram o titular da legitimação a atuar no caso concreto, eliminando-se conclusões de pessoalidade ou utilização abusiva ou mesmo desnecessária do direito de ação.

A primazia do consenso, igualmente, deverá ser observada na conclusão dos procedimentos investigativos e de controle, como etapa anterior ao ajuizamento de medidas judiciais, a fim de que se amplie os espaços de consenso, ao mesmo tempo em que os agentes se motivem a conduzir a autocomposição para a própria economia na não realização dos atos judiciais, reservando-se recursos públicos e de pessoas para as políticas públicas mais relevantes e necessárias em favor do bem comum. A tutela adversarial, com efeito, deverá ser a última via de opção para o legitimado, passível de utilização apenas quando frustrados os meios autocompositivos, exigindo-se do agente firmes justificativas para sua atuação.

Destaca-se, nesse tema, que o atual CPC de 2015 trouxe a sessão conciliatória para o início do procedimento, conforme disposição do seu artigo 334⁶⁰, pelo qual se prevê a busca

⁵⁹ “(...) Quando a legislação fornece os parâmetros para o administrador acerca do interesse a ser perseguido pelo Estado, deve então o administrador ater-se àquela vontade legítima, fazendo cumprir direitos e assegurando a plena satisfação dos interesses ali previstos, ainda que individuais. Portanto, nas situações em que o ordenamento previu expressamente a prevalência do interesse coletivo sobre o privado, como é o caso da “desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia indenização em dinheiro, o interesse público é pela prevalência do interesse coletivo. Já em diversas outras situações, o constituinte prioriza a satisfação dos interesses individuais.” BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. Obra citada, página 48.

⁶⁰ Art. 334 do CPC: “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.”

da autocomposição antes mesmo da oferta de contestação, tudo a sinalizar que a tentativa de consenso é a primeira medida a ser utilizada para solução de conflitos.

O mesmo CPC delibera no seu art. 139, V ⁶¹, que é dever do juiz a promoção, a qualquer tempo, da autocomposição, preferencialmente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais. A importância dessa regra reside na assertiva de que mesmo após o ajuizamento ou após a própria sentença permanecem abertos espaços de consenso para a consensualidade entre as partes.

Por tais razões, não há forma mais efetiva para a solução definitiva da situação jurídica controvertida, do que a construção da decisão sob a influência e participação de todos os agentes envolvidos, através dos instrumentos de autocomposição. Destaca-se, nesse ponto, que a autocomposição, por si só, permitirá pronta reparação de danos, assim como adequação de condutas ou mesmo a cessação de condutas que estejam a violar bens jurídicos coletivos, o que atende sobremaneira os interesses sociais. Considerando os limites temporais hoje vigentes, convém lembrar que inúmeros cidadãos podem ficar privados da fruição de direitos, caso eventual lide adversarial seja interposta para solução definitiva apenas com o esgotamento da via recursal.

2 SEGURANÇA JURÍDICA COMO PILAR DO SISTEMA DE JUSTIÇA

2.1 Elementos do Princípio da Segurança Jurídica

O grande obstáculo no Brasil para maior aplicação dos meios autocompositivos está na ausência de segurança jurídica. No momento atual vigora uma sobreposição de atuações de diversos órgãos, assim como constantes impugnações ou questionamentos acerca dos elementos da autocomposição, lançando-se dúvidas sobre o resultado e, especialmente, as precisas consequências para o pactuante em eventual procedimento diverso, especialmente quando conduzido por outra Autoridade detentora de atribuição junto a variados órgãos de controle ou instituições legitimadas à tutela coletiva.

De início, convém destacar que é salutar que diversos órgãos e instituições tenham no rol de sua atuação a legitimidade para controle e sanções a condutas que violem direitos da coletividade, especialmente a probidade administrativa. Tutela-se, com efeito, da forma mais ampla possível a não violação de bens jurídicos dos mais relevantes para a sociedade.

⁶¹ Art. 139. “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: V – promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.”

Todavia, atuações descoordenadas e sobrepostas, muitas vezes sob a justificativa abstrata da autonomia e da independência funcionais estão a prejudicar a satisfação dos direitos pela via da autocomposição, bem como retardando a solução definitiva de situações jurídicas e, portanto, causando efeitos reversos aos interesses sociais.

No presente capítulo temos por assentar que exclusivamente com elementos de segurança jurídica será possível a mais eficaz satisfação dos direitos. A insegurança jurídica contribuirá apenas para a majoração do conflito e impedirá a contribuição participativa dos sujeitos.

O contexto histórico do princípio da segurança jurídica é relevante para compreendermos sua dimensão. Nesse sentido, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio da segurança jurídica apresenta aspecto objetivo, da estabilidade das relações jurídicas e o aspecto subjetivo, da proteção à confiança ou confiança legítima, este último originário no direito alemão, importado para a União Europeia e, mais recentemente, para o direito brasileiro. Ele foi elaborado pelo tribunal administrativo em acórdão de 1957; em 1976, foi inserido na lei de processo administrativo alemã, sendo elevado à categoria de princípio de valor constitucional por interpretação do Tribunal Federal Constitucional. A preocupação era a de, em nome da proteção à confiança, manter atos ilegais ou inconstitucionais, fazendo prevalecer esse princípio em detrimento do princípio da legalidade. Do direito alemão passou para o direito comunitário europeu, consagrando-se em decisões da Corte de Justiça das Constituições Europeias como “regra superior de direito” e “princípio fundamental do direito comunitário.”⁶²

Com efeito, é impositivo salientar que a Segurança Jurídica é Princípio estruturante do que denominamos Estado Democrático de Direito, pois fundamento de validação e de interpretação adequada dos demais princípios ou regras de direito. A Segurança Jurídica, como postulado da Constituição Federal, tem elevada importância para o sistema de justiça, pois se aplica pelo direito, isto é, viabiliza a concretude e efetividade de uma norma, bem como, igualmente, está presente para proteção da situação jurídica contra o próprio direito, a fundamentar hipóteses de não retrocesso que não são passíveis de alteração ou de revisão pela própria modificação da ordem jurídica, como nos casos da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.⁶³

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O STJ e o princípio da segurança jurídica, disponível no endereço eletrônico: <https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/0-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica>. Publicação 14 de maio de 2019. Acesso em 01 de novembro de 2022.

⁶³ Nesse sentido: AVILA, Humberto, Teoria da Segurança Jurídica, 6ª Edição, Editora Juspodvum/Malheiros, São Paulo, ano 2021, páginas 274/275.

A fim de fundamentar a abrangência das normas a segurança jurídica impõe, segundo as preciosas lições acima referenciadas do Professor Humberto Ávila ⁶⁴, notadamente, a necessidade de compreensão das normas (cognoscibilidade), a capacidade de manutenção das condutas (confiabilidade) e, por fim, a capacidade de previsibilidade (calculabilidade).

A Segurança Jurídica, ademais, estabelece um estado de liberdade em favor do indivíduo, permitindo-lhe que opte por uma escolha ou outra, ciente das consequências e como poderá agir, além da direção ou conduta a cumprir. A modificação de um estado de segurança demanda a ausência de alteração drástica no pleno exercício dos direitos que integram o patrimônio jurídico das pessoas.

Convém lembrar, no exame deste mesmo tema, as palavras do Professor de Direito Constitucional Ingo Sarlet⁶⁵, para quem o estudo da segurança jurídica é o estudo de um direito fundamental com foco na dignidade da pessoa humana e na proibição do retrocesso social. No mesmo texto, o ilustre mestre, em referência ao Professor Jorge Cesa Ferreira da Silva⁶⁶, leciona que a segurança jurídica envolve proteção da confiança, constituindo um dos elementos materiais do Princípio da Boa-fé.

Ditas essas premissas, convém concluir a importância de valorar todo e qualquer instituto do direito segundo o vetor do Princípio da Segurança Jurídica, o que permite compreender que nenhuma interpretação merece ponderação concreta na hipótese de tornar uma ferramenta do direito inócua, inaplicável ou não efetiva.

A atividade jurisdicional atua como um mecanismo de reconstrução da ordem jurídica, circunstância tão relevante que não contempla ausência de definitividade.

Por fim, no tema Segurança Jurídica, destaca-se a lição do ilustre Professor Antonio do Passo Cabral, no texto Técnica do Julgamento Alerta na Mudança de Jurisprudência Consolidada⁶⁷, no qual destaca a referência de que o próprio conflito é estimulado na ausência de segurança jurídica.

⁶⁴ Idem, páginas 140/144.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE). Salvador. Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 32, outubro/novembro/dezembro de 2012. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-32-DEZEMBRO-2012-INGO-SARLET.pdf>> Acesso em 03 de dezembro de 2021.

⁶⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A boa-fé e a violação positiva do contrato, Rio de Janeiro. Editora Renovar, ano 2007, p. 45 e ss.

⁶⁷ “(...) o ordenamento não pode ser impreciso ou incompreensível, e não apenas por uma razão de conveniência, mas porque a litigiosidade e o conflito são estimulados quando o conteúdo das normas é duvidoso.” CABRAL, Antonio do Passo. A Técnica do Julgamento Alerta na Mudança de Jurisprudência Consolidada, Revista de Processo. Volume 221/2013, p. 13, julho de 2013, DTR\2013\3808.

Diante de tal contexto, no campo do Acordo de Não Persecução Civil, embora em formação os estudos doutrinários e avaliações jurisprudenciais para seu mais efetivo aproveitamento, espera-se que a comunidade jurídica, na consolidação do instituto e dada sua relevância, opte por compreender que sua aplicação é um flagrante avanço no sistema de reparação de danos ao erário público, especialmente na celeridade de tal medida, além de permitir pronta efetividade das demais sanções da Lei de Improbidade, atingindo de forma frontal esse negativo meio de violações ao patrimônio público, ao mesmo tempo que todas essas conquistas apenas serão relevantes e concretas se o instrumento de consenso estiver cercado de segurança jurídica e permita a adesão voluntária e sem riscos dos demais sujeitos processuais. Em caso negativo, o avanço legislativo não encontrará incidência prática, frustrando-se a consolidação do instrumento como ferramenta de pacificação e de tutela do interesse público.

Conclama-se, deste modo, que toda a comunidade jurídica conduza interpretação acerca do Acordo de Não Persecução Civil que autorize sua mais plena aplicação, protegendo-se sua estrutura e liberdade de configuração, além de seus esperados efeitos, tutelando-se em favor de todos a boa-fé e a confiança, permitindo-se o mais célere cumprimento das obrigações em pronto prestígio ao interesse público.

2.2 Segurança no ordenamento jurídico

A segurança jurídica, na forma acima destacada, carece de múltiplos fatores para sua real dimensão. É notório que a expressão segurança é lançada em inúmeros diplomas nos seus mais variados sentidos, ora prevendo a expressão como qualidade de proteção a direitos, ora sob o critério da estabilidade de relações e condutas. No primeiro ponto a se salientar está a necessidade de segurança no ordenamento jurídico, com firme propósito vinculado à citada estabilidade.

É impositivo concluir que um ordenamento jurídico é, nada mais, do que um composto de normas que rege a vida em sociedade e que dispõe sobre a tutela, criação, exercício e fruição dos direitos, assim como prevê a forma de cumprimento e execução de deveres ou obrigações legais ou negociais.

Nestas perspectivas, as diversas normas do ordenamento nacional, nas suas variadas matérias, devem atentar para a harmonia e a coerência de todo o sistema de justiça.

É necessário reconhecer um esforço do ordenamento jurídico, nos últimos anos, bem como dos Tribunais brasileiros, notadamente do STJ, no sentido de contribuir para que a

segurança jurídica seja um elemento estruturante do sistema de justiça brasileiro. Em nome da segurança jurídica, o STJ, desde sua instalação elaborou súmulas de jurisprudência, embora sem caráter vinculante. O CPC de 1973, desde as alterações da Lei 11672 de 2008, introduziu no código o art. 543-C, que previu procedimento a ser adotado pelo STJ, para as hipóteses de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito. Cabia, neste caso, ao Presidente do Tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais seriam encaminhados ao STJ, ficando suspensos os demais recursos especiais até o seu pronunciamento definitivo. Com a decisão do STJ devidamente publicada “os recursos especiais sobrestados na origem: I – terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do STJ; ou II – serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do STJ (art. § 7º, do 543,A). Observa-se que tal dispositivo, embora sem a dimensão dos atuais artigos 927 e 975, do CPC de 2015, representou um avanço em termos de segurança jurídica e também de isonomia, na medida em que tinha por objetivo impedir que recursos fundamentados em idêntica questão de direito tivessem destino diverso no âmbito do STJ. Nesses termos foi o STJ que iniciou a atuação de instrumentos de estabilidade para as decisões judiciais formulando julgamentos em teses jurídicas que visam ser aplicadas em casos futuros para o próprio tribunal e para outros órgãos do poder judiciário, garantindo aos litigantes maior segurança jurídica quanto a questões de direito decididas anteriormente.⁶⁸

Com efeito, cabe ao legislador e, até a previsão expressa em norma legal, ao judiciário, dirimir o conflito de normas, primando por sua conformação com o estado de direito.

O exercício de direitos de liberdades não poderá ser tolhido pela inconsistência ou dificuldades de interpretação das normas autorizativas de atos de autocomposição.

Deste modo, considerando a higidez do sistema as diversas ferramentas da autocomposição, quer na seara penal ou nos demais ramos do direito, hão de estar em sintonia e necessitam de aplicação muitas vezes coordenada e mediante cooperação dos agentes. Porém, observando-se que o sistema prevê formas de solução de lides penais e empresariais, nada mais coerente de que as mesmas ferramentas estejam aptas a gerar a pacificação na seara do direito sancionador, quer no seu aspecto administrativo ou mesmo no campo judicial da improbidade administrativa.

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Texto citado: O STJ e princípio da segurança jurídica.

Neste contexto, merece destaque no exame da segurança no ordenamento jurídico, mais uma valiosa lição do Professor Humberto Ávila⁶⁹, segundo a qual, em muitas vezes, a segurança não está na norma, mas no ordenamento jurídico.

Desta forma, o agente pactuante de uma colaboração premiada devidamente homologada e para a qual os efeitos foram implementados em favor da investigação criminal merece proteção de sua expectativa legítima ao conduzir um ato de autocomposição com agentes do Estado e não pode ter receio de impasses para a configuração de um acordo de leniência por sua empresa, assim como deverá ter plena capacidade de compreensão das regras que permitirão que se entabule composição para o mesmo ato, no campo da improbidade administrativa, pela via do Acordo de Não Persecução Civil, reservando-se a todos os atos o necessário atendimento do postulado da segurança jurídica.

2.3 Segurança para os pactuantes

Como consectário lógico da segurança no ordenamento é indispensável que os atos com suas legítimas consequências jurídicas possam consagrar a exata expectativa de efeitos que justifiquem sua realização ou que motivem sujeitos a aderirem aos seus termos.

Deste modo, realizado um ato de composição entre uma autoridade e um cidadão, porventura investigado, as garantias de que as ações praticadas pelo pactuante serão observadas e respeitadas, assim como protegidas as consequências prometidas ou ofertadas para uma eventual composição, são fatores sem os quais haverá inócua previsão legal de institutos de desjudicialização e de métodos adequados à solução dos conflitos, confirmando-se o viés da litigiosidade, com monopólio ineficiente da tutela adversarial e adjudicativa.

O pactuante, por conseguinte, depende da conformação de seus atos com as consequências esperadas pelos instrumentos de consenso. Se há previsão de extinção de uma sanção, esta não pode ser revigorada sem justa causa, assim como se há reparação de um dano, este não pode ser majorado ou ampliado de forma presumida e não concreta, apenas pela vontade pessoal de outra autoridade, assim como não poderá haver dupla reparação, em possível cenário que denotará indevido enriquecimento sem causa e de frustração da confiança.

⁶⁹ “Em algumas situações o objeto da segurança jurídica não é uma norma, mas o ordenamento jurídico: a cognoscibilidade dirige-se ao ordenamento jurídico em geral, no sentido de que este, no seu conjunto deve ser inteligível formal e materialmente; a estabilidade pode também referir-se ao ordenamento em geral, no sentido de que este, globalmente considerado, deve ter durabilidade; e a calculabilidade igualmente pode fazer referência à ordem jurídica, no sentido de que esta, ns sua totalidade, não pode ser objeto de modificações abruptas, drásticas e incoerentes. A segurança jurídica, como princípio objetivo, sem qualquer referência à sua subjetivação concreta, nessa inteligência, é princípio relativo ao ordenamento jurídico como um todo.”AVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. Obra citada, páginas 156/157.

Com respeito à lisura da autocomposição, todos os impasses estarão sanados pelas premissas da boa-fé. O Estado de Direito pressupõe que se respeite a dignidade da pessoa humana, o que envolve tratar os indivíduos como pessoas capazes de planejar e configurar o seu futuro. Repeitar a dignidade de alguém demanda respeitar sua autonomia, seu direito de controlar seu futuro.⁷⁰

2.4 Princípios da boa-fé procedimental e lealdade das relações jurídicas

Como consequência da necessidade de resguardo da segurança jurídica, convém reiterar que a independência de instâncias não poderá ser utilizada para violação da boa-fé e da lealdade negocial entre pactuantes investigados e autoridades de controle e, neste caso, causando concreto prejuízo ao ordenamento jurídico que vislumbra nos atos de colaboração ou consenso formas de adequada solução de complexas relações jurídicas, em muitos casos, com total elucidação dos fatos, imediato ressarcimento ao erário e perda de bens indevidamente amealhados, além da aplicação preventiva e célere de sanções, em cenário muito mais efetivo para a tutela do interesse público.

O tema da pertinência da compatibilidade dos instrumentos de consenso na seara penal e da improbidade administrativa foi examinado pelo Professor Fabio Medina Osório, embora na redação anterior à atual do art. 17-B, da Lei de Improbidade Administrativa, salientando a identidade da natureza de ambas as leis de direito administrativo sancionador.⁷¹

Pelo exposto, apenas com atuação coordenada dos órgãos legitimados, em cooperação, nova máxima do processo brasileiro, com compromisso de todos de compreenderem a necessária implantação das ferramentas de consenso, tornando-se possível que esses importantes institutos estejam inseridos em contexto de segurança jurídica para os pactuantes e em homenagem aos preceitos de boa-fé, a fim de que se permita verdadeira concretude da tutela da probidade administrativa no nosso ordenamento nacional, tornando mais eficiente o regime jurídico de seu tratamento.

⁷⁰ RAZ, Joseph. *The authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon, ano 1979, página 221.

⁷¹ “O diálogo entre os diversos ramos do direito, além de trazer coesão ao sistema jurídico-penal, também se descortina insofismável, de maneira que a celebração do acordo de colaboração premiada poderá conter cláusula específica impedindo a não persecução cível. O contrário também é verdadeiro, o acordo de não persecução cível, na forma regradada pelo art. 17, parágrafo 1º, da Lei de Improbidade Administrativa, pode dispor acerca da não persecução na seara criminal. E tal previsão acarreta consequências diretas na Lei 12.846/13, na medida em que ambas as Leis possuem a mesma natureza jurídica de direito administrativo sancionador e tutelam os mesmos bens jurídicos.” OSÓRIO, Fabio Medina. Natureza jurídica do instituto da não persecução cível previsto na lei de improbidade administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial. Disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/8A049E343B44ED_Artigopacoteanticrimeeimprobid.pdf. Acesso em 15 de setembro de 2021.

O tema da segurança para os pactuantes de instrumentos de consenso já contou com exame do Eg. STF que, por sua 2ª Turma, examinou quatro Mandados de Segurança⁷², com questionamentos envolvendo possíveis sanções do Tribunal de Contas da União para sujeitos que aderiram a Acordos de Leniência, relacionados a obras da Usina Angra III. Na hipótese, as empresas investigadas lavraram Acordos de Leniência com outras instituições públicas, como o próprio Ministério Público Federal, além da Controladoria Geral da União, da Advocacia Geral da União e, ainda, do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

No voto do Ministro Gilmar Mendes que concedeu a liminar nos Mandados de Segurança referenciados ponderou o Ministro, dentre outros argumentos, que divergências internas de órgãos da administração não seriam fundamentos idôneos para afastar a consideração do esforço colaborativo da parte interessada. Disse, no mais, o Ministro, em síntese, que as garantias da transparência, previsibilidade e segurança jurídica aos administrados deveriam nortear qualquer acordo de leniência ou colaboração criminal.

O cenário é preocupante, pois os acordantes confirmam fatos e agentes se comprometem em obrigações nos instrumentos de autocomposição, em muitos casos, de forma irretroatável e instantânea e, após, são levados ao risco de novas sanções perante outros órgãos públicos.

A conjuntura jurídica negativa para os acordantes é ofensiva à efetividade do acordo, bem como é capaz de permitir resultado incompreensível e injustificável no qual quem adere à solução consensual de casos concretos e promove colaboração com instituições e órgãos do Estado ficaria em situação possivelmente mais gravosa daquele que se nega a colaborar com órgãos de controle.

Com efeito, a maior proteção do sistema de justiça deverá ser dirigida ao agente que se submete, pactua ou adere aos atos de consenso, pelos quais há pronta solução do conflito e adequação das condutas.

Não respeitar a confidencialidade, por exemplo, é algo amplamente inseguro, porquanto empresas e agentes, após os atos de consenso, se tornariam suscetíveis de condenações, inclusive diante de afirmativas e provas que compartilharam nos instrumentos de colaboração, razão pela qual se justifica tutelar a boa-fé dos acordantes e a lealdade das relações.

⁷² Mandados de Segurança no STF sob os números: 35.435; 36173; 36.496 e 36.526. Voto condutor do Ministro Gilmar Mendes no Mandado de Segurança 35435/DF. Páginas 60/61. Disponível em: [www.stf.jus.br/classe/Mandado de Segurança/ número 35435](http://www.stf.jus.br/classe/Mandado%20de%20Seguran%C3%A7a/n%C3%BAmero%2035435). Acesso em 09 de dezembro de 2021.

Os fatos, contudo, são os mesmos e a ausência de segurança jurídica para os pactuantes, violando-se a boa-fé e a lealdade das relações, ensejará flagrante *bis in idem*, com dupla penalidade ou majoração da penalidade, o que colocaria em descrédito os programas de leniência, *compliance* empresarial, colaboração premiada ou dos acordos de não persecução civil e penal.

Diante do exposto, sustenta-se neste trabalho que quaisquer atos de impugnação aos acordos regularmente entabulados não de proteger a manifestação colaborativa do pactuante, salvo invalidades ou omissões que, caso existentes, deverão nortear exclusivamente nova pretensão, observando-se o devido processo legal e o direito de defesa, inclusive o direito do cidadão pactuante de buscar, na via procedimento da impugnação, a total manutenção do ato de consenso devidamente entabulado no seu caso concreto.

2.5 Proteção da confiança

A proteção da confiança, por conseguinte, é fator inerente aos comandos de segurança jurídica acima destacados, sendo imperioso assentar que a tutela da confiança, como manifestação da própria cidadania, especialmente em procedimentos instrutórios, investigativos e preparatórios, nos quais a autoridade competente tem o dever de avaliar e ofertar os atos de consenso ou, por outro lado, justificar as razões de não fazê-lo visam, em verdade, a sobrevivência do sistema.

Não haverá regular adequação do meio para solução do caso, mantidas as mesmas premissas que sustentaram décadas de cultura do litígio e de solução dos impasses apenas com a intervenção adjudicativa judicial.

A construção das decisões carece de espaço democrático e, como acima dito, guarda muito mais eficiência quando exitosa e edificada, segundo parâmetros trazidos pelas partes.

A tutela da confiança, portanto, exige que a atuação seguinte de órgão de controle diverso não poderá levar, injustificadamente, a sanções da mesma natureza daquelas regularmente pactuadas, especialmente quando consumados atos pelo suposto autor, em muitos casos irretiráveis. Basta recordar a sanção de perda da função pública quando oficiada a exoneração pelo servidor que adere a acordo de não persecução civil, assim como a renúncia ao exercício do direito ao sufrágio eleitoral após as eleições para as quais houve o respeito pelo investigado do prazo assentado para sua não candidatura. Insustentável, portanto, que os demais órgãos de controle busquem aplicar as mesmas sanções pactuadas pelas partes nos atos de cooperação para solução dos conflitos, assim como violada estará a

confiança se os órgãos seguintes se valerem de provas coletadas pelo pactuante e façam seu uso punitivo em face do próprio sujeito acordante.

Reconhece-se, por óbvio, que os demais órgãos de controle poderão prosseguir com investigações, tutelando-se as suas autonomias constitucionais, envolvendo outros agentes estranhos aos acordos ou mesmo apurar se, no caso acordado, há falhas quanto à integralidade da apuração do dano lesado e ocultação dos bens ilicitamente amealhados pelo agente investigado.

Com efeito, salvo tais justificativas, nada mais do que consequências inerentes ao cenário da investigação, quer na via administrativa ou judicial, o que está no rol de expectativas do pactuante do negócios jurídico, estariam vedadas outras intervenções. Em resumo, os órgãos ou instituições pactuantes, assim como demais órgãos de controle poderão retomar o debate acerca do cumprimento de obrigações imputadas a investigados quando constatar que o dano lesado é superior ao pactuado ou mesmo que o agente, na via da autocomposição, buscou, em verdade, ocultar patrimônio acrescido de forma ilícita.

A proteção da confiança, por fim, não impede ações de invalidação ou rescisão de negócios irregularmente pactuados, mas, em verdade, tutela a regular manifestação de vontade, inclusive autorizando eventual aditamento, mas afastando questionamentos injustificados.

O tema foi objeto de avaliação em mais uma lição do Professor acima referenciado, Humberto Ávila, no que toca à frustração da confiança, o que se daria por manifestação posterior contraditória e ofensiva da base de conhecimento utilizada para a prática do ato anterior pelo particular ou interessado.⁷³ A proteção da confiança, no mais, para o eminente mestre, confere a proteção ao próprio ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido.⁷⁴

No mais, o princípio da proteção da confiança leva em conta a boa-fé do cidadão que acredita e espera que os atos praticados pelo poder público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria administração e por terceiros, em prestígio não só

⁷³ “(...) O princípio da proteção da confiança só se justifica nos caso em que o cidadão tem a sua confiança, gerada por um ato estatal anterior, frustrada por uma nova manifestação estatal posterior contraditória.” ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. Obra citada, página 429.

⁷⁴ “(...) O exame da estrutura constitucional demonstra que a segurança jurídica é princípio positivo inequívoco da CF/88, já que esta última a protege diretamente, ao “assegurar a segurança” como “direito” e como “valor” ou ao reger a sua eficácia reflexiva por meio da proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, e, indiretamente, ao prever comportamentos cuja adoção promove os ideais de calculabilidade e de confiabilidade que compõem a segurança jurídica ou ao estabelecer ideais, amplos, restritos ou específicos, cuja realização pressupõe ou implica a existência desses mesmos ideais.” AVILA, Humberto. Obra citada, página 723.

da necessidade de fundamentação legal e da presunção de legitimidade de atos praticados por instituições do Estado, quer por seus agentes públicos ou agentes políticos, bem como em homenagem à isonomia.⁷⁵

A confiança, com efeito, é o elemento que será extraído pelo pactuante após a lavratura de um ato de consenso com o Ministério Público ou com a administração Pública, representada por seus gestores ou procuradores. Assim sendo, após a adesão ou tratativas pelas quais se produzirá um negócio jurídico perfeito, com obrigações recíprocas e muitas das quais preliminarmente assumidas e quitadas ao tempo da avaliação, depreende-se que a tutela da confiança é condição insuperável a justificar a atuação de demais órgãos de controle ou de outras instituições que porventura tenham a atribuição de investigar prejuízos ou representar os interesses da administração.

3. DIREITO SANCIONADOR E SUA APLICAÇÃO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 Conceito

O Direito no seu papel de pacificação da sociedade, de proteção de interesses legítimos e de tutela das liberdades tem, não raro, que condicionar a atuação humana e a própria atividade empresarial, regulando ou limitando comportamentos e atos ou negócios jurídicos, o que faz, em muitas hipóteses, através de sanções.

O Direito sancionador, com efeito, seria uma variante desse direito punitivo que deriva do poder estatal de reger os atos da vida humana em respeito a interesses coletivos.

Na lição insuperável de Fabio Medina Osório, em obra fundamental sobre o tema,⁷⁶ em referência à Doutrina de Eduardo Garcia Enterría e Tomás-Ramon Fernandez Rodriguez, está previsto que o Direito Administrativo pode incidir, em campos distintos, como ilícitos fiscais, tributários, econômicos, de polícia, de trânsito, atentatórios à saúde pública, urbanismo, ordem pública, e qualquer campo que comporte uma atuação fiscalizadora e repressiva do Estado.

Por tais razões tal doutrina assenta que ténue é a linha divisória entre aspectos do direito penal e do direito sancionador, ambos a integrar esse vetor mais amplo do direito de

⁷⁵ Nesse sentido: Di Pietro. Maria Sylvia Zanella. Texto citado: O STJ e o princípio da segurança jurídica.

⁷⁶ OSÓRIO, Fabio Medina. Direito Administrativo Sancionador, 8ª Edição, ver. e atual. São Paulo. Thompson Reuters. Ano 2022, página 53.

punir do Estado, o que se denomina de forma genérica como Direito Punitivo, enquanto organização política e social⁷⁷.

No mesmo sentido a conclusão de Fabio Medina Osório revela que seria indispensável que a incidência de institutos sancionadores esteja baseada no pleno exercício das garantias constitucionais e legais, quer sejam materiais ou processuais, previstas na salvaguarda do ordenamento jurídico, sob pena de flagrante violação aos limites do poder punitivo e à regularidade de seu exercício, sendo certo que as normas de Direito Administrativo Sancionador exigem para sua aplicação um devido processo legal judicial ou administrativo⁷⁸.

Em resumo, como corolário do Direito Punitivo do Estado vislumbramos a incidência de sanções penais ou não penais. Cada vez mais o sistema jurídico busca reservar à lei penal os mais relevantes bens jurídicos tutelados e o faz de forma residual e excepcional, a ponto de configurar a sanção penal como uma última e mais gravosa atuação sancionatória do Estado. Por tais razões, na medida em que as normas penais vão sofrendo redução do seu campo de incidência surge, com muito mais ênfase, as medidas sancionatórias não penais ou administrativas. O mesmo fenômeno se contempla quando o Estado amplia sua atuação fiscalizadora e de regulamentação de seguimentos da sociedade, pelos seus diversos órgãos e instituições, todos com atribuição de aplicar sanções e fiscalizar atos. Esse Direito Punitivo no seu viés administrativo e não penal, transforma-se, como destaca Fabio Medina Osório, em Direito Administrativo Sancionador.⁷⁹

Por outro lado, quando examinada a necessidade de compatibilidade e de harmonia entre as normas que definem ilícitos penais ou administrativos, a fim de que haja a incidência de um regramento adequado ao direito punitivo, merece registro a lição de Sandro Lúcio Dezan, que, a seu turno, define o direito de punir do Estado de forma geral em Direito Público Sancionador, a contemplar as normas de proteção para ilícitos penais e administrativos, para os quais o ilustre autor sustenta a pertinência de uma unidade do sistema punitivo.⁸⁰

Não obstante, convém salientar que o Direito Sancionador não exige que sua aplicação se dê apenas e exclusivamente por autoridades administrativas. Em todas as frentes de atuação do Estado, inclusive no exercício da competência de instituições permanentes como Tribunais de Contas e o próprio Poder Judiciário, a depender da autorização legal e do procedimento legal previstos em abstrato para aplicação de sanções não penais, no exercício

⁷⁷ Idem, página 47.

⁷⁸ Idem, página 52.

⁷⁹ Idem, página 93.

⁸⁰ DEZAN, Sandro Lúcio. Uma Teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo. Rio de Janeiro. Lumen Iuris, 2021, paginas 37 e seguintes.

da tutela do interesse público, estaremos diante da plena aplicação do Direito Sancionador por autoridades não vinculadas de forma direta aos órgãos da administração pública ou restritamente nas funções administrativas. Ao revés, vislumbra-se que há plena atenção às garantias constitucionais e do devido processo legal que medidas de natureza sancionatória sejam aplicadas em procedimentos com maior grau possível de segurança jurídica e independência.

Reserva-se à lei o permissivo para autorizar, especialmente quando é vontade do legislador a formatação de um procedimento judicial, que sanções não penais sejam aplicadas pelo Poder Judiciário, além de outras instituições, o que se destaca na Lei de Improbidade Administrativa ou mesmo da Lei de Anticorrupção Empresarial, também conhecida como Lei de Improbidade Empresarial.

A conclusão de que os elementos e as sanções de improbidade administrativa estão inseridos no campo do Direito Sancionador foi lançada pela doutrina de Fabio Medina Osório, na sua anterior obra sobre a Teoria da Improbidade Administrativa⁸¹, com ênfase para a assertiva de que a improbidade é uma categoria de ilícito.

No mais, convém destacar, que há referência doutrinária assentando que o sistema legal advindo com a publicação da Lei 14230 de 2021 inaugurou, em verdade, um Microsistema de direito sancionatório, eis que embora as sanções estivessem previstas anteriormente no ordenamento jurídico nacional, não havia, no entanto, uma sistematização de normas de direito material e processual com regulação conjunta e interligações entre o processo penal ou administrativo e as ações de improbidade administrativa. Sustenta-se, inclusive, neste aspecto, que o fato de haver o enquadramento da matéria como direito sancionatório traria consigo a exclusão da Lei de Improbidade Administrativa como integrante do sistema de direito coletivo. Tal temática é importante, uma vez que a referida conclusão terá o condão de conduzir ao afastamento de interpretações nas quais a aplicação das normas, em razão de eventual lacuna, sejam àquelas da tutela coletiva e não do direito

⁸¹ “A improbidade é uma categoria de ilícito que traduz a última *ratio* no direito administrativo sancionador brasileiro, já que sua configuração exige a violação de deveres públicos em níveis especialmente altos e intensos, de modo que ao agente ímprobo se lhe deve deixar de reconhecer a honra de servir ao coletivo, ou, como mínimo, impondo-lho sanção que vá além da mera reparação de danos. (...) As sanções previstas para os atos de improbidade administrativa têm a natureza jurídica de sanções administrativas, já que, no direito brasileiro, o conceito de sanção há de ser visto desde as perspectivas formais e materiais, sendo possível que autoridades judiciais imponham sanções de direito administrativo aos ilícitos de improbidade, e, assim, o regime jurídico aplicável é o do direito administrativo sancionador brasileiro, com todas as suas garantias derivadas do devido processo legal. Essa previsão decorre da natureza constitucional do ato de improbidade, tendo sido agasalhada expressamente na Reforma da Lei de Improbidade Administrativa.” OSÓRIO, Fabio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 6ª Edição, revista atualizada e ampliada. São Paulo. Editora Thomson Reuters Brasil, página 380.

sancionador, o que, de fato, poderá prejudicar o investigado, tornando incoerente o sistema final.

Por esta razão é preciso ponderar que diante do atual cenário a criação de um microsistema de direito sancionador, excluindo a improbidade do microsistema da tutela coletiva, não afastaria, por questões de adequação procedimental, que o atual CPC seja a norma de aplicação subsidiária primária para fins de estabelecer critérios afetos aos acordos na improbidade administrativa, pois o ordenamento reservou ao CPC um rol de normas de incentivo da solução consensual dos conflitos, nos termos das referências supramencionadas. Esta, aliás, é a previsão expressa do *caput*, do art. 17, da nova LIA.

Para essa doutrina o fato das normas de improbidade administrativa integrarem o direito sancionador traz ínsita a aplicação, no âmbito das ações de improbidade, dos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, da retroatividade das disposições materiais benéficas, dentre outros.⁸²

Com efeito, podemos concluir que sanções não penais, mesmo que aplicadas em procedimentos judiciais, a depender do procedimento escolhido pela norma punitiva para sua validade, tem plena vinculação com os preceitos ora estudados do Direito Sancionador.

No mais, de fato, o reconhecimento da implantação de um microsistema sancionador tornará mais efetivo o processo de aplicação e de interpretação das normas punitivas, assim como de outros contextos envolvendo normas da tutela coletiva em geral, em cenário muito mais aprimorado, permitindo-se a compreensão dos institutos que terão incidência, como os que envolvem as garantias dos acusados ou investigados em geral, distinguindo-se, todavia, das normas gerais da tutela coletiva para as quais haverá institutos de direito sancionador incompatíveis com a tutela coletiva, como o reexame necessário de sentenças de improcedência de pleitos punitivos, assim como presunções de legitimidade e legalidade de atos sancionatórios, sem falar em prazos ou recursos não previstos nas leis punitivas, que deverão ser afastados nos procedimentos nos quais há pleitos punitivos afetos à responsabilidade pessoal de agentes por fatos previstos na LIA.

Tal contexto denota até mesmo uma maior importância aos atos de consenso, especialmente o ANPC, para o qual todos os envolvidos deverão conduzir todos os esforços admitidos para sua concretização, de forma mais ampla possível, não se vislumbrando adequada qualquer medida restritiva à autocomposição, especialmente porque será a sanção o

⁸² Nesse sentido: FERNANDES, Og. Lei de Improbidade Administrativa. Principais alterações da Lei 14230 de 2021 e o impacto na jurisprudência do STJ. Og Fernandes, Frederico Augusto Leopoldino Koehler, Jacqueline Paiva Rufino e Silvano José Gomes Flumignan. Editora Juspodivm. São Paulo. Ano 2022, página 66.

objetivo da demanda de improbidade, ao passo que em diversos outros instrumentos se manterão protegidas as medidas de tutela da coletividade.

3.2 Fundamentos

A complexidade da administração pública que é responsável por normas de regência de inúmeros setores da sociedade, bem como, em muitos casos, maior consumidora de materiais e insumos em muitas localidades do País, além de gestora de expressiva mão de obra em todas as regiões do Brasil com seus milhares de Municípios, todos com seus Poderes Legislativo e Executivo, ambos com missões constitucionais vinculadas à prestação de serviços públicos, exige vigilância constante dos órgãos de controle e da administração pública em geral.

É preciso, com efeito, estruturar o direito sancionador como verdadeiro ramo do direito público a tutelar a aplicação de sanções não penais por órgãos e instituições.

A proteção da probidade administrativa, por excelência, justifica a atuação do direito sancionador como valor resguardado de forma expressa na Constituição da República⁸³ que emana comando variado de proteção a regular gestão de recursos públicos e a observância de preceitos de uma república democrática federativa, a qual o poder há de ser exercido por vários agentes públicos em nome do povo e, por conseguinte, em seu benefício.⁸⁴

Por certo que a corrupção, nas suas variadas formas de apresentação, revela-se o ato mais nocivo à sociedade e que denota, sem dúvidas, a configuração de concretos prejuízos à administração pública em decorrência da ausência de ética do agente público.⁸⁵

O Direito Sancionador, no entanto, é ainda mais amplo e está presente na punição não só dos desvios de agentes públicos ou particulares que se relacionem com a administração pública, bem como em relação a destinatários de normas de conduta em geral que descumpram os preceitos exigidos, permitindo a deflagração de um procedimento administrativo ou judicial sancionadores.

Por outro lado, não obstante a ampliação expressiva da incidência do Direito Sancionador, não se justifica que tal evolução permita que as sanções não penais, aplicadas na

⁸³ Art. 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

⁸⁴ Art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

⁸⁵ Nesse sentido: GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, 9ª Edição, São Paulo, Saraiva, ano 2017, página 55: “A corrupção está associada à fragilidade dos padrões éticos de determinada sociedade, os quais se refletem sobre a ética do agente público.”

via administrativa ou judicial, tenham suas garantias mais fragilizadas ou reduzidas em relação ao Direito Penal, a ponto de permitir de forma mais simples a punição ou mesmo desconsiderar garantias processuais. Ao revés, o Direito Sancionador não poderá ser utilizado para punir cidadãos ou empresas de forma menos criteriosa, sem observância do devido processo legal, da legalidade, da tipicidade, enfim, de uma coerência do sistema de justiça e da própria unidade punitiva estatal.

Com efeito, fundamenta-se o direito sancionador na disciplina de procedimentos judiciais ou administrativos, a depender do critério legal utilizado para sua legitimação, visando a aplicação de sanções não penais previstas em normas proibitivas ou derivadas de poderes da administração pública, como o poder disciplinar e de polícia.

3.3 Unidade do Sistema Punitivo

Com fulcro na premissa de que o direito sancionador responde por importante seguimento do direito punitivo do Estado, inclusive pela excepcionalidade do Direito Penal, depreende-se que não há espaço para a ausência de uma unidade no sistema punitivo.

Há neste contexto uma sobreposição de atribuições para diversos agentes públicos e instituições. Não há, todavia, em tal cenário, nenhuma violação inicial aos postulados de harmonia e independência dos Poderes da República, mas, em verdade, o pleno exercício das funções constitucionais pelos órgãos do Poder Judiciário, Tribunais de Contas, Ministérios Públicos e órgãos administrativos reguladores, assim como pela própria administração pública direta e indireta na condução de seus atos e contratos administrativos e no exercício de seus poderes disciplinar e de polícia administrativa.

Malgrado as premissas acima declinadas, observa-se que a atuação de um órgão de controle ou mesmo a deflagração de um procedimento administrativo ou judicial que tenha o condão de gerar, em desfavor do cidadão ou de empresas, variadas sanções na sua esfera de atividade deverá atentar para a imperiosa observância da unidade do sistema punitivo, de modo que sanções aplicadas sejam inteiramente respeitadas por outros seguimentos, consolidando de forma íntegra o sistema punitivo nacional.

O tema acima é relevante, pois a complexidade do sistema punitivo, somada à insegurança jurídica na observância de um procedimento ou sanção por órgão diverso, inviabiliza a unidade, tornando ineficaz o sistema, tudo a exigir dos envolvidos debate constante e utilização exauriente do direito probatório e recursal, assim como impede a

autocomposição entre as partes, o que permitiria pronta solução do caso concreto e de recuperação e proteção, ainda mais célere dos interesses públicos envolvidos.

Nas palavras de José Roberto Pimenta e Dinorá Adelaide Musetti Grotti, em texto específico sobre o tema, o Direito Sancionador deve congregiar as normas estatais sancionadoras não aplicadas pela jurisdição penal.⁸⁶

Com efeito, embora salutar a diversidade das competências sancionatórias, por inúmeros órgãos, é dever de todos a contribuição para uma menor complexidade e pela mais efetiva solução da situação jurídica.

Firmada uma autocomposição ou aplicada uma sanção é inadequado e abusivo que sejam cogitadas as mesmíssimas sanções em procedimento diverso, mesmo que estejamos diante do cumprimento da missão constitucional dos Poderes ou instituições, assim como dos órgãos de controle, de modo que os novos procedimentos observem ou, então, que busquem em procedimento próprio a invalidação do ato jurídico perfeito praticado anteriormente, o que permitirá o contraditório e a ampla defesa. Deste modo, conclui-se que a unidade do sistema punitivo é medida fundamental e estruturante, sem a qual não haverá eficiência no ordenamento jurídico nacional.

Convém destacar que os interesses tutelados pelo Direito Penal e pelo Direito Sancionador são igualmente relevantes, bem como que sanções não penais podem alcançar expressivo grau de restrições a direitos e liberdades, bastando para tal o exemplo da dissolução de uma atividade empresarial ou mesmo a perda de cargos públicos, de modo que não há distinção substancial entre as infrações penais e de direito administrativo sancionador, alterando-se apenas a natureza da sanção, segundo a escolha do legislador, o que exige o necessário transporte de todos os direitos e garantias fundamentais incidentes no Direito Penal para o Direito Sancionador.

Tal unidade é sustentada em obra acima referenciada pelo Professor Sandro Lúcio Dezan, segundo o qual não há, em síntese, distinção ontológica entre as diversas espécies de ilícitos.⁸⁷

⁸⁶ “Atendo-se ao campo do Direito Penal, também se pode afirmar que o Direito Administrativo Sancionador acabou por ser fortemente influenciado pela evolução do primeiro, na medida em que é compreendido como ordenamento punitivo que pode substituir (despenalização) ou complementar (reduzir a administrativização do direito penal para resguardá-lo como ultima *ratio* do sistema punitivo estatal de ilicitudes, havendo igualmente a análise de integração (convivência) desses dois regimes sancionatórios, visando, racionalmente, harmonizá-los na atuação punitiva estatal.” OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Direito Administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. José Roberto Pimenta de Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti. Revista Interesse Público. Int. Públ – IP. Belo Horizonte, ano 22, n. 120, página 83-126, mar/abr 2020.

Com tais premissas, a observância da unidade do sistema punitivo, a legitimar a eficiência do próprio ordenamento e o respeito aos ditames da Constituição Federal deverá atender para os preceitos da legalidade, do devido processo legal e da tipicidade, por intermédio do que se conclui pela imposição da retroatividade de norma sancionadora material mais benéfica, assim como pela vedação ao *bis in idem*.

3.4 Princípio do Devido Processo legal

O devido processo legal é o fundamento primordial para validar a aplicação de sanções pelos órgãos ou instituições competentes. Há verdadeira cláusula de observância imperativa do *due process of law*,⁸⁸ pelo qual a aplicação de sanção e a restrição a direitos do cidadão e das empresas exige a tutela das garantias processuais e materiais, além da proteção a direitos de acusados e vítimas. A ausência do devido processo legal, por outro lado, tornará inválida a sanção e todos os seus efeitos, porquanto a legitimidade da higidez do procedimento sancionador é o que sustenta a executoriedade da restrição, tornando inócua sua definição por eventual autoridade administrativa ou judicial.

O devido processo legal, portanto, comporta diversos outros princípios ou subprincípios, como: o juiz natural, o contraditório, a ampla defesa, o direito ao silêncio, a presunção de inocência, o direito à prova, bem como o afastamento da prova ilícita, a motivação das decisões judiciais, a razoável duração do processo, a publicidade, o direito ao recurso e a proibição a novo julgamento, quer seja pela vedação ao *bis in idem*, como pela incidência da coisa julgada ou da preclusão administrativa.

Todos esses direitos e garantias processuais e materiais que denominamos genericamente como princípios constitucionais não de estar presentes em qualquer procedimento no qual se impute a pessoas físicas ou jurídicas a prática de atos ilícitos, com repercussão na sua vida privada ou na atividade profissional.

Por tais razões, no campo do direito sancionador e diante da ausência ontológica de diferenciação da natureza de um ilícito que, por conseguinte, será penal ou não penal, segundo a repercussão legal e sua sanção, a aproximação das garantias do direito penal e do processo penal para o direito sancionador deverá ser a mais densa e completa possível, especialmente

⁸⁷ “Em nosso juízo, não há distinção ontológica entre as diversas espécies de ilícitos, pois todas as infrações, sejam elas previstas em direito penal, ou em direito sancionador econômico ou financeiro, ou, ainda, em direito tributário e administrativo, compreendem a desobediência a uma norma estampada em texto de lei que obriga ou que proíbe determinada conduta. E, nisso, não há que se falar em distinção, em essência, entre as diversas ordens normativas.” DEZAN, Sandro Lúcio. Obra citada, página 41.

⁸⁸ OSÓRIO, Fabio Medina. Obra citada sob o título Direito Sancionador, página 193.

em cenário no qual as leis administrativas, mesmo que idealizadoras de sanções, não possuam a necessária preocupação com as garantias fundamentais que norteiam o estudo do direito penal e processual penal, especialmente a consolidação da tipicidade e de regras seguras de procedimento.⁸⁹

Com efeito não se concebe a imposição de sanções sem que haja motivação adequada ou exercício do direito de defesa ou que antecedentes não definitivos influenciem em majorações, bem como que sejam impedidos os direitos à produção da prova ou mesmo ao recurso, fatores a nortear a exigência de um devido processo legal punitivo.

Convém ponderar que no campo da Improbidade Administrativa a aplicação de sanções não penais pelo Juiz é tema que não possui a mesma densidade dogmática que advém de anos de estudos do direito penal, observando-se, inclusive, uma carência de melhores diretrizes para seu exercício. Não obstante, na certeza de que as medidas não penais definidas em normas sancionadoras, especialmente sanções com reflexos administrativos, políticos, eleitorais e civis, geram restrições tão ou mais graves do que as medidas penais, revelar-se-á indispensável que o procedimento se revele campo capaz de permitir ao sujeito o pleno exercício de suas garantias.

Há, no mais, total interesse público na regularidade de procedimentos administrativos e judiciais para a aplicação adequada e regular de sanções, posto que nesses procedimentos há tutela satisfatória dos interesses coletivos efetivamente violados em concreto, com foco para o reembolso ao erário de eventual subtração ou mesmo a reversão de ganhos ilícitos em favor da coletividade, medidas para as quais as sanções penais são pouco efetivas.

Por tais premissas a relevância das sanções previstas no art. 12 da LIA, para tutela da vedação ao enriquecimento ilícito, a recuperação de danos ao erário e a violação aos princípios administrativos, exige do Juiz as mesmas cautelas utilizadas para a definição das sanções penais, com criteriosa avaliação do caso concreto e fundamentação concreta e expositiva, além da mesma proporcionalidade que as regras processuais penais apuram para definir as sanções de fatos criminais.

Por fim, prevendo a lei mecanismos de autocomposição tais ferramentas integrarão o devido processo legal que legitima a atuação da autoridade pública responsável pela deflagração da postulação sancionatória, de modo que a avaliação dos meios autocompositivos é medida inafastável e fundamenta que o agente prossiga, justificadamente, nas fases seguintes de eventual investigação e persecução.

⁸⁹ Nesse sentido: MERÇON-VARGAS, Sara. Teoria do Processo Punitivo Não Penal. Salvador, Editora JusPodivm, ano 2018, páginas 44/46.

3.5 Princípio da Legalidade

A imposição de sanções, quer no âmbito penal como no administrativo ou não penal se submete ao postulado da legalidade, pois nenhum sistema jurídico democrático autoriza a imposição de sanções apenas pela exclusiva vontade do agente público que conduz o procedimento de averiguação ou de controle.

Destaca-se, por comando Constitucional, os preceitos do art. 5º, II da CF ⁹⁰, no que toca aos direitos e garantias fundamentais, bem como o *caput* do próprio artigo 37 da CF ⁹¹, pelo qual estão consagrados os princípios que norteiam a atividade da administração pública, segundo os quais há imperativa exigência de observância da legalidade, o que, por consectário do próprio sistema, se aplica por excelência no campo do Direito Sancionador. No exame de tais preceitos, para o Professor Fabio Medina Osório, segundo obra acima citada, a Constituição Federal de 1988 assegura, em primeiro momento, uma genérica garantia da legalidade à pessoa humana e, mais adiante, traça limites acerca dos Poderes Públicos, especialmente da administração pública.⁹²

A imposição de uma reserva de lei para a disciplina de um determinado assunto significa duplamente que os elementos essenciais deste somente por tal espécie normativa sejam delineados e, ao mesmo tempo, impossibilita que outras regras jurídicas de categoria hierárquica diversa sejam empregadas para esse fim.⁹³

No mais, mesmo para se definir medidas atípicas, quer persecutórias ou coercitivas que irão influenciar no patrimônio jurídico do cidadão, em seus direitos e garantias materiais ou processuais, há a previsão de balizas e a autorização legal para sua definição, segundo critérios que são previamente estipulados pelo legislador.

A legalidade, em apertada síntese, é a exigência da criação de uma norma anterior e abstrata que irá conformar as condutas e o exercício das liberdades individuais. Não havendo o preceito abstrato da norma definidora da inadequação da conduta ou dos limites do exercício de liberdades não será possível a aplicação de sanções, pois apenas com a violação

⁹⁰ Art. 5º, II, da CF de 1988: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

⁹¹ Art. 37, *caput* da CF de 1988: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).”

⁹² OSÓRIO, Fabio Medina. Obra citada sob o título Direito Sancionador, página 247.

⁹³ Nesse sentido: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Coleção de Direito administrativo sancionador: volume 1 – Direito Administrativo sancionador comparado. Edilson Pereira Nobre Júnior, Ana Cristina Agular Viana, Marília Barros Xavier (coord.). Rio de Janeiro. CEEJ, ano 2021, página 163.

ilícita do preceito surge a autorização para a deflagração do devido processo legal, pelo qual bens e direitos poderão sofrer restrições.

A legalidade nas palavras do Professor Fabio Medina Osório incide não só nas aplicações de normas repressivas diretamente aplicadas pela Administração Pública, pois também deve ser observada quando se trata de ilícitos reprimidos pelo Poder Judiciário.⁹⁴

Convém ressaltar que todos os entes da federação, nos limites de suas competências constitucionais, estão autorizados a editar leis nas quais há previsão de sanções, o que majora a necessidade de cautela, especialmente quando normas de restrição são demasiadamente abertas, assim como as sanções devem possuir previamente seus limites que, no campo da atuação administrativa, não de ser consagradas, segundo motivação adequada da autoridade, além da proporcionalidade para seu reconhecimento e exigibilidade. Não se cogita, portanto, que uma norma local aplique sanções a cidadão por ato irregular sem parâmetros mínimos de proporcionalidade entre a natureza da lesão e o valor protegido ou o declarado objeto de definição do agente administrativo responsável por eventual procedimento administrativo.

O mesmo receio foi ponderado por Marion Bach, em obra fundamental sobre o tema que estuda a multiplicidade sancionatória estatal, segundo a qual, em resumo, o Direito Administrativo Sancionador foi, a par do Direito Penal, o ramo que mais evoluiu nos últimos anos, bem como que o sistema jurídico presenciou a criação de diversas autarquias com competência regulatória e, no exercício de suas atribuições, a tais entidades foi delegada a competência sancionatória de importantes setores da vida social. A mesma autora adverte que o fenômeno foi igualmente vislumbrado nos regramentos de inúmeras instituições, como, a título de exemplo, os preceitos da Lei 13506 de 2017, pela qual se estabelece regramentos para procedimentos de direito sancionador no âmbito do Banco Central do Brasil – BACEN e da Comissão de Valores Mobiliários – CVM.⁹⁵

A obediência a contornos de legalidade há de ser consagrada, com muito mais ênfase, nos procedimentos judiciais que envolvam a incidência de direito sancionador. No campo da improbidade administrativa, tema preponderante desse trabalho, houve importante inovação legislativa, através da Lei 14.230 de 2021, responsável por significativas alterações na Lei 8429 de 1992, que, por sua vez, de forma apropriada consagrou a pertinência da fundamentação e da proporcionalidade na escolha das sanções⁹⁶, assim como destacou a

⁹⁴ OSÓRIO, Fabio Medina. Obra citada sob o título Direito Sancionador, página 247.

⁹⁵ BACH, Marion. Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: *ne bis in idem* e proporcionalidade, Londrina – PR, ano 2022, Editora Thoth, páginas 66/67.

⁹⁶ Art. 17-C, IV, da Lei 8429 de 1992: “A Sentença proferida nos processos a que se refere esta Lei deverá, além de observar o disposto no art. 489, da Lei 13105 de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil): IV.

observância da legalidade e da aplicação para os casos de improbidade dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.⁹⁷

O Princípio da Legalidade, por fim, no que se refere à atuação do Poder Público deve ser compreendido de duas formas. Em um primeiro momento deverá ser estabelecido que os três Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário, interpretam a legislação vigente para executarem suas atividades. O segundo aspecto do Princípio da legalidade diz respeito à inserção da Constituição Federal como fundamento direto do agir de qualquer um dos Poderes.⁹⁸

O mesmo ensinamento advém da lição substancial do Professor Luís Roberto Barroso, Ministro da nossa Suprema Corte, na obra Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, segundo a qual o princípio da legalidade se transmuda em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem⁹⁹.

O cenário de observância absoluta à legalidade, inclusive sob a denominação de legalidade administrativa, é assentada na obra que comenta a Lei de Improbidade Administrativa de Fernando da Fonseca Gajardoni e outros.¹⁰⁰

Por tais razões, confirmada a coexistência de várias instâncias no exercício do direito de punir do Estado, mas todas vinculadas a um sistema jurídico constitucional, para o qual não há espaço para a incoerência ou aplicação de sanções sem a estrita observância do postulado da legalidade.

considerar, para aplicação de sanções, de forma isolada ou cumulativa: a)- os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; b)- a natureza, a gravidade e o impacto da infração cometida; c)- a extensão do dano causado; d)- o proveito patrimonial obtido pelo agente; e)- as circunstâncias agravantes e atenuantes; f)- a atuação do agente em minorar os prejuízos e as consequências advindas de sua conduta omissiva ou comissiva; g)- os antecedentes do agente.”

⁹⁷ Art. 1º, § 1º, da Lei 8429 de 1992: “Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais; § 4º. Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.”

⁹⁸ Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson. Direito constitucional brasileiro: Curso Completo. Nelson Nery Junior e Georges Abboud, 2ª edição, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, ano 2019, página 173.

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª edição, São Paulo. Saraiva Educação, ano 2020, página 354.

¹⁰⁰ “Com a aplicação expressa da legalidade administrativa constitucional nenhuma conduta poderá ser punível como improbidade senão estiver descrita na Lei. Ao aplicarmos a legalidade toda e qualquer conduta mesmo que ilegal deverá ser descrita no rol taxativo da Lei de Improbidade e ser previamente descrita, senão será uma ilegalidade não revestida de improbidade administrativa. (...) O princípio da legalidade administrativa também garante que a conduta deverá estar previamente descrita na norma, denominando o princípio da anterioridade. Importante salientar que o legislador além de deixar expresso a aplicação da legalidade, também impôs uma regra de descrever condutas não puníveis pela Lei de Improbidade Administrativa, a exemplo do parágrafo 8º, do art. 1º.” GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8429/1992, com alterações da Lei 14230/2021; 5ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Thompson Reuters Brasil, 2021. Outros autores: Luana Pedrosa Figueiredo, Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto, página 49.

3.6 Tipicidade como fundamento para sanções punitivas

A tipicidade é outro fator indispensável para configuração de qualquer sanção, penal ou não penal. Como corolário da legalidade apenas será típica uma conduta previamente concebida pela norma legal impositiva, para a qual haja uma atuação voluntária do agente, bem como que não existam excludentes de ilicitude e, por fim, que este agente seja responsável pelas consequências do ilícito.

A tipicidade é a garantia e ao mesmo tempo o fator que autoriza a deflagração de um procedimento de averiguação ou de investigação, pois diante de um fato típico, em tese, lesivo para os interesses coletivos e para a administração, surge o dever do titular da atribuição disciplinar de atuar de forma positiva, sob pena deste violar dever de seu ofício.

No exame do tema se destaca a sua incidência na clara disposição do art. 1º, parágrafo 4º, da LIA, especialmente ao definir: “Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito sancionador.”

Em comentários relacionados ao dispositivo supra a doutrina destaca, em semelhantes palavras, que com a interpretação taxativa das condutas e a aplicação expressa dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador, exige-se uma análise mais aprimorada na qual se confirme a subsunção entre as condutas descritas previamente na norma – legalidade administrativa, com a conduta do agente, o que denomina o princípio da tipicidade (formal), ao passo que o princípio da anterioridade, a análise da lesividade (tipicidade material).¹⁰¹

No campo da tipicidade é imperioso destacar mais uma lição de Fabio Medina Osório, na obra acima referida Teoria da Improbidade Administrativa¹⁰², pela qual assenta, em resumo, que a adequação típica não é fenômeno privativo do direito penal.

Não obstante, como assentado acima, no caso da improbidade administrativa as novas regras da LIA, especialmente com o advento da Lei 14230 de 2021, consagram que apenas a

¹⁰¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, e outros. Obra citada, página 48.

¹⁰² “O processo de adequação típica não é fenômeno privativo do direito penal, conquista histórica da humanidade. Trata-se de exigência que se estende para além dos domínios penais, perpassando todo o campo punitivo, inclusive o direito administrativo sancionador, por força do devido processo legal e da legalidade que embasam o Estado Democrático de Direito. Em especial, os atos ímprobos demandam esse requisito estrutural, eis que se submetem ao regime jurídico do direito administrativo sancionador. Um ato ímprobo é, por definição, típico. O tipo expressa o modelo de conduta proibida. (...) Não se pode dissociar o ato ímprobo do processo de adequação típica e do reconhecimento da culpabilidade constitucional, aquela da qual dolo e culpa derivam diretamente aos efeitos da tipicidade constitucionalmente exigida pelo art. 37, parágrafo 4º, e do art. 37, *caput*, da Magna Carta. A responsabilidade subjetiva, no bojo do tipo proibitivo, é inerente à improbidade administrativa, sendo exigíveis o dolo ou a culpa grave, embora hoje a vigente LGIA estabeleça apenas tipos dolosos.” OSÓRIO, Fabio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa, página 26.

conduta dolosa, isto é, a ação pessoal voluntária e dirigida a um resultado, será capaz de configurar atos de improbidade administrativa e, com efeito, sujeitar seus agentes às sanções da Lei de Improbidade. Essa é a dicção clara e inafastável da nova Lei de Improbidade, especialmente na exigência do elemento doloso como integrante do tipo, assim como que tal tipicidade é indispensável não só para a aplicação dos preceitos dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade, como para as ressalvas porventura existentes nos tipos previstos em leis especiais.¹⁰³

Afastada a conduta dolosa, com efeito, exsurge a obrigação da conversão da ação de improbidade em ação civil pública comum, pela qual, sem a aplicação de sanções, buscar-se-á a recomposição de eventual prejuízo ao ente público, aferindo-se tão somente a culpa do agente. No que toca à conversão há previsão expressa na atualizada LIA, exigindo-se a presença de todos os elementos para a imposição das sanções, sob pena de restar autorizada a conversão da ação de improbidade em ação civil pública, a tramitar segundo regulamentação da Lei 7347 de 1985.¹⁰⁴

A mais efetiva conceituação do tema da tipicidade advém do estudo do Direito Penal, segundo o qual, nas palavras do renomado doutrinador Cezar Roberto Bitencourt, o tipo exerce uma função limitadora e individualizada das condutas humanas. Cada tipo, continua o ilustre penalista, possui características e elementos próprios para distinção de outras situações jurídicas e para adequação da conduta àquela descrição legal prevista em abstrato. O juízo de atipicidade, com efeito, será a operação intelectual de conexão entre a infinita variedade de fatos possíveis da vida real e o modelo tipo descrito na lei. Quando o resultado desse juízo for positivo significa que a conduta analisada reveste-se de tipicidade.¹⁰⁵

No exame do tema, em nova lição do Professor Fabio Medina Osório¹⁰⁶, se afirma que a tipicidade é o instrumento que dará norte ao princípio da legalidade, conformando os elementos e circunstâncias, bem como prevendo os desdobramentos necessários para o reconhecimento do fato como permissivo para definição de sua natureza típica e, com efeito,

¹⁰³ Art. 1º, parágrafo 1º, da Lei 8429 de 1992: “Consideram-se atos de improbidade as condutas dolosas tipificadas nos artigos 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.”

¹⁰⁴ Art. 17, parágrafo 16, da Lei 8429 de 1992: “A qualquer momento, se o magistrado identificar a existência de ilegalidade ou de irregularidades administrativas a serem sanadas sem que estejam presentes todos os requisitos para a imposição das sanções aos agentes incluídos no polo passivo da demanda, poderá, em decisão motivada, converter a ação de improbidade administrativa em ação civil pública, regulada pela Lei 7347 de 24 de julho de 1985”.

¹⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral v. 1, 25 edição, São Paulo, Editora Saraiva Educação, ano 2019, páginas 356/357.

¹⁰⁶ OSÓRIO, Fabio Medina. Obra citada sobre Direito Sancionador, página 252/253.

submetê-lo ao devido processo legal e destinar a seus agentes às sanções previstas em abstrato.

O ilustre Professor Fabio Medina Osório salienta, no mais, que não há óbice, referenciando o Direito Espanhol¹⁰⁷, ao reconhecimento dos fundamentos da tipicidade para fins de infrações administrativas, pois, de início, haveria a previsão da Constituição Federal apenas para crimes, mas, todavia, uma série de outros princípios nos quais há ressonância da tipicidade para sua incidência sobre infrações administrativas, especialmente a legalidade e o devido processo legal.

Nos dias atuais há maturidade jurídica suficiente para registrar que é inconcebível cogitar de infrações disciplinares ou do reconhecimento de atos ilícitos submetidos a sanções sem que haja correspondência em uma figural legal típica. A nova Lei de Improbidade deixa clara a previsão de que apenas as figuras previstas nos seus artigos números 9º, 10 e 11 poderiam ser consideradas como atos de improbidade administrativa¹⁰⁸.

A tipicidade na Lei de Improbidade, no mais, se complementa com o preceito trazido no seu parágrafo 3º do art. 1º, pelo qual se exige, além do dolo, um especial fim de agir voltado para a realização de atos ilícitos, com comando claro de afastamento da responsabilização por ato de improbidade administrativa, na hipótese negativa¹⁰⁹.

O tema tipicidade carecia, de fato, de um mais efetivo regramento pela Lei de Improbidade, eis que um dos fatores que prejudicavam sua aplicação estava na abstração das condutas reconhecidas como ímprobadas, sem a concretude e os elementos mais precisos das figuras penais. Tal fato denotava a necessidade de constante integração por parte dos agentes legitimados, assim como do Poder Judiciário, especialmente para os casos definidos como culposos, dificultando a compreensão dos institutos e tornando cada vez mais complexos os procedimentos de apuração e reparação.

3.7 Retroatividade da norma mais benéfica e sua análise pelo STF

Fixadas as premissas do Direito Sancionador, especialmente sua proximidade com o Direito Penal, ambos a integrar o Direito Punitivo do Estado, para o qual a legitimidade está

¹⁰⁷ Ver decisão do Tribunal Constitucional espanhol, Sala 2ª, RTC 1996\153, Sentencia de 30.09.1996, n. 153/96. Recurso de Amparo 2925/94. Relator D. Carles Viver Pi-Sunyer, *apud*, Osório, Fábio Medina, obra citada sob o título Direito Sancionador, página 255.

¹⁰⁸ Art. 1º, parágrafo 1º, da Lei 8429 de 1992: “Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.”

¹⁰⁹ Art. 1º, parágrafo 3º, da Lei 8429 de 1992: “O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.”

consagrada no exercício do *ius puniendi* segundo vetores do devido processo legal, da legalidade e da tipicidade, convém assentar que outras garantias estão igualmente protegidas, uma das quais a pertinência da retroatividade da norma material mais benéfica, o que ora se sustenta, mesmo diante da recente análise do tema pelo Eg. STF, o que será objeto de estudo nos termos seguintes.

O contexto social é fator preponderante para a fixação das regras e sanções, não havendo no ordenamento jurídico estudo de impacto das normas legais estabelecidas de penalidades, quer para reconhecer sua regularidade, seus excessos ou sua insuficiência.

Desta forma, apenas no curso da aplicação de normas legais será possível à sociedade aferir se os parâmetros utilizados são suficientes ou se geraram situações incompatíveis ou mesmo abusivas.

Há um consenso geral que a abstração e complexidade da Lei de Improbidade, na sua primitiva redação, isto é, até as alterações advindas, ao final, com a nova Lei 14230 de 2021, se revelou incapaz de proteger os bens jurídicos tutelados, notadamente exigindo de todos os agentes o exercício imperativo das impugnações e recursos, uma vez que o resultado, além de imprevisível seria, em abstrato, excessivamente danoso para o patrimônio jurídico dos envolvidos, com alto grau de insegurança jurídica.

Tal alerta foi lançado na obra acima referida Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa, notadamente quando seus autores avaliaram os primeiros dispositivos do regramento, salientando-se que os preceitos de direito sancionador foram debatidos na legislação examente devido a insegurança jurídica da Lei revogada, em que conceitos abertos geravam posicionamentos diversos e sem uniformidade, pois não existia um sistema de princípios que garantisse uma justa aplicação da norma.¹¹⁰

Não há dúvidas de que a aplicação da Lei de Improbidade estava frustrada no nosso País e não atingia mínimos objetivos de tutela dos bens jurídicos protegidos, tendo em vista que houve excessiva fixação de regras abertas que foram levadas para o debate processual, assim como expressivas e contundentes sanções, sem apropriados critérios de sua aplicação, tornando complexa a produção probatória, ao mesmo tempo que insuficientes as tentativas de reparo e proteção do patrimônio público e da regularidade dos atos supostamente violadores da probidade.

A nova legislação corrige uma série de parâmetros e permite mais efetiva aplicação dos seus pressupostos, facilitando a definição dos tipos e permitindo mais clareza na aplicação

¹¹⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca e outros. Obra citada Comentários à Nova Lei de Improbidade, página 49.

das sanções. Ao contrário do que muitos sustentam não há retrocesso, mas, na verdade, a previsão de atos concretos, sem os quais não será possível a solução da relação processual e, quando admissível, a solução se daria de forma tão remota que não mais cumpriria suas finalidades de reparação e prevenção geral ou especial da conduta ilícita.

Não por outros motivos as ações de improbidade administrativa se arrastavam nos Tribunais, com raríssimas soluções definitivas e com a flagrante frustração da aplicação das sanções, quer pela ausência da atividade pública ao tempo do julgamento, a superação dos contratos impugnados ou a não existência de patrimônio suficiente para recomposição dos danos ao erário.

A legislação na sua redação anterior, com efeito, trazia, na verdade, uma fictícia proteção que, na prática forense, se transformava em um incentivo para novas práticas ilícitas, considerando sua ausência de efetividade. Havia, com efeito, uma enganosa sensação de que as regras mais severas da LIA, assim como mais ampliativas e abstratas permitiriam a mais efetiva tutela da probidade, o que o cenário prático afastava em prejuízo da finalidade das normas.

Com tais premissas, as novas disposições da LIA, de fato, criaram critérios mais objetivos, eliminando inconsistências, como a hipótese da difícil demonstração da culpa¹¹¹, bem como, apenas a título de exemplo, a violação abstrata de princípios da administração, gerando, com efeito, uma atual normatização mais concreta e que será mais benéfica para os investigados ou demandados em geral.

No mais, não observa a isonomia a atuação dos legitimados que para as novas disposições não oferecerão ações de improbidade ou mesmo promoverão, diretamente, a ação civil pública apenas para reparação de danos, ao mesmo tempo em que se sustentariam as regras antigas e, em tese, mais graves, para os casos pretéritos. Tal contexto ensejaria um resultado insustentável, na medida em que agentes que praticassem atos atuais não seriam punidos e os mesmos atos ensejariam punições para agentes por fatos anteriores.

Destaca que este mesmo debate ocorreu quando do início da vigência da Lei 8429 de 1992, momento no qual a posição dominante foi no sentido da sua irretroatividade, eis que mais gravosa aos investigados.¹¹²

¹¹¹ Art. 1º, parágrafo 2º, da Lei 8429 de 1992: “Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11, desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.”

¹¹² Nesse sentido. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Improbidade Administrativa. Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, 3ª edição, revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro. Editora Forense. São Paulo. Editora Método. Ano 2015, página 21.

Com as mesmas premissas, convém destacar posicionamento atualizado acerca da retroatividade das normas mais benéficas da atual redação da Lei de Improbidade, conforme ensinam especialistas no tema, notadamente Rafael Carvalho Rezende de Oliveira e Erick Halpern.¹¹³

Por outro lado tal retroatividade foi objeto de exame pelo Eg. STF, por intermédio do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo número 843.989 do Paraná que ensejou, ao final, a fixação do Tema 1199 por nossa Corte Constitucional. A par das conclusões orientadas muito mais pelo viés de cada avaliação, na medida em que se tutelava a retroatividade ou seu afastamento, fato é que o Supremo deliberou pela plena retroatividade dos preceitos atuais benéficos aos casos pretéritos, desde que não julgados em definitivo. Em suma, a compreensão foi de vigência das novas regras na formatação de que se aplicariam ao tempo de sua vigência, isto é, após a edição da Lei 14230 de 2021. Embora não tenha sido expressada a retroatividade como corolário da aplicação de norma sancionatória menos gravosa, tais postulados terão plena incidência nos casos em curso.

O Eg. STF no Tema 1199, convém destacar, examinou alguns pontos da nova legislação para os quais se ponderava a retroatividade em favor dos investigados. O primeiro a extinção como ato de improbidade de condutas culposas, o que fora aprofundado pela decisão do Supremo na premissa da responsabilidade subjetiva na improbidade administrativa. O STF reconheceu que a improbidade seria, em verdade, uma ilegalidade qualificada, pois a Constituição da República teria, nos termos do Acórdão: “(...) *comandado ao Congresso Nacional a edição de lei que não punisse a mera ilegalidade, mas sim, a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para a corrupção, e de todo aquele que o auxilie, no intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado e evitar o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência.*”¹¹⁴

No mesmo sentido fora destacado no Acórdão de Repercussão Geral acima referido que houve esforço do legislativo em reafirmar a impossibilidade de responsabilização objetiva por ato de improbidade administrativa em qualquer de suas condutas, bem como a

¹¹³ “As Alterações promovidas pela Lei 14230 de 2021, que acarretam tratamento mais favorável aos acusados por suposta prática de improbidade, devem ser aplicadas retroativamente, com fundamento no art. 5º, XL, da CRFB, uma vez que a aplicação do princípio da retroatividade da norma punitiva mais benéfica não deve ficar restrita aos muros estreitos do Direito Penal, alcançando, também o Direito Administrativo Sancionador, o que inclui a improbidade administrativa, na forma do art. 1º, parágrafo 4º, da LIA, inserido pela Lei 14230/2021.” HALPERN, Erick e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador e a reforma da Lei de Improbidade pela Lei 14230/2021, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 09 de dezembro de 2021. Disponível em <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em 06 de junho de 2022.

¹¹⁴ STF. Repercussão Geral no ARE 843989/PR, Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em portal.stf.jus.br/tema/1199. Julgamento em 17 de agosto de 2022. Acesso em 30 de agosto de 2022.

inexistência de atos de improbidade administrativa culposos, nos artigos 9º e 11, destacando-se que sempre se consagrou a necessidade de demonstração de responsabilidade subjetiva do agente. Por conseguinte o Eg STF reconheceu que, a partir de 25 de outubro de 2021, data de vigência da reforma da LIA, não há mais a tipificação de atos culposos de improbidade administrativa.

Com tais premissas, embora não tenha concluído de forma expressa pela retroatividade das novas regras, ante sua natureza de maior benefício ao investigado, o Eg. STF concluiu que se aplicaria na hipótese o previsto no art. 6º, da LINDB, segundo qual: “*A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.*”

Observou o STF, com efeito, o postulado *tempus regit actum*, através do qual se concluiu que, tendo sido revogado o ato de improbidade administrativa culposo antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, não é possível a continuidade de uma investigação, de uma ação de improbidade ou mesmo de uma sentença condenatória com base em uma conduta não mais tipificada legalmente, por ter sido revogada. Não obstante, a mudança legislativa não operaria, segundo o STF, efeitos retroativos para atingir casos submetidos a decisões revestidas de coisa julgada.

Com estas conclusões, em verdade, o Eg. STF tutelou a validade dos atos processuais praticados, inclusive provas produzidas e que poderiam, em tese, ser compartilhadas nos demais ramos de responsabilidade, bem como em eventual ação ressarcitória ao erário.

No que concerne à Prescrição, igualmente alterada de forma substancial nas novas regras, incluindo preceitos de unificação e redução de prazos após a interrupção, além da previsão de prescrição intercorrente, o que está positivado, nos termos da atual redação do art. 23 da LIA, consagrou-se o entendimento de que não haveria prescrição sem inércia e que não se revelaria pertinente a retroatividade das novas regras acerca da prescrição, em homenagem aos princípios da segurança jurídica, do respeito ao ato jurídico perfeito, do acesso à justiça e da proteção da confiança, tutelando-se a eficácia dos atos praticados anteriormente à alteração legislativa.

Ao final do julgamento acima referido foram compiladas as questões pelo STF, fixando-se, para fins de repercussão geral, as seguintes definições: que há necessidade de tipificação dos atos de improbidade e a presença do dolo, assim como que a revogação da conduta culposa teria sua aplicação considerada irretroativa, de modo a não atingir os casos submetidos ao trânsito em julgado. No mais, entendeu o STF, que em relação aos atos culposos se aplicariam os princípios da ultra-atividade e *tempus regit actum*, de modo que, para os

casos sem condenação, caberia ao juiz avaliar eventual má-fé ou dolo, mas observando-se a revogação expressa. Quanto ao regime prescricional das alterações da LIA, entendeu o STF, todavia, pela sua irretroatividade, em respeito aos postulados da segurança jurídica, do acesso à justiça e da proteção da confiança, garantindo-se a eficácia dos atos praticados, anteriormente à alteração legislativa.

Como visto, no campo objetivo de aplicação das novas regras da improbidade, os dispositivos mais benéficos terão aplicação para os casos em curso, ainda não julgados, validando-se atos regularmente praticados, oportunidade na qual o juízo de valor da instrução processual há de buscar a conclusão da existência de dolo e da atual tipicidade. Por outro lado, no que toca à tipicidade, aplicar-se-ão as novas regras exonerativas aos casos ainda não julgados, pois apenas o trânsito em julgado impedirá a incidência de tais preceitos. No mais, mesmo no cenário da prescrição, depreende-se imperativa a aplicação dos novos marcos para os casos em curso, após a ocorrência dos fatos jurídicos que autorizam sua incidência, dado o caráter processual do instituto, com vigência a partir de sua publicação para os marcos processuais legalmente previstos. Desta forma, estando uma demanda em curso quando da vigência das alterações da LIA, ocorridas as hipóteses de interrupção do parágrafo 4º do atual art. 23, serão computados pela metade os prazos prescrições para o prosseguimento da lide, considerando que será iniciado novo ato ou observada nova fase processual. No mesmo sentido, ocorridos tais marcos de interrupção após a vigência das alterações, aplicar-se-ão os preceitos que autorizam a configuração da prescrição intercorrente trazida pelo parágrafo 8º do mesmo diploma, diante dos mesmos critérios de natureza processual.

A decisão do Eg. STF deu ponderada solução aos questionamentos impostos no Tema 1199, sendo certo, todavia, que em sede de debate acadêmico, dada a firme caracterização das normas de improbidade como derivadas do direito sancionador e, portanto, seu caráter punitivo, a retroatividade das regras mais benéficas poderia, de fato, ter sido concluída de forma mais ampla, autorizando-se, inclusive, a demanda rescisória para exame da presença do elemento subjetivo, com prazo consagrado a contar da deliberação, na mesma formatação oriunda de eventual exame de inconstitucionalidade, sob pena de se consagrar inegável ausência de isonomia, na medida em que atos idênticos anteriores serão apenados quando julgadas as lides e atos atuais serão considerados exonerados de responsabilidade.

Por fim, no que toca aos preceitos do Acordo de Não Persecução Civil, impõe-se a total e irrestrita retroatividade de seus preceitos, ante a plena pertinência de que o ANPC possa ser concluído, inclusive, no campo da fase de cumprimento de sentença, sendo desnecessário qualquer ponderação acerca do trânsito em julgado. Com efeito, a previsão da

solução autocompositiva prevista no art. 17, B, do diploma, permite a lavratura do Acordo de Não Persecução Civil para as demandas em curso, independente da fase e até após o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, eis que o acordo de não persecução seria mais efetivo e produtor do que o debate do tema na via da impugnação ao cumprimento de sentença.

3.8 Princípio da vedação ao *bis in idem*

A nova formatação da Lei de Improbidade demonstrou, por diversos de seus dispositivos, o intento do legislador em afastar o *bis in idem*.

De início duas são as disposições trazidas pela reforma da LIA acerca do tema, as quais devem ser estudadas para total compreensão da hermenêutica da unidade da reforma e, especialmente, da amplitude da vontade legislativa, um dos pilares da interpretação referente à aplicabilidade de todo e qualquer texto legislativo. A primeira está no parágrafo 7º, do art. 12, para o qual: “as sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei 12.846 de 2013 deverão observar o princípio constitucional do *non bis in idem*”. Por outro lado, uma segunda norma está no preceito do parágrafo 2º, do art. 3º, segundo o qual: “as sanções desta Lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei 12.846 de 2013.”

O cenário até então vigente era de flagrante insegurança jurídica, pois a ampla atuação de diversos órgãos e instituições de controle configurava a imposição aos investigados de apresentarem defesas sequenciais sobre os mesmos fatos, na medida em que respondiam nas diversas esferas administrativas ou judiciais, como pessoas físicas e também como gestores ou integrantes de quadros societários de pessoas jurídicas.

No mais, mesmo no campo judicial, a consagrada, mas questionável máxima de que as instâncias são independentes, o que será melhor abordado no ponto seguinte, autorizava a deflagração de procedimentos na via administrativa, cível, criminal, eleitoral e na improbidade administrativa, todas esferas com seus preceitos sancionadores e sem prévia interlocução ou comunicação.

Merece registro no aspecto histórico o início do debate acerca do princípio do *ne bis in idem* que se deu, segundo a doutrina especializada acerca do tema, trazida pela obra da Professora Marion Bach acima referida, sobre a avaliação de sua incidência em diferentes instâncias, a eclesiástica e a advinda dos Tribunais. Registra-se, na referida doutrina, que o tema surge no ano 1170, entre o Rei Henrique II, da Inglaterra, e o Arcebispo de Canterbury,

Thomas Becket. O arcebispo defendia que os eclesiásticos fossem julgados somente pelos tribunais da Igreja, sem nova possibilidade de julgamento em esfera distinta. O Rei Henrique II, por sua vez, não estava disposto a abdicar do poder exercido sobre os súditos, tampouco dos proveitos econômicos decorrentes da apreensão dos bens dos condenados.¹¹⁵

Os apontamentos históricos inseridos na obra da Professora Marion Bach revelam que a discussão envolvendo o *ne bis in idem*, embora tenha se dado há centenas de anos, é a mesma que ocorre nos dias atuais. Há uma sobreposição de procedimentos, uma vez que não há segurança jurídica no exercício do poder de punir, ao mesmo tempo que agentes, órgãos e instituições não acolhem ou têm dificuldade de aceitar a redução de seus limites ou poderes para exercício mais adequado de suas funções.

Definida a sanção por uma das competências regularmente atuantes não há que se falar em sanção da mesma natureza para esfera diversa, sob pena de se impor para o mesmo fato uma penalidade dúplice e desproporcional, não prevista pelo legislador e jamais contemplada pelo próprio órgão que examina o fato, uma vez que atua de forma individualizada no restrito campo de suas atribuições.

Destaca-se, no ponto, que não há cooperação ou comunicação com demais órgãos ou instituições de controle, gerando uma incoerência sistêmica condenável e insustentável, sob todos os seus aspectos, quer pela ausência de eficiência de tal proceder, quer pela possibilidade de que a identidade de sanções em nada contribua para a recuperação de danos e para a probidade administrativa, em violação da própria harmonia fundamental para a credibilidade do sistema de justiça.

Ao revés, o sistema complexo e com risco de múltiplas sanções exige do agente investigado a obrigatoriedade de impugnação constante, de não assunção dos fatos, de não aceitação de sanções mais brandas, de se afastar da autocomposição, de dificultar a produção probatória, enfim, impede ou torna remota e ineficaz a resolução da situação jurídica em favor do próprio interesse público. É extremamente comum que casos sejam julgados quando o agente público encerrou suas atividades políticas, muitos anos após os fatos, o que acaba por ensejar que sanções não cumpram seu papel social de dissuadir agentes a transgredirem regras de proteção dos atos e contratos administrativos.

Por fim, mesmo que se cogite a ausência de positivação do princípio do *ne bis in idem* do texto constitucional, não há dúvidas para sua presença implícita, como consequência do

¹¹⁵ BACH, Marion. Obra citada, página 122.

sistema constitucional que prevê o devido processo legal como garantia¹¹⁶, assim como a proteção ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.¹¹⁷

No mesmo sentido a vedação ao *bis in idem* está prevista em Convenções Internacionais das quais o Brasil é signatário, o que denota força Constitucional, conforme o parágrafo 2º do próprio art. 5º, da Constituição Federal, especialmente o Pacto de São José da Costa Rica¹¹⁸ e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas.¹¹⁹ Há previsão do princípio, no mais, no artigo 4º, protocolo 7, da Convenção Europeia de Direitos Humanos¹²⁰ e no art. 50 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.¹²¹

Do ponto de vista da natureza da infração, depreende-se relevante o ensinamento doutrinário lavrado por Marcos Vinicius Pinto, em obra que traduz sua tese de Doutorado perante a douda Universidade de São Paulo – USP, pela qual pondera que a estrutura da norma sancionadora da improbidade é a mesma da norma penal (pautada na tipicidade) e que a improbidade é uma das formas de como o *ius puniendi* se manifesta, tal como o é também o direito penal.¹²²

O mesmo autor destaca, em outras palavras, que a natureza do castigo não alteraria sua essência, como se não fosse o Estado que por duas ou mais vezes pretenda punir o indivíduo pelos mesmos fatos, em razão da mesma conduta, apenas porque as sanções e os processos foram havidos em searas diferentes¹²³. Pondera o citado autor, no mais, pela unicidade da reação punitiva estatal, citando como referência a tal assertiva a doutrina de Keity Saboya, em obra sobre o tema.¹²⁴

O Professor Marcus Vinícius Pinto, igualmente, traz importante distinção relacionada ao *ne bis in idem* processual e o *ne bis in idem* material, registrando que a legislação, ora tutela a impossibilidade de um segundo processo sobre o mesmo fato, ora autoriza o

¹¹⁶ Art. 5, LIV da CF.

¹¹⁷ Art.5, XXXVI, da CF.

¹¹⁸ Vide Decreto 678 de 1992, consultado em www.planalto.gov.br. Acesso em 03 de junho de 2022.

¹¹⁹ Vide Decreto 592 de 1992, consultado em www.planalto.gov.br. Acesso em 03 de junho de 2022.

¹²⁰ Art. 4, protocolo 7, da Convenção Europeia de Direitos Humanos: “Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado. Disponível em: European Convention on Human Rights (coe.int), através do endereço eletrônico <https://www.echr.coe.int>. Acesso em 16 de novembro de 2022.

¹²¹ Art. 50 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia: “Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu>. Acesso em 16 de novembro de 2022.

¹²² PINTO, Marcos Vinícius. Ação de Improbidade Administrativa. Presunção de Inocência e *ne bis in idem*. São Paulo. Editora JusPodivm, ano 2022, página 353.

¹²³ Idem, página 355.

¹²⁴ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Iuris. Ano 2014, página 158.

procedimento diverso, mas, por outro lado, mesmo nesta hipótese, não estaria permitida ou avalizada a dupla punição em razão da mesma conduta.¹²⁵

No campo da improbidade a conclusão do citado Professor é contundente, com destaque para a pertinência da construção de regras de coordenação entre as diversas esferas punitivas.¹²⁶

Na obra acima referida o autor exemplifica o que seria, para sua doutrina, uma norma de coordenação punitiva, mencionando de forma expressa o previsto no art. 22, parágrafo 3º, da LINDB, para o qual é expressamente previsto dever do juiz de levar em conta, isto é, de observar concretamente as pretéritas sanções aplicadas ao agente quando estiver no exame da dosimetria das demais penalidades da mesma natureza e relativas ao mesmo fato. Observa-se que o dispositivo referido, de fato, é claro em assentar de forma imperativa que sanções anteriores relacionadas ao mesmo fato deverão ser observadas em novas penalidades, sendo irrefutável assentar sua incidência exatamente na sobreposição de normas relacionadas a condutas puníveis em diversas esferas, porquanto, por outro lado, para as mesmas esferas a hipótese não permitiria nova valoração em decorrência, quer da litispendência ou da coisa julgada, ou mesmo da impossibilidade de revisão contrária aos interesses dos réus. Nas mesmas conclusões o autor enumera outras normas de coordenação punitiva, tais como: o art. 14, 7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Decreto 592/1992); o art. 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto 678/1992), assim como o art. 935, do Código Civil e o art. 66, do Código de Processo Penal.¹²⁷

As lições do Professor Marcos Vinicius Pinto continuam, com referências a precedentes do Poder Judiciário, na premissa de que a garantia do *ne bis in idem* material sempre esteve presente no cenário jurídico. No campo penal destaca o autor que a mesma circunstância não pode ser valorada na primeira fase e, posteriormente, como causa de aumento de pena. O mesmo entendimento se aplica, ainda no âmbito penal, quando juiz valora para aumento da pena base circunstâncias que estão previstas como qualificadoras do

¹²⁵ PINTO, Marcos Vinicius. Obra citada, página 357.

¹²⁶ “A melhor interpretação acerca do dispositivo (referência ao art. 37, parágrafo 4º, da CF), a nosso ver, é aquela que o limite à autorização ao *bis in idem* processual, por mencionar que os atos de improbidade não prejudicam a “ação penal cabível”. Nada há na regra sobre exclusão do *bis in idem* material – em verdade, não consta da Constituição qualquer proibição expressa a qualquer *bis in idem*. Não se mencionou no art. 37, parágrafo 4º, da CF/1988 o prejuízo à sanção penal, e sim à ação penal. Parece-nos, assim, que a lei não impede duas ações sobre o mesmo fato, se uma delas for a de improbidade e a outra penal. Nessa circunstância, haverá *bis in idem* (processual) com a chancela da Carta Magna, o que permitirá a coexistência de ambos os processos. Parece-nos também, por outro lado, ser sustentável que, apesar de constitucionalmente admissíveis dois processos de searas distintas sobre o mesmo fato, é preciso impedir a dupla punição com base neles, sendo esse o espaço ocupado pelas regras de coordenação punitiva.” PINTO, Marcos Vincius. Obra citada, página 359.

¹²⁷ Idem, página 360, parte final.

crime.¹²⁸ O citado autor destaca julgamentos importantes acerca do tema, enfatizando que o Eg. STJ examinou tais questões salientando que apenas na pluralidade de qualificadoras se permite que uma das circunstâncias seja utilizada para a configuração do tipo qualificado e as demais como circunstâncias que agravam ou que majoram a pena. Não há, pois, na hipótese, permissivo para a sobreposição das circunstâncias ou a utilização da mesma circunstância para diversos efeitos punitivos.¹²⁹

No mais, o mesmo contexto é revelado no campo do direito administrativo, para o qual se veda que ocorra em desfavor de servidor público uma segunda punição, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira penalidade. Esta é a exata dicção do verbete 19, do STF.¹³⁰

A garantia está prevista, igualmente, nos termos da obra acima referida, no direito ambiental, consoante julgado no qual eventual atraso no cumprimento de TAC – Termo de Ajustamento de Conduta, não poderia, ao mesmo tempo, gerar multa cominatória e agravamento da sanção, o que revelaria *bis in idem*.¹³¹

No mais, denota-se acerca do tema, que merecem prestígio os ensinamentos de Sara Merçon-Vargas, no que toca aos procedimentos judiciais punitivos não penais relacionados aos mesmos fatos, segundo os quais a proibição de submissão a novo julgamento, quando violada, gera para o réu o direito de obstar o início da investigação ou o início do processo e, se já iniciado, gera o direito de encerrá-lo no momento em que se encontrar, sob pena de nulidade. Se, todavia, o direito que decorre de tal garantia não vier a ser exercido e o réu já absolvido vier a ser réu em novo processo relativamente aos mesmos fatos, com a prolação de nova decisão, o novo processo deve ser declarado nulo, por violação ao *ne bis in idem*.¹³²

Não obstante, por fim, para a professora Sara Merçon-Vargas há um último ponto relevante para a real dimensão da vedação ao *bis in idem* no cenário jurídico brasileiro. Destaca a autora que a prolação de decisões diferentes em relação a uma mesma pretensão punitiva gera dúvida objetiva sobre a correção das decisões. Nesse caso, afirma a citada autora, a dúvida deve ser aplicada em favor do réu, que já sofreu as consequências de ter que

¹²⁸ Idem, página 377/378.

¹²⁹ STJ, AgRg no HC n. 592265/SP, 6ª Turma, Ministro Nefi Cordeiro, Dje 23/09/2020.

¹³⁰ STF, Verbetes 19: “É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira.” Disponível no endereço eletrônico <https://portal.stf.jus.br>. Consulta em aplicação das Súmulas no STF. Súmula 19. Proibição de *bis in idem* e processo administrativo disciplinar. Acesso em 11 de outubro de 2022.

¹³¹ TJMS. AC 0001427-60.2008.8.120028, 2ª Câmara Cível. Relador Desembargador Fernando Mauro Moreira Marinho, DJMS 07 de junho de 2021, p. 154.

¹³² MERÇON-VARGAS, Sara. Obra citada, páginas 283.

responder a mais de um processo judicial punitivo não penal, prevalecendo a decisão que lhe for concretamente mais favorável.¹³³

Neste contexto, a par da distinção inegável da natureza das sanções penais ou não penais, que o caráter punitivo das medidas, como consectário lógico do devido processo legal constitucional, não permite que haja distinção ou minoração das garantias, de modo que na esfera do direito penal teríamos garantias mais sólidas do que nos demais ramos do direito nos quais tais garantias poderiam sofrer distinção, redução ou mesmo afastamento. Ao revés, o panorama sancionatório é o mesmo e, por consectário da própria unidade do sistema de justiça, o reconhecimento das mesmas garantias aplicáveis aos casos penais para os casos não penais é medida impositiva.

Há, igualmente, uma conotação processual ou, nas palavras da Professora Marion Bach, uma vertente processual do *ne bis in idem* na própria legislação brasileira. Para a referida autora a vertente processual está relacionada à proibição de dupla persecução em razão do mesmo fato, derivação direta dos brocardos romanos *bis de eadem re ne sit actio* (não há ação repetida sobre a mesma coisa, em tradução livre) e *bis de eadem re agere non licet* (não há como acionar duas vezes pelo mesmo, também em livre tradução).

A conclusão neste ponto para Marion Bach é que a vertente processual guarda relação com a vertente material do *ne bis in idem*, vez que a proibição de duplo julgamento antecipada a própria impossibilidade de um duplo sancionamento pelo mesmo fato, mas, por outro lado, a vertente processual é mais ampla; a uma porque entende que mesmo com eventual absolvição no primeiro procedimento outro não poderá ser formatado, bem como que a própria segunda persecução seria uma verdadeira sanção.¹³⁴

A citada autora, no que toca a ponderar que o legislador e o julgador são, igualmente, destinatários do *ne bis in idem*, destaca que é possível afirmar que, em um primeiro momento, as autoridades, ao atentarem para a (necessária) racionalidade do poder punitivo estatal, devem utilizar, dentre tantos outros princípios constitucionais explícitos ou implícitos, o *ne bis in idem* como um filtro, de modo a atentar à não previsão de dupla punição em razão do mesmo fato.¹³⁵

O *ne bis in idem*, portanto, deve ser o filtro motivador da atuação dos agentes públicos no exame de procedimentos sancionatórios e, por conseguinte, no campo da improbidade administrativa há de ser configurado nos mesmos padrões que são avaliados para o seu

¹³³ Idem, página 285.

¹³⁴ BACH, Marion. Obra citada, página 127.

¹³⁵ Idem, página 177.

reconhecimento nos casos de sanções punitivas penais, de modo a garantir ao cidadão supostamente investigado o mais amplo possível contexto jurídico de garantias, independentemente da natureza da responsabilidade.

Em suma, se o fato foi avaliado pelo agente legítimo em procedimento anterior, tendo sido lavrada sentença ou mesmo um ato de autocomposição, estarão encerrados os questionamentos acerca dos fatos e da responsabilidade dos sujeitos que os teriam praticado, bem como impossibilitadas novas medidas de persecução por procedimento da mesma natureza ou mesmo sanção em procedimento de idêntica ou diversa natureza, sob pena de flagrante *bis in idem*.

Para fins de autocomposição, compreende-se que lavrado um ato de consenso permitido pelo sistema legal tal ato deverá ser observado nos demais ramos do direito e demais esferas da responsabilidade, assim como seriam observadas respectivas sanções aplicadas em procedimentos adversariais, de modo que os termos da autocomposição não só proibam novos questionamentos sobre os mesmos fatos, assim como permitam que as obrigações assumidas tenham reflexo nos demais ramos do direito, quer para sustar ou afastar novas sanções, quer para atenuar ou reduzir responsabilidades.

3.9 Independência ou Interdependência das instâncias

Como fruto do princípio do *ne bis in idem*, vislumbra-se a pertinência do reexame da independência das instâncias no Brasil. De início, convém destacar que se trata de termo que não corresponde à realidade, embora amplamente divulgado como verdadeiro dogma ou, em verdade, um falso dogma. O ordenamento jurídico brasileiro jamais contemplou a total independência das instâncias, especialmente porque diversas são as regras nas quais há verdadeira influência de um ramo sobre o outro, ora de forma absoluta, ora de forma relativa.

É notória a influência da esfera penal sobre as demais esferas, quando o juízo criminal afasta a ocorrência de autoria ou declara a inexistência do fato. A própria coerência do sistema exige tal influência, bem como várias outras implícitas. Não se cogita de que eventual reparação ao erário de danos ocorra em mais de uma esfera, sob pena de enriquecimento sem causa. Do mesmo modo uma possível sanção de demissão administrativa inserida em procedimento administrativo disciplinar denota a perda de tal interesse no procedimento judicial de improbidade administrativa. A anulação dos contratos pela administração, no mesmo sentido, afasta o interesse de algum legitimado em buscar tal invalidação no processo judicial. Eventual indenização cível autoriza atenuação ou mesmo extinção da punibilidade

nos procedimentos processuais penais. O mesmo deve ser dito para Tribunais de Contas ou demais órgãos de regulação ou controle.

No mesmo sentido, eventual composição realizada pelo agente no campo do direito penal ou da improbidade administrativa, ou mesmo a cooperação advinda da colaboração premiada ou dos acordos de leniência, todos instrumentos que instituíram o consenso nos procedimentos que envolvem interesse público, por observância das regras legais de sua autorização, não de ser respeitados pelas demais esferas, como ato jurídico perfeito tutelado pela Constituição, o que deve ser excepcionado apenas por um autônomo procedimento adequado de invalidação, para o qual se garanta contraditório e ampla defesa.

Com efeito, a reconfiguração de tal postulado para conclusão eminentemente contrária ao que até então é difundido, exige que se proclame, de fato, a total interdependência das instâncias, de modo que todos os procedimentos possam influenciar em outros que examinem o mesmo fato, sob pena de que a insegurança jurídica cause violação a direitos e garantias individuais, bem como frustre a eficiência do sistema, gerando múltiplos procedimentos de forma desnecessária, o que causará, notadamente, prejuízos econômicos e administrativos ao erário diante dos inegáveis custos de qualquer atuação do Estado nos seus diversos órgãos e instituições, além da perda de atos administrativos que poderiam ser dirigidos para outras prioridades.

O tema está sob flagrante avaliação dos órgãos do Poder Judiciário. Em data recente o Eg. STJ consagrou a necessidade de mitigação da independência das instâncias, no caso do reconhecimento de inexistência material ou de negativa de autoria, mesmo na esfera administrativa.¹³⁶

O Eg. STF, igualmente, iniciou o debate do tema, conforme acima referido, no exame pelo Ministro Gilmar Mendes, em Mandados de Segurança de pactuantes de atos de consenso, no qual se assentaram as falhas da ausência de atuação coordenada dos órgãos de controle.¹³⁷

Neste tema, no mais, é notório que a legislação é repleta de normas nas quais se prestigia a denominada independência das instâncias, sendo possível citar, apenas a título de alguns exemplos, os preceitos inseridos na Constituição Federal, como o art. 223, parágrafo

¹³⁶ STJ. Agravo Regimental no HC 601533/SP. Relator Ministro Sebastião Reis Junior, 6ª Turma, data do julgamento 21/09/2021. Dje 01/10/2021.

¹³⁷ Mandados de Segurança no STF sob os números: 35.435; 36173; 36.496 e 36.526. Voto condutor do Ministro Gilmar Mendes no Mandado de Segurança 35435/DF. Páginas 60/61. Disponível em: [www.stf.jus.br/classe/Mandado de Segurança/ número 35435](http://www.stf.jus.br/classe/Mandado%20de%20Seguran%C3%A7a/n%C3%BAmero%2035435). Acesso em 09 de dezembro de 2021.

3º, no que toca à responsabilidade ambiental, além do próprio dispositivo acima mencionado, específico da improbidade administrativa, conforme art. 37, parágrafo 4º, da CF.

A indagação principal quanto ao tema está no questionamento se é possível a coexistência de ilícitos advindos de instâncias distintas, sem que isso viole garantias constitucionais, como à que fora abordada no ponto anterior do *ne bis in idem*. A resposta positiva consistirá na premissa de que será possível cumular sanções em face de alguém pela prática do mesmo fato, através de instâncias diferentes do direito. Tal alerta foi objeto de reflexão na obra de Marion Bach, exatamente no estudo da multiplicidade sancionatória estatal em razão do mesmo fato e de seus aspectos negativos.¹³⁸ Tal advertência salienta que a doutrina tradicional, aparentemente de modo pouco refletido, ecoa a independência das instâncias, o que seria, para a Professora Marion: “um mito, um mantra, dito e repetido à exaustão.” Conclui a citada Professora que, não obstante compreendidas como independentes, as instâncias devem ser – no mínimo e em nome de Estado harmônico coentes entre si, o que seria a razão de se haver reconhecido que a independência entre as instâncias seria relativa e não absoluta.¹³⁹

Portanto, assenta-se a doutrina, segundo a qual o julgamento em instâncias distintas pode (e deve) repercutir, em determinadas hipóteses e sob dadas circunstâncias, direta ou indiretamente, nas demais órbitas.¹⁴⁰

No mesmo contexto está a lição do Professor Valter Shuenquener de Araújo, em texto específico sobre o tema no qual aponta a necessidade de revisitação da incomunicabilidade entre as instâncias, sob o prisma de uma maior racionalidade punitiva.¹⁴¹

Por fim, incabível eventual prejuízo a atos de consenso ou mesmo imposição de novos procedimentos persecutórios para exercício do direito de punir do Estado que é uno, embora divisíveis as competências que hão de atuar em harmonia e segundo preceitos democráticos e

¹³⁸ BACH, Marion. Obra citada, página 161.

¹³⁹ Idem, página 163.

¹⁴⁰ Idem, página 166.

¹⁴¹ “Nesse ambiente, prenuncia-se um novo princípio: o da interdependência das instâncias, que obriga os diferentes processos sancionatórios a atuarem como vasos comunicantes e a sofrerem múltiplos influxos inter-relacionais. (...) No direito contemporâneo, sobressai a necessidade de uma maior comunicação, integração e coordenação entre as instâncias civil, penal, e administrativa, com a finalidade de se coibir o arbítrio estatal, diminuir a insegurança jurídica e de se garantir a proporcionalidade sancionatória. Assim é preciso refletir, por exemplo, se uma conduta reputada lícita em um processo administrativo deve ser objeto de persecução penal sem qualquer consideração/valoração dos elementos já apurados naquele feito. No mesmo sentido, não é razoável que, após firmarem colaborações premiadas devidamente homologadas na esfera judicial, os mesmos agentes, sejam alvo de sanções administrativas e cíveis pelos mesmos fatos. Irracionalidade punitiva que deve ser evitada.” ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da interdependência das instâncias punitivas e seus reflexos no Direito Administrativo Sancionador. Revista Jurídica da Presidência. Brasília. V. 23, n. 131, outubro de 2021/janeiro de 2022, p. 629/653. Disponível em: <http://dx.doi.org/1020499/2236-3645.RJP2022v23e131-1875>. Acesso em 15 de outubro de 2022.

não abusivos, observando-se uma coerência sistêmica, sem a qual não haverá confiabilidade ou segurança jurídica no ordenamento jurídico do País.

Tal cenário ensejou uma série de mudanças na LIA, na sua nova redação, o que solucionou a contento inúmeras distorções até então vigentes. Equivocada é a versão de que as novas disposições protegerão agentes ímprobos, eis que o sistema revogado se configurou muito mais nocivo para a proteção do interesse público, ante sua ineficácia.

De início, se afastou a aplicação das sanções da Lei de Improbidade para sociedades empresárias, caso o ato seja também sancionado pela Lei 12846 de 2013.¹⁴²

No mais, para eventual sanção de reparação de danos os novos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa assentam que o valor deve ser deduzido de eventual ressarcimento ocorrido nas instâncias criminal, civil e administrativa que tiver por objeto os mesmos fatos.¹⁴³

Não obstante, na existência de mais de um réu, convém destacar, a atual previsão de que o somatório de valores declarados indisponíveis não poderá superar o montante indicado como dano ao erário ou como enriquecimento ilícito.¹⁴⁴

A seguir, as novas disposições assentam que nas definições para a atuação do Juiz na aplicação das sanções, está positivada a regra, segundo a qual cabe ao Magistrado considerar na aplicação das penalidades a dosimetria das sanções relativas ao mesmo fato já aplicadas ao sujeito.¹⁴⁵

Para fins de reparação de danos, destaca a atual redação da LIA, que a apuração do valor de eventual ressarcimento deverá descontar os serviços efetivamente prestados.¹⁴⁶

Na aplicação das sanções deverão ser consideradas as disposições do órgão de controle interno ou externo, bem como se destaca que as provas produzidas perante tais órgãos de controle e as correspondentes decisões deverão ser consideradas na formação da convicção do juiz, sem prejuízo da análise acerca do dolo na conduta do agente.¹⁴⁷

Por outro lado, a nova redação da LIA, confirmando-se a interdependência das instâncias e não mais sua total ou mesmo relativa independência, informa que sanções civis e também penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autora.¹⁴⁸ Vislumbra-se, com efeito, novo

¹⁴² Nesse sentido: Art. 3º, parágrafo 2º, da Lei 8429 de 1992, com redação dada pela Lei 14230 de 2021.

¹⁴³ Idem, Art. 12, parágrafo 6º.

¹⁴⁴ Idem, Art. 16, parágrafo 5º.

¹⁴⁵ Idem, Art. 17-C, inciso V.

¹⁴⁶ Idem, Art. 18, parágrafo 3º.

¹⁴⁷ Idem, Art. 21, parágrafos 1º e 2º, da LIA.

¹⁴⁸ Idem, Art. 21, parágrafo 3º, da LIA.

paradigma que estende à decisão civil os mesmos efeitos da transversalidade das decisões penais.

A máxima de que apenas a sentença penal absolutória por negativa de autoria ou ausência de materialidade teria efeitos sobre outras esferas foi integralmente revista com a previsão de que a absolvição criminal definida por órgão colegiado impede a deflagração de ação de improbidade, com comunicação de todos os fundamentos previstos no art. 386, do CPP¹⁴⁹, o que contempla, com efeito, dúvidas de autoria ou mesmo a insuficiência de provas.¹⁵⁰

Reafirmando-se a interdependência restou positivado de forma genérica que sanções eventualmente aplicadas em outras esferas deverão ser compensadas com as sanções aplicadas nos termos da LIA.¹⁵¹

Nesse contexto, o próprio artigo 91 do Código Penal confirma a interdependência das instâncias quando prevê que a sentença penal condenatória faz coisa julgada no cível, valendo como título executivo judicial.

Em idêntico contexto a Lei da Ficha Limpa, Lei Complementar 135 de 2010 alterou a LC 64 de 1990, conhecida lei das inelegibilidades, para assentar que condenados por diversos crimes por órgão colegiado ficariam inelegíveis por 08 (oito) anos, a contar do cumprimento da pena.¹⁵²

Observa-se, no estudo acima, a pertinência da observância do entendimento lançado pelos Professores José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaine Musetti Grotti, em texto especializado acerca do tema, no sentido da isonomia entre o direito administrativo sancionador e o direito penal, salientando a ausência de maior relevância do direito penal em relação ao direito administrativo sancionador, tutelando-se, com efeito, os mesmos preceitos para sua aplicação.¹⁵³

¹⁴⁹ Idem. Art. 21, parágrafo 4º, da LIA.

¹⁵⁰ Art. 386, incisos V e VII, do CPP.

¹⁵¹ Vide Art. 21, parágrafo 5, da LIA.

¹⁵² Vide Art. 1º, alínea “e”, da LC 64 de 1990, com redação data pela LC 135 de 2010.

¹⁵³ “Inobstante, o DAS (Direito Administrativo Sancionador) não tem relevância menor do que o DP (Direito Penal). As sanções do DAS podem não raro assumir grau elevadíssimo de restrição da esfera jurídica dos responsáveis. Os Interesses públicos são igualmente relevantes em confronto com bens jurídicos penalmente protegidos. Sob o prisma ontológico, também não há distinção entre ilícitos no DAS e no DP. E, por fim, a Constituição assegura direitos e garantias fundamentais nos dois campos, a despeito de, diferentemente de outras Constituições, não ter previsão expressa no Texto desta submissão da atividade administrativa sancionadora. Refere-se a doutrina à “penalização” do Direito Administrativo Sancionador para indicar o transplante radical de direitos e garantias fundamentais, tal como debatido no Direito Penal e Processual Penal para este outro setor.” OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito Administrativo Sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Revista Interesse Público – IP. Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, março/abril 2020.

Depreende-se, com efeito, que por questões de isonomia, economia, segurança jurídica e harmonia das instituições, substanciais foram as mudanças de paradigmas, todas a tornar imperativa a maior interligação entre procedimentos e decisões sobre os mesmos fatos por instâncias diversas, o que protege a integridade do sistema de justiça e tende a tornar mais eficaz o aproveitamento dos institutos no Brasil, inclusive simplificando a aplicação das sanções trazidas pela própria LIA.

Conclui-se que as referências dos reflexos punitivos lançados em desfavor do agente em outras esferas, o que já está consolidado, exige que efeitos absolutórios não de receber idênticas consequências, inclusive porque estaríamos diante de uma analogia benéfica para o cidadão.

Desta forma, se as decisões condenatórias influenciam aspectos indenizatórios e da capacidade eleitoral do condenado, não há qualquer obstáculo para que uma decisão absolutória apresente os mesmos efeitos, ora para impedir uma pretensão indenizatória cível, ora para obstar questionamentos em eventual demanda de investigação eleitoral, ou mesmo para atenuar as sanções como autorizado pela atual redação da LIA.

No que toca à aplicação concreta da interdependência, o Professor Valter Shuenquener de Araújo, embora afirme que a jurisprudência tem debatido o tema de forma incipiente, revela que já seria possível reconhecer algumas premissas: “1- condutas reputadas lícitas na instância administrativa não podem, como regra, ser objeto de persecução penal, por falta de justa causa; 2- condutas analisadas de forma específica e consideradas regulares pela Corte de Contas não podem ser necessariamente alvo de processamento penal; 3- a decisão da Corte de Contas afastando a existência de irregularidades em uma conduta ou liberando o responsável pelas irregularidades encontradas deve repercutir, na extensão que seja possível, no juízo cível.”¹⁵⁴

Por fim, merece registro que as Resoluções ou Atos Normativos que têm regulamentado o ANPC perante os Ministérios Públicos dos Estados têm previsto regras de observância dirigida a seus membros e aos investigados, com firme observância dos preceitos ora analisados.

Com efeito, no campo da interdependência das instâncias os atos de regulamentação do ANPC estabelecem, em vários normativos, que as tratativas relacionadas aos fatos puníveis pela LIA deverão ser preferencialmente avaliados em conjunto pela seara penal e civil, em possível Acordo único, o que, por consectário lógico, atende à necessária relação

¹⁵⁴ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Texto citado, página 639.

entre as variadas instâncias, bem como visa observar a proporcionalidade da resposta Estatal aos fatos sob exame, tutelando-se coerência sistêmica e segurança jurídica.¹⁵⁵

3.9.1 Proporcionalidade

Após análise do princípio do *ne bis in idem* e suas características, assim como dos postulados envolvendo a interdependência das instâncias, especialmente diante da evolução legislativa e da imperativa constatação, em verdade, de uma independência meramente relativa das instâncias, compreende-se necessário assentar que, uma vez aplicadas múltiplas sanções pelo mesmo fato, diante da superação porventura do próprio filtro do *ne bis in idem* e da conclusão de que, no caso, a interdependência das instâncias poderá, em tese, acarretar mais de uma sanção, convém assentar qual deverá ser o resultado coerente e adequado para a aplicação final das sanções a um investigado, sem afastar suas garantias constitucionais e sem consagrar abuso de autoridade ou mesmo a sobreposição ou excesso de medidas sancionatórias.

Tem-se que um postulado a ser observado para a correção de rumos e solução dos impasses advindos da hipótese é a incidência inconteste e irrefutável do princípio da Proporcionalidade.

A proporcionalidade longe de ser algo inconcreto ou mesmo superficial, a justificar posições jurídicas na ausência de regras objetivas, denota-se importante postulado de interpretação para adequação da vontade do legislador à vontade da Constituição.

Por certo que foi a Constituição Federal que, ante sua natureza analítica, atingiu com seus termos diversos ramos da sociedade brasileira e passou a ser fundamento de interpretação para as normas legais. Na assertiva de que a lei necessita estar afinada com o texto constitucional, sob pena de sua invalidação, surge o princípio da Proporcionalidade como uma ferramenta de adequação efetiva e não de abstrata interpretação.

¹⁵⁵ Nesse sentido: 1) Art. 4º, da Resolução 1193/2020, do MPSP: “As tratativas que envolvem ilícitos puníveis na esfera cível e criminal serão estabelecidas preferencialmente de forma conjunta pelos órgãos do Ministério Público com atribuições nas respectivas áreas de atuação, em instrumentos distintos com vistas à celebração do acordo de colaboração ou de não persecução penal, seja de acordo em matéria de improbidade administrativa. 2)- Art. 5º do Provimento 16/2021/PGJ do MPRS: “As tratativas que envolverem ilícitos puníveis na esfera cível e criminal serão estabelecidas preferencialmente de forma conjunta pelos órgãos do Ministério Público com atribuições nas respectivas áreas de atuação, seja com vistas ao Acordo de Não Persecução Cível, seja visando à celebração do acordo de colaboração premiada ou de não persecução penal, podendo ser instrumentalizados em conjunto ou separadamente.” 3)- Art. 142, do Ato conjunto 1 de 2019, com alteração do Ato conjunto n. 01 de 2022 – PGJ, CGMP, CSMP do MPPR: “As negociações que envolverem ilícitos puníveis na esfera civil e criminal serão estabelecidas preferencialmente de forma conjunta pelos órgãos do Ministério Público com atribuições nas respectivas áreas de atuação.”

A Proporcionalidade, como instituto do direito, passa a ser, segundo a doutrina, um instrumento de controle do próprio excesso de poder, dirigido à atuação do legislativo e do judiciário.¹⁵⁶

A Proporcionalidade tem suas origens como postulado jurídico na aplicação de medidas sancionatórias. Nesse sentido a Professora Marion Bach, em clara referência ao Marques de Beccaria, na obra *Dei delitti e delle pene* (Dos delitos e das penas), em 1764 que teria assentado, ao consultar, segundo suas palavras, o *coração humano* em busca de *princípios fundamentais do direito de punir*, concluiu que a pena deveria ser proporcional ao fato praticado, não suplantando a medida da necessidade para fins preventivos.¹⁵⁷

A dimensão dogmática do Princípio da Proporcionalidade foi tratada, por outro lado, por Luiz Roberto Barroso, salientando seu caráter de fungibilidade com a própria ideia de razoabilidade.¹⁵⁸

Convém advertir que a proporcionalidade não se confunde com a ponderação, pois embora tal expressão tenha sido disseminada nos escritos de Robert Alexy¹⁵⁹, segundo o qual a ponderação seria um método de solução de conflitos entre direitos fundamentais, o que somente faria sentido numa visão jurídica que admita a colisão de princípios e de direitos fundamentais. Pelo contrário, conforme ensinam Nelson Nery Junior e George Abboud, os princípios constitucionais conferem, em verdade, fechamento do sistema jurídico. Com efeito, a leitura constitucionalmente adequada impõe uma interpretação que harmonize os preceitos constitucionais e não os coloque em colisão para que se precise utilizar de eventual ponderação. Nesta perspectiva, observam os autores acima referidos, que a proporcionalidade se caracteriza como um preceito normativo que tem por função precípua coibir abusos do

¹⁵⁶ BACH, Marion. Obra citada, página 187.

¹⁵⁷ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução: Paulo M. Oliveira, 2ª edição, São Paulo. Edipro, ano 2015, páginas 23/24 e 52, *apud* BACH, Marion. Obra citada, página, 189.

¹⁵⁸ “ O princípio da razoabilidade-proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideais de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a)- não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b)- a medida seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação ao excesso); c)- os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça do caso concreto.” BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 9ª edição. São Paulo. Editora Saraiva Educação, ano 2020, páginas: 292/293.

¹⁵⁹ Nesse sentido: ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva, 2ª edição, São Paulo. Malheiros Editora, ano 2014.

poder público em benefício da proteção dos direitos individuais do cidadão. Em suma, nos termos referenciados, toda restrição a algum direito fundamental precisa ser proporcional. Do ponto de vista jurídico tais autores discordam da aplicação da proporcionalidade como simples juízo de ponderação que permite ao Judiciário proferir decisões igualmente discricionárias. A proporcionalidade para estes não poderá ser reduzida à ponderação, aplicando-se, na verdade, a partir de uma bipartição: proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) e proibição de excesso (*Übermassverbot*).¹⁶⁰

Marion Bach menciona a dupla face do princípio da proporcionalidade na mesma formatação acima, com enfoque na proibição da proteção deficiente e na proibição do excesso, assentando, contudo, que ambas as faces do princípio convergem ao mesmo objetivo: controlar a atuação do Estado em matéria que implique - ou tenha potencial de implicar - qualquer sorte de restrição a direitos fundamentais, a fim de que seja tal atuação proporcional à finalidade almejada.¹⁶¹

Não obstante, em lição de Robert Alexy¹⁶² a ponderação é a forma específica de aplicação dos princípios. Para o citado autor a adequação e necessidade, como máximas da proporcionalidade, se referem à otimização no que diz respeito às possibilidades fáticas. A otimização referente às possibilidades fáticas, conclui em referência à própria obra *Constitutional Rights and proportionality*¹⁶³, consiste em impedir custos evitáveis. Os custos seriam inevitáveis, todavia, quando os princípios colidem a ponderação torna-se então necessária. É a ponderação, para o citado mestre, o objeto da terceira máxima da proporcionalidade, a saber, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito.

Como visto, a Proporcionalidade tem plena incidência e total pertinência na aplicação das medidas sancionatórias na improbidade administrativa. Consoante existir um sistema de múltiplas responsabilidades, no qual coexistem diversas instâncias e seus órgãos independentes, apenas com medidas de acomodação, correção e justiça concreta, poder-se-á a comunidade jurídica construir elementos sólidos para uma responsabilização que permita a reparação dos danos ao erário público e aos princípios da administração, assim como que garanta ao cidadão ou a empresas, porventura investigadas, o mínimo rol de garantias de que não sofrerá excessos punitivos e, especialmente, de que as sanções sobrepostas serão

¹⁶⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Direito Constitucional Brasileiro: Curso Completo*. Nelson Nery Junior e George Abboud, 2ª edição, São Paulo. Thomson Reuters Brasil, ano 2019, páginas 178/179.

¹⁶¹ BACH, Marion. Obra citada, página 208.

¹⁶² ALEXY, Robert. *Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito*. Roberto Alexy; organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Monica Sette Lopes, 1ª edição. Rio de Janeiro. Forense Universitária, ano 2014, página 06.

¹⁶³ Como dito: ALEXY, Robert. *Constitutional rights and proportionality*, páginas 222/224.

sopesadas e ponderadas com medidas já aplicadas, de modo a viabilizar a aplicação constitucional dos institutos e consolidar os preceitos de segurança jurídica e de vedação ao *bis in idem*.

Nestes termos convém registrar lição trazida em obra do estudo do Direito Sancionador, em texto sobre a independência das instâncias, tema acima tratado, segundo a qual constatada a identidade geral dos objetos litigiosos entre os processos, deve-se impor a ampla aplicação dos direitos constitucionais assegurados aos acusados em geral, o respeito ao princípio da segurança jurídica e, primordialmente, a utilização do princípio da proporcionalidade como ferramenta de contenção ao arbítrio estatal.¹⁶⁴

No contexto acima, o Professor Valter Shuenquener de Araújo avalia a proporcionalidade como consequência do próprio *ne bis in idem*, assentando que a sua proibição estaria presente não apenas no âmbito de uma única instância punitiva, mas também existe quando elas são múltiplas para um mesmo fato, concluindo por um necessário diálogo, a fim de proporcionar um resultado aceitável e proporcional.¹⁶⁵

No mesmo plano tal concepção deverá ser observada para as hipóteses em que o cidadão ou empresas consolidam suas autocomposições, lavrando-se, conforme permissivo legal, os Acordos de Não Persecução Civil. Desta forma, entabulada a medida de consenso, segundo tratativas lançadas pelo legitimado e pelo investigado, há de se ter clareza das obrigações e das esferas de responsabilidade atingidas. Por outro lado, a fim de se resguardar a segurança jurídica e, por certo, a proporcionalidade, as medidas impostas nos atos de consenso não de ser ponderadas e observadas nos demais procedimentos que avaliem o mesmo fato nas demais esferas de responsabilização, sob pena de flagrante excesso punitivo. Portanto, a proporcionalidade atuará como uma ferramenta de correção sistêmica para permitir, como destaca o Professor Luís Roberto Barroso, meios adequados, necessários e, por óbvio, em sede de instrumentos sancionatórios, menos gravosos possíveis ao agente, autorizando-se, por consectário lógico, que o juiz gradue o grau de aplicabilidade e intensidade de novas sanções acerca do mesmo fato para o mesmo agente, em favor da justiça do caso concreto.

A proporcionalidade, deste modo, deverá estar presente nas tratativas do ANPC, medida, inclusive, prevista expressamente em atos de regulamentação emanados pelos

¹⁶⁴ BARATA, Ana Maria Rodrigues. Coleção de direito administrativo sancionador. Ana Maria Rodrigues Barata, Danielly Cristina Araújo Gontijo, Flavio Henrique Unes Pereria (coordenadores). Rio de Janeiro, CEEJ, ano 2021. Direito Administrativo Sancionador Disciplinar. Volume 2. Texto: A independência entre as Instâncias Administrativa e Jurisdicional Penal na Jursprudência do STF. Autor: ANTONIO RODRIGO MACHADO, página n. 152.

¹⁶⁵ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Texto citado, página 641.

Ministérios Públicos dos Estados, sendo possível citar a previsão expressa do postulado da proporcionalidade no art. 2º da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 7, do MPMG¹⁶⁶, cenário este que se reproduz, no mesmo sentido, e igualmente de forma expressa no preceito do também artigo 2º, do Provimento n. 16 de 2021 da PGJ do MPRS¹⁶⁷.

3.9.2 Consensualidade no Direito Sancionador

A evolução do direito punitivo em geral, especialmente quando as sanções legais são aplicadas para fatos não penais sofreu, como vimos no decorrer deste trabalho, inúmeras alterações, todas a caminhar para a ampliação do espaço de consenso no direito sancionador em geral.

A possibilidade de uma Administração Pública consensual foi transposta para o contexto do Direito Sancionador, sendo certo afirmar que seria inimaginável, no passado, que o direito de punir do Estado pudesse ser relativizado ou mesmo substituído por obrigações, afastando-se sanções pessoais e mesmo mitigando sanções administrativas.¹⁶⁸

Convém lembrar que a sanção, quer penal ou administrativa, sempre foi vista como uma prerrogativa inafastável e irrenunciável do Poder Público, não sendo possível que o agente responsável pudesse atuar de forma pacificadora, especialmente ante o caráter da indisponibilidade.

Não obstante, a concepção que tem prevalecido nos dias atuais, é que o aspecto retributivo da sanção deve ser mais afeto ao direito penal, ao passo que a sanção não penal possui um inerente caráter dissuasório, fomentando boas práticas, um sistema de incentivos de comportamentos úteis à sociedade e condutas mais adequadas ao interesse comum, do que meramente punir o infrator. Visualiza-se, segundo a doutrina, um caráter eminentemente instrumental da sanção administrativa, inexistindo um mandamento lógico-jurídico que

¹⁶⁶ Nesse sentido: Art. 2º, da Resolução Conjunta PGJ CGMP n. 7, de 12 de agosto de 2022 do MPMG: “O Acordo de Não Persecução Cível – ANPC disciplinado nesta Resolução objetiva a aplicação célere e eficaz das sanções estabelecidas na Lei n. 8429 de 1992, a reparação do dano sofrido pelo erário e a perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio dos autores, observados os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência, de forma suficiente para prevenir e reprimir a prática de atos de improbidade administrativa, mediante avaliação das peculiaridades do caso concreto que indiquem (...)”. Fonte Diário Oficial Eletrônico do MPMG de 13 de agosto de 2022. Disponível em www.mpmg.mp.br. Acesso 16 de agosto de 2022.

¹⁶⁷ Em igual sentido: Art. 2º, do Provimento 16 de 2021 do MPRS: “O Acordo de Não Persecução Cível visa à atuação ministerial resolutiva, com aplicação célere e eficaz de medidas sancionatórias estabelecidas na legislação, em especial na Lei n. 8429 de 1992, além da reparação do dano sofrido pelo erário, observados os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência, de forma suficiente para prevenir e reprimir a prática de atos de improbidade administrativa.” Disponível em <https://www.mprs.mp.br/legislacao/provimentos/14578/>. Acesso em 15 de setembro de 2022.

¹⁶⁸ Nesse sentido: LANE, Renata. Acordos na Improbidade Administrativa: termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência. Rio de Janeiro. Lumen Iuris, ano 2021, página 103.

estabeleça de modo insuperável que somente a sanção, prevista por meio de atos imperativos e unilaterais, realizaria o interesse público, como se fosse uma finalidade em si mesma.¹⁶⁹

Tal concepção permite que diante de uma função social da sanção administrativa ou não penal, não se realize apenas a coerção do Estado na aplicação impositiva de medidas puramente punitivas, mas que se objetive a mais ampla atuação possível para que o próprio Estado, sua Administração ou Autoridades que possuem a atribuição de procedimentos punitivos, possam compreender os limites de tal atuação e conduzir as medidas que possam alcançar os objetivos públicos, sem uma resposta única ou automática do Estado.

A conclusão acima deriva, no mais, do que se denomina crise no Direito Penal, eis que a frustração de êxitos na aplicação das sanções meramente penais tem motivado alternativas mais eficientes da atuação do próprio Estado.

Diante de tal contexto, abre-se ao Poder Público, no pleno exercício do Direito Sancionador, mesmo em procedimentos não judiciais, que sejam utilizados instrumentos consensuais. Não há dúvidas de que o sistema consensual imprime diversas vantagens ao exercício do poder punitivo do Estado, sendo possível declinar a maior aderência às decisões estatais, maior incentivo ao cumprimento das penalidades pelo particular a um custo menor para o Estado (maior eficiência).¹⁷⁰

Há, inclusive, maior celeridade na solução da situação jurídica, diante de uma medida não punitiva e consensual, com a plena pacificação, eis que o agente que participa do ato de consenso dificilmente questionará o ato administrativo na via judicial, reduzindo-se a própria judicialização das questões.¹⁷¹

A obra acima referenciada de Renata Vale, em menção a Thiago Marrara, destaca os benefícios da consensualidade no Direito Sancionatório, no sentido, em outras palavras, de que todo o ato repressivo ou restritivo, tende a gerar resistência por parte do cidadão, impulsionando questionamentos judiciais e administrativos, razão pela qual o consenso gera

¹⁶⁹ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: justificção, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte. Fórum, ano 2019, página 99/129.

¹⁷⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*, 2ª edição, Belo Horizonte. Fórum, ano 2017. Edição Kindle. Posições 2793-2815, *apud*, Diogo Uehbe Lima, em texto *Consensualidade e Processo Sancionador no Mercado de Valores Mobiliários*. Disponível no Volume 1 da obra coletiva *DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMPARADO*, sob coordenação de Edilson Pereira Nobre Junior e outros. Editora CEEJ, ano 2021, Rio de Janeiro, página 311.

¹⁷¹ LANE, Renata. *Obra citada*, páginas 104/105.

incremento de eficiência, legitimidade das decisões e estabilização das relações sociais, proporcionando política pública mais efetiva.¹⁷²

Destaca-se a conclusão de Murilo Teixeira Avelino e Ravi Peixoto, segundo a qual o clássico modelo de uma administração pública de caráter autoritário e unilateral, não pode mais ser admitido sob o prisma de um Estado Democrático de Direito. O direito administrativo constitucionalizado não pode mais tratar o indivíduo perante uma situação de sujeição. Há paridade, uma vez que tanto o ente público, quanto a outra parte da relação jurídica de direito público, estão sujeitos a um mesmo estatuto jurídico.¹⁷³

4. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL

4.1 Conceito

Lançadas as premissas do Direito Sancionador, após exame dos postulados da evolução do conceito de Jurisdição e do Princípio da Segurança Jurídica, adentra-se no ponto principal deste trabalho que consiste em contribuir para a aplicação, sem percalços, do instituto do Acordo de Não Persecução Civil no direito brasileiro, aprofundando-se seus elementos estruturantes e seus efeitos.

Como visto, a evolução do direito brasileiro está em definir, ao longo de vários anos, para diversos ramos do direito outrora inegociáveis, a consolidação de instrumentos de consenso ou autocomposição. O ANPC, no campo da Improbidade Administrativa, é o grande avanço trazido pelas reformas da legislação da improbidade, especialmente na sua instituição primitiva pelo citado Pacote Anticrime, hoje com formatação aprimorada pela atual redação da LIA.

Tal evolução indica um movimento duradouro e não demonstra ter sido interrompida com os institutos consolidados na legislação hoje em vigor, dentre os quais o ANPC. Caminha-se para novas ferramentas, todas com firme propósito de incluir no sistema de justiça elementos de autocomposição. A título de exemplo há proposta de institucionalização no âmbito de todos os órgãos ou entidades da administração pública, da mediação administrativa prévia à instalação da sede ética ou disciplinar quando cabível, a fim de dirimir

¹⁷² MARRARA, Thiago, *apud* Renata Vale. Regulação Consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática de ajustamento de condutas dos regularados. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 4, n. 1, ano 2017, p. 276

¹⁷³ AVELINO, Murilo Teixeira. Consensualidade e Poder Público. Murilo Teixeira Avelino e Ravi Peixoto. São Paulo. Editora JusPodivm, ano 2022, página 23.

discussões acerca de direitos disponíveis ou mesmo que indisponíveis, mas, como acima examinado, transigíveis.¹⁷⁴

No mesmo sentido, do contexto histórico é pertinente lembrar que a utilização de ações de improbidade administrativa se consagrou com o objetivo de controlar a Administração Pública no Brasil, configurando-se a regra e não a exceção. Essa realidade, segundo a doutrina, é correlativa de um movimento com três ângulos de perspectiva: primeiro, o senso comum de que a administração é um antro de pessoas corruptas; secundariamente, a ausência de percepção da insuficiência do paradigma da administração aplicadora da lei, como solução dos problemas que a atividade administrativa apresenta diuturnamente; em terceiro, a percepção de que as ações de improbidade administrativa ampliam o poder de dissuasão e conquistas dos órgãos legitimados.¹⁷⁵

Deste modo, diante dessa nova ordem de estudo de normas sancionadoras ou mesmo do direito público, depreende-se a necessidade de se reafirmar a aplicação e incidência, com maior efetividade possível, do ANPC, como verdadeiro instrumento de solução de casos de improbidade administrativa.

Nas palavras de Juliana Padrão Serra de Araújo o acordo de não persecução civil pode ser conceituado como: “um negócio jurídico que visa a excluir o ajuizamento de ação de improbidade administrativa ou a extingui-la, caso já aforada, tendo por contrapartida a composição dos danos causados ao erário e a aplicação imediata de sanções previstas na LIA, além do cumprimento de outras condições pelo investigado.”¹⁷⁶

De início está consagrada a positivação do instituto do ANPC pela atual redação do art. 17-B da LIA, com disciplina atualizada e pormenorizada trazida com o advento da Lei 14230 de 2021, pela qual se revogou o então art. 17, parágrafo 1º, da LIA, norma que previa pela primeira vez na legislação nacional o então denominado Acordo de Não Persecução Cível. Destaca-se, que o dispositivo revogado, oriundo das alterações na LIA pelo denominado Pacote Anticrime trazido pela Lei 13964 de 2019 positivou o instituto, mas não dispunha de suas circunstâncias ou de regulamentação.

¹⁷⁴ Nesse sentido: BARATA, Ana Maria Rodrigues. Coleção de direito administrativo sancionador. Ana Maria Rodrigues Barata, Danielly Cristina Araújo Gontijo, Flavio Henrique Unes Pereria (coordenadores). Rio de Janeiro, CEEJ, ano 2021. Direito Administrativo Sancionador Disciplinar, Volume 2. Texto: A autocomposição de conflitos e o Direito Administrativo Sancionador. Autora: Aline Cavalcante dos Reis Silva, página 85.

¹⁷⁵ FERRAZ, Luciano. Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins. 2ª Edição. Belo Horizonte. Editora Fórum, ano 2020, página 214.

¹⁷⁶ ARAÚJO, Juliana Padrão Serra de. Acordo de Não Persecução Civil em Improbidade Administrativa: abordando plea bargain, colaboração premiada e acordo de leniência. Organizadores: Gilson Jacobsen, Marcelo Buzaglo Dantas e Orlando Luiz Zanon Junior, 1ª Edição. Florianópolis. Editora, Habitus, ano 2021, página 158.

Merece registro que a anterior redação do Art 17, parágrafo 1º, da Lei de Improbidade Administrativa, antes da primeira reforma, era imperativa no sentido de vedar transações, acordos ou conciliação nas ações de improbidade, o que foi alterado apenas em 2019 com acima referido Pacote Anticrime.¹⁷⁷

A regra acima passou a sofrer inúmeros questionamentos, porquanto a Lei de Improbidade Administrativa fora a última norma sancionadora a autorizar a inserção de atos de consenso para solução dos procedimentos que disciplina.

Convém recordar, como acima sinalizado no estudo evolutivo, que antes das alterações da LIA, a Lei 12846 de 2013 autorizou a lavratura de Acordos de Leniência no âmbito da tutela da probidade empresarial ou de vedação da corrupção empresarial, ao mesmo passo que no campo do direito penal, para relevantes crimes, especialmente a organização criminosa, a Lei 12850 de 2013 autorizou a celebração do instituto da Colaboração Premiada.

No mesmo contexto a LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto Lei 4657 de 1942, especialmente diante da alteração advinda pela Lei 13.655 de 2018, pela qual se prevê o dispositivo inserido no art. 26 do diploma, segundo o qual, em síntese, para fins de situação contenciosa na aplicação do direito público, se autoriza a lavratura pelo ente público de compromisso com os interessados.¹⁷⁸

Com efeito, insuperáveis os questionamentos pelos quais, no campo da improbidade administrativa, se ressentia o ordenamento jurídico de um instrumento mais eficaz de autocomposição capaz de sanar as hipóteses concretas tuteladas pela Lei de improbidade com mais eficiência, com a colaboração dos sujeitos do processo e dotada, portanto, de aspectos democráticos, eis que a solução consensual, como acima dito, porquanto construída com a contribuição das partes, é a mais efetiva e resolutiva forma de definição de situações jurídicas.

Não obstante, com a publicação da Lei 14230 de 2021 houve, por fim, a revogação do art. 17, parágrafo 1º, com a previsão do agora denominada Acordo de Não Persecução Civil, no atual art. 17-B, da Lei 8429 de 1992, oportunidade na qual foram lançados dispositivos de regulamentação nos seus respectivos incisos e parágrafos, o que será melhor examinado no curso deste capítulo.

¹⁷⁷ “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trat ao *caput*.” Essa era a redação original do art. 17, parágrafo 1º, da Lei 8429 de 1992

¹⁷⁸ Art. 26, da LINDB: “Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.”

De tal cenário, convém assentar que o Ministério Público, através da Resolução 179 de seu Conselho Nacional, já teria autorizado, como acima apontado, aos seus membros que entabulassem Compromisso de Ajustamento de Conduta para casos de improbidade administrativa, o que contribuiu sobremaneira para a difusão do instituto perante a comunidade jurídica em geral¹⁷⁹.

O referencial histórico é relevante para demonstrar como foi construído o acordo de não persecução civil na improbidade administrativa.

A doutrina salienta que, a despeito de não restar dúvida de que o ANPC revela um negócio jurídico material, com objetivo na reparação de danos e sancionamento do agente ímprobo, nele se encontram traços do acordo de composição civil dos danos do art. 74, da Lei 9099 de 1995 (com exclusão do cabimento da ação de improbidade), de termo de ajustamento de conduta do art. 5º, parágrafo 6º, da Lei 7347 de 1985 (com formação do título executivo) e de acordo de não persecução penal do art. 28-A, do CPP ou acordo de leniência do art. 16 da Lei 12.846 de 2013 (com aceitação voluntária de sanções pela prática do ato).¹⁸⁰

No mais, ao se considerar a viabilidade e primazia do consenso na atuação administrativa e sancionadora, e mais, que a utilização da consensualidade, em verdade, revela verdadeira democratização da atuação pública, esse novo *modus operandi* estatal que retrata o verdadeiro significado do atual cenário do Direito ao redor do mundo: menos imposições e mais dialogicidade.¹⁸¹

Com tais ponderações, podemos definir que o acordo de não persecução civil é instrumento de autocomposição na improbidade administrativa na via extrajudicial ou pré-judicial ou judicial, pelo qual o investigado ou demandado em ação de improbidade administrativa, mesmo em fase de cumprimento de sentença¹⁸², assume compromissos de forma voluntária, especialmente para ressarcimento ao erário de prejuízos e para reversão à pessoa jurídica lesada de vantagens indevidas, para fins de solução pacífica da lide que avalia, com justa causa, eventual conduta dolosa de violação por atos de improbidade que importem

¹⁷⁹ Art. 1º, parágrafo 2º, da Resolução 179 do CNMP: “É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou alguma das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta e o ato praticado.”

¹⁸⁰ Nesse sentido: GAJARDONI, Fernando da Fonseca, e outros. *Obra citada*, página 380.

¹⁸¹ Nesse sentido: BARATA, Ana Maria Rodrigues. *Coleção de direito administrativo sancionador*. Ana Maria Rodrigues Barata, Danielly Cristina Araújo Gontijo, Flavio Henrique Unes Pereria (coordenadores). Rio de Janeiro, CEEJ, ano 2021. Texto: Regime Jurídico Sancionador e a Abertura ao Consensualismo Administrativo. Autoras: Vivian Cristina Lima Lopes Valle e Mirela Miró Zilloto, página 604.

¹⁸² Parágrafo 4º, do art. 17-B, da LIA: “O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória.”

em enriquecimento ilícito, danos ao erário e violação aos princípios da administração, na forma tipificada pelos artigos 9º, 10 e 11, da LIA.

O destaque do conceito acima busca, em verdade, salientar que o acordo não é um benefício injustificado ao suposto autor do ato de improbidade administrativa investigado ou mesmo de ato examinado em um procedimento judicial. O instrumento necessita da constatação de justa causa que se consolida não só no juízo de probabilidade da infração de improbidade administrativa, bem como na pertinência da sua solução consensual, segundo critérios que concluam pela adequação da medida ao caso concreto.

O comando acima poderá ser extraído da conjugação do *caput* do referido art. 17-B, com o seu parágrafo 2º, pelo qual se estabelecem critérios de aferição da adequação da medida conciliatória, especialmente a gravidade e proporcionalidade.¹⁸³

4.1.1 Legitimidade na ação de improbidade administrativa e para o ANPC

A legitimidade na ação de improbidade administrativa e, por conseguinte, para a proposição e lavratura do ANPC sofreu intensa modificação na nova redação da LIA, com o advento da Lei 14230 de 2021, especialmente quanto houve a supressão da atribuição, até então vigente, em favor das pessoas lesadas do polo ativo da demanda de improbidade administrativa, instituindo-se uma exclusiva atribuição do Ministério Público para a interposição das demandas de improbidade e, igualmente, para tratativas de autocomposição.

A ideia inicial estava na premissa de que implantados pela nova redação da LIA preceitos mais claros de aplicação de sanções relacionadas à improbidade administrativa, em cenário muito próximo ao direito penal, caberia de forma exclusiva ao Ministério Público a atribuição de investigar e ofertar as demandas de improbidade, incluindo, por certo, a lavratura do ANPC. Convém registrar a redação do art. 17-D, da LIA, para o qual: “A ação por improbidade administrativa é repressiva de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.”

¹⁸³ Parágrafo 2º, do art. 17-B, da LIA: “Em qualquer caso, a celebração do acordo a que se refere o *caput* deste artigo considera 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, da rápida solução do caso.”

Destaca-se, no mesmo sentido, a própria redação do parágrafo 18, do art. 17, da LIA, segundo o qual: “Ao réu está assegurado o direito de ser interrogado sobre os fatos de que trata a ação, e a sua recusa ou o seu silêncio não implicará confissão.”

No mais, clara redação do art. 17, *caput* da LIA, que definia o Ministério Público como único autor da ação de improbidade. Para igual cenário está prevista a disposição do art. 17-B, da LIA, a estabelecer que apenas o Ministério Público teria a autorização legal para a lavratura do ANPC, bem como há que ser avaliada a regra do art. 3º, da Lei 14330 de 2021, pela qual caberia ao Ministério Público intervir nos casos em curso movidos pelos entes públicos lesados, a fim de se manifestar, no prazo de um ano, a contar da publicação da Lei 14230 de 2021, o interesse em prosseguir com demandas de improbidade ajuizadas pela Fazenda Pública, o que ensejaria a paralisação dos procedimentos em questão até a intervenção do Ministério Público.

Tais dispositivos, em verdade, se coadunam com a disposição anterior do art. 7º, *caput*, da LIA, que consagrou o caráter sancionatório da nova LIA, segundo o qual, em resumo, as autoridades que conhecerem de fatos quando houver indícios de improbidade representarão ao Ministério Público.

A Doutrina de Og Fernandes e outros juristas, em obra recente sobre as alterações da LIA e seus impactos na Jurisprudência do STJ, mesmo após as críticas dirigidas a tais alterações, afirma que a modificação na legitimidade seria salutar, na medida em que demandas movidas pelas Fazendas Públicas, especialmente as Municipais, seriam substancialmente lacunosas, o que prejudicaria o exame da pretensão. Por outro lado, quanto à exclusividade em favor do Ministério Público, visando reparação ao erário, fora lançado o entendimento no qual se assentou ter havido, em verdade, confusão entre as pretensões sancionatórias e de ressarcimento. Sustenta-se, com efeito, que as Pessoas Jurídicas de direito público interno jamais perderam a legitimidade para buscar o ressarcimento ao erário, eis que a hipótese seria de legitimidade ordinária do ente público para atuar no processo de improbidade ou para mover demandas autônomas.¹⁸⁴

Não obstante as disposições houve, de fato, um rompimento de paradigma com o sistema anterior à reforma da LIA que sempre autorizou que a Pessoa Jurídica lesada poderia ofertar a demanda de improbidade, conforme a redação primitiva do art. 17, da mesma LIA.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Nesse sentido: FERNANDES, Og, Lei de Improbidade Administrativa – Principais Alterações da Lei n. 14230/2021 e o impacto na Jurisprudência do STJ/ Frederico Augusto Leopoldino Koehler (et al.) São Paulo. Editora Juspodivm, ano 2022, página: 34.

¹⁸⁵ Redação revogada do Art. 17, da LIA: “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.

A doutrina afirma que tal legitimidade seria disjuntiva e concorrente, na medida em que, no que toca à característica de sua condição disjuntiva, a pessoa jurídica interessada ou o Ministério Público poderiam demandar, por iniciativa própria, sem a necessária autorização ou prévia anuência do outro legitimado, ao mesmo tempo que seria concorrente, pois dirigida a ambos os legitimados sem limitações, salvo as previsões de intervenções de um ou do outro, em etapas da tramitação, inclusive sob a permissão de uma espécie de litisconsórcio facultativo, embora saibamos que o Ministério Público atuará, nas causas movidas pela Pessoa Jurídica interessada, de forma obrigatória, como fiscal da ordem jurídica.¹⁸⁶

Tal atribuição conjunta, por outro lado, era elogiada pela Doutrina, na medida em que o Ministério Público teria atribuições investigativas pelo inquérito civil, ao mesmo tempo que as pessoas jurídicas supostamente lesadas seriam detentoras de todas as informações do objeto da investigação, especialmente dos agentes envolvidos e dos atos negociais porventura passíveis de exame na definição da improbidade administrativa. No mesmo sentido seria a pessoa jurídica lesada quem mais teria elementos capazes de auferir o exato montante do prejuízo ao erário, fundamento primordial da tutela da probidade administrativa, sendo, inclusive, legitimada a questionar no Judiciário eventuais tratativas que apontem indenização do erário insuficiente.¹⁸⁷

Diante de tais premissas e por conta da iniciativa de Associações da Advocacia Pública a legitimidade exclusiva trazida na nova LIA em favor apenas do Ministério Público foi questionada no Eg. STF, quanto à sua constitucionalidade, através das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 7042 e 7043, respectivamente movidas pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – ANAPE e pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais – ANAFE, com o objetivo de declarar a invalidez exatamente dos art.s 17, *caput*, parágrafos 14 e 20, 17-B, todos da LIA, com as alterações da Lei 14230 de 2021 e, especificamente, os artigos 3º e 4º, X da referida Lei 14230 de 2021, estes com normas de aplicação dos novos institutos.

O fundamento principal invocado pelas Associações foi a subtração dos entes públicos de sua legitimidade para ajuizar as demandas de improbidade administrativa e, com efeito, de tutelarem a recuperação dos prejuízos ao erário.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Nesse sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Improbidade administrativa: direito material e processual. Daniel Amorim Assumpção Neves, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. 9ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro, Forense, ano 2022, páginas: 178/179

¹⁸⁷ Idem, Obra acima, página 348/350.

¹⁸⁸ Nesse sentido: STF. Acórdão na Medida Cautelar na ADI 7042 no STF, Relator Ministro Alexandre de Moraes, página 3, julgamento em 31 de agosto de 2022. Consulta no endereço eletrônico: <https://portal.stf.jus.br>. Classe ADI. Número do processo 7042. Acesso em 20 de outubro de 2022.

No exame liminar de tais ações diretas foi conferida a legitimidade concorrente do Ministério Público e das Pessoas Jurídicas Interessadas na propositura de ações de improbidade, reconhecendo o Relator, Ministro Alexandre de Moraes, a necessidade de interpretação conforme a Constituição Federal para os impugnados dispositivos da LIA, bem como assentando a suspensão dos efeitos do art. 3º, da LIA.

De início, consignamos total anuência com a decisão cautelar emanada pelo Eg. STF, eis que a legitimidade para ação de improbidade sempre foi concorrente para o Ministério Público e pessoas jurídicas lesadas e disjuntiva, o que sempre se revelou salutar. As regras da concorrência e da autonomia no ajuizamento visavam, portanto, ampliar o exercício do direito de ação, o que autoriza, de fato, maior possibilidade de aplicação da LIA.

Na decisão do Eg. STF foi registrada referência ao julgamento do Recurso Extraordinário n. 208.790, pelo próprio Tribunal Pleno do STF, segundo DJ de 15/02/2000, que examinou o art. 129, parágrafo 1º da Constituição Federal, sob relatoria do Ministro Ilmar Galvão, destacando que o Ministério Público na defesa de um interesse de toda a sociedade, atua diante de uma legitimação extraordinária que, por sua vez, não afastaria a iniciativa do próprio ente público.

Não obstante, na própria ADI 7042, o Relator Ministro Alexandre de Moraes fundamentou a decisão de acolhimento da pretensão das Associações de impugnação à legitimação exclusiva do Ministério Público, pontuando, em resumo, que a supressão da legitimidade ativa das pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa caracterizaria uma espécie de monopólio absoluto do combate à corrupção ao Ministério Público, não autorizado, entretanto, pela Constituição Federal, e sem qualquer sistema de freios e contrapesos como estabelecido na hipótese das ações penais públicas (art. 5º, LIX, da CF).

As Associações fundamentaram a pretensão de impugnação aos dispositivos restritivos da legitimidade, sob o argumento de que a supressão legal da prerrogativa impediria o exercício do dever-poder da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios de zelar pela guarda da Constituição e das leis e de conservar o patrimônio público, bem como que teria havido afronta à autonomia da Advocacia Pública, tendo em vista que os entes públicos ficariam submetidos à atuação do Ministério Público.¹⁸⁹

¹⁸⁹ Nesse sentido o texto: STF mantém legitimidade de entes afetados para propor ações de improbidade, publicada na página jurídica Jota, subscrita pelos pesquisadores Flavia Maia e Luiz Orlando Carneiro, através do endereço eletrônico: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-mantem-legitimidade-da-advocacia-publica-para-propor-aco-es-de-improbidade-31082022>. Acesso em 20 de outubro de 2022.

Com efeito, no exame do mérito, o Acórdão do Plenário do Eg. STF confirmou a decisão do relator Alexandre de Moraes, por 08(oito) votos a 03(três), ratificando a liminar de fevereiro de 2022. Os votos minoritários subscritos pelos Ministros Nunes Marques, Dias Toffoli e Gilmar Mendes assentaram, em síntese, que a legitimidade das Procuradorias deveria ser restrita aos casos de reparação ao erário e não nas hipóteses de pretensões sancionatórias ou meramente punitivas em face dos investigados. A corrente vencedora, todavia, sustentada pelos demais Ministros da Suprema Corte, consagrou de forma ampla a legitimidade ativa concorrente entre o Ministério Público e a advocacia pública para a propositura das ações por atos de improbidade, lavrando-se o dispositivo que, em síntese, quanto ao tema principal assentou: “(...) O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedentes os pedidos na ação direta para: (a) declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do caput, e dos §§ 6º-A e 10-C do art. 17, assim como do caput e dos §§ 5º e 7º do art. 17-B, da Lei 8429/1992, na redação dada pela Lei 14.230/2021, de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil.” (...)

A decisão sofreu comentário de Acácia Regina Soares de Sá, na publicação jurídica da página virtual de notícias afetas ao direito denominada Migalhas¹⁹⁰, momento no qual a autora assenta que é preciso acrescentar que, além da reparação do dano, a pessoa jurídica lesada possui interesse em ver a punição em face do agente ímprobo, inclusive em razão de ser beneficiária de eventual pagamento de multa, quer pela saída de tal agente dos quadros da administração pública, circunstâncias pelas quais se vislumbra pertinente a legitimidade ativa das pessoas jurídicas lesadas para as demandas de improbidade administrativa.

Conclui a pesquisadora acima que o Julgamento do Eg. STF reconhece que o bem maior defendido neste tipo de ação é a probidade, reflexo do princípio da moralidade administrativa, bem como confere aos entes lesados a legitimidade para ingressar com a ação de improbidade administrativa e, dessa forma, proteger a Administração Pública, tendo em vista que seu papel não deve se limitar a reaver o prejuízo causado pelo agente ímprobo, mas também afastá-lo do trato da coisa pública.

¹⁹⁰ Texto Jurídico: A legitimidade nas ações de improbidade administrativa. Autora Acácia Regina Soares de Sá, Juíza do TJDF. Integrante do Grupo de Pesquisa do UNICEUB. Integrante de Grupo de Pesquisa da ENFAM – Escola Nacional da Magistratura, veiculado através do endereço da página virtual Migalhas, a saber: <https://www.migalhas.com.br/depeso/372819/a-legitimidade-nas-aco-es-de-improbidade-administrativa>. Acesso em 29 de outubro de 2022.

Por fim, a legitimação concorrente e disjuntiva, como visto, foi reconhecida também ao ANPC. Tal conclusão, com efeito, afastou uma contradição, pois não seria permitida a autocomposição para eventual reparação do erário perante a advocacia pública, exigindo-se a demanda de improbidade pelo Ministério Público e apenas a este órgão seria atribuída a oportunidade de autocomposição. Sinaliza-se, desta forma, que o sistema para o acordo deve ser muito mais simplificado do que o procedimento para uma demanda judicial.

Com estas ponderações, lavrado o ANPC pelo Ministério Público deverá ser ouvida a pessoa lesada, assim como entabulada uma avença entre o investigado e a advocacia do ente lesado deverá ser cientificado o Ministério Público, o que poderá ser mais objetivo com a observância da atual legislação que exige a homologação judicial da avença, mesmo quando entabulada na esfera extrajudicial.

Convém registrar que a legitimidade concorrente implica uma consequência inafastável que é a observância da natureza de direito material da propositura da demanda ou da autocomposição via ANPC, revelando-se, como leciona a Doutrina, em verdadeira renúncia à pretensão punitiva e negociação de sanções. Com efeito o acordo realizado por um legitimado ativo impede a mesma iniciativa pelo outro colegitimado, nas mesmas características do ajuizamento da demanda, o que será extremamente relevante registrar em eventual omissão de um dos legitimados a impugnar ou mesmo questionar a avença entabulada lavrada pelo outro interessado, quando instado a fazê-lo pelos acordantes. Nesse sentido as lições de Fábio Medina Osório, com destaque para que, ao final, não haja prejuízos aos investigados ou réus.¹⁹¹

No mais, a par da necessidade de não prejuízo ao investigado ou mesmo ao demandado diante da omissão de um dos legitimados, especialmente do ente lesado, no plano ideal a presença de ambos os legitimados trará maior segurança jurídica para o ANPC, eliminando-se debates e tornando as medidas definitivas.

¹⁹¹ “E tanto o acordo de não persecução penal, quando o acordo de não persecução cível, tem natureza de direito material, implicando renúncia à pretensão punitiva e negociação de sanções, sendo esta sua finalidade primária. Nessa medida, essas espécies de acordos traduzem óbices a que outros colegitimados adotem iniciativas subsidiárias frente à suposta inércia do titular estatal do acordo, eis que a sanção terá sido objeto de renúncia e negociação. Neste sentido, a título de exemplo, se celebrado um acordo entre o investigado e algum dos colegitimados a propor Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, este por certo afetará a propositura de ação pelos demais colegitimados. Ora, se houve um negócio jurídico que resultou na mitigação da sanção ou até mesmo no completo perdão, a ação, ao menos para esse fim, não poderá ser proposta pelos demais legitimados. Por certo, doutrina e jurisprudência deverão desenvolver soluções para a casuística como a presente, como um instrumento de adesão. Na lacuna dessa espécie de ferramenta, não há que se prejudicar investigados ou réus.” OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza Jurídica do Instituto da Não Persecução Cível Previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus Reflexos na Lei de Improbidade Empresarial, p. 23/24. Disponível em https://migalhas.uol.com.br/arquivo2020/3/8A049E343B44ED_Artigopacoteanticrimeeimprobid.pdf. Acesso em 16/11/2022.”

Observa-se, ainda no campo da legitimidade, que a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro editou a Resolução PGE n. 4703 de 17 de maio de 2021, pela qual estabeleceu critérios de atuação de seus Procuradores nas tratativas e na lavratura do ANPC. A norma de regulamentação foi editada antes do julgamento do Eg. STF acima indicado. Na Resolução da PGE o acordo poderia ser estabelecido em favor de pessoas físicas e jurídicas para atos de responsabilidade de natureza civil e administrativa, ao mesmo tempo em que eventual interesse no acordo deveria ser encaminhado ao Procurador Geral que o submeteria ao Núcleo de Defesa da Probidade da Coordenadoria, Consultoria e Advocacia Preventiva do Sistema Jurídico, a fim de seu exame preliminar. Tal postulação deveria, nos termos da Resolução, deveria ser assistida por Advogado, com indicação sumária da situação motivadora, do montante estimado para fins de reparação, assim como de eventuais provas que seriam oferecidas pelo proponente para os casos de colaboração.¹⁹²

A Resolução acima, no mais, estabelece interessante critério para a justificativa do acordo, concernente na dificuldade de apurar o exato valor do dano, em como prevê que a composição não afastaria e não implicaria no reconhecimento, para outras finalidades, de responsabilidade civil e criminal do pactuante.¹⁹³

Convém salientar que, em muitos casos, como acima dito, o Ministério Público possui elementos oriundos das suas requisições e das próprias peças de informação ou representações que foram encaminhadas ao órgão pelas diversas vias de atendimento, ao passo que o ente público ostenta um expressivo rol de informações e documentos referentes aos atos que poderão estar sendo debatidos nos procedimentos da LIA, bem como de servidores e contratantes de contratos públicos, o que permite concluir que a atuação cooperativa de tais legitimados ensejará expressivos benefícios para os institutos e, inclusive, facilitará a lavratura dos atos de autocomposição pelo ANPC e a mais breve possível reparação de danos ao erário.

4.1.2 Primazia do consenso na Improbidade Administrativa

O sistema jurídico nacional passou por uma flagrante evolução nos seus instrumentos normativos, transformando-se o que seria uma justiça adversarial e retributiva, para uma justiça consensual, panorama acima analisado, tanto no aspecto da modernização do conceito

¹⁹² Vide Artigo 2º e seguintes da Resolução PGE n. 4703 de 17 de maio de 2021, publicada do DOE RJ em 26 de maio de 2021.

¹⁹³ Idem, art. 13 da Resolução supra.

de jurisdição, das alterações legislativas e de uma atualizada visão de um processo punitivo mais democrático.

Inúmeros são os exemplos nos quais se concluiu que a mais adequada solução do impasse jurídico estaria na consensualidade.

Os atos de consenso não estão positivados apenas pela frustração ou ineficiência do direito penal ou do direito administrador sancionador, mas, na verdade, na premissa de que a democracia legitima o procedimento e o devido processo legal exige maior participação dos sujeitos processuais na construção da decisão final, razão pela qual é imperativa a tentativa de autocomposição, devendo ser afastada qualquer interpretação que restrinja tal instituto.

Não obstante, no que toca ao sujeito passivo ou investigado por atos de improbidade, assim como o dogma da independência das instâncias, surge neste ponto ora examinado outra cultura pela qual se assenta que não há direito subjetivo do investigado aos atos de consensualidade, pois seria atribuição do legitimado, especialmente do Ministério Público a conveniência e oportunidade para avaliar a oferta ou a recusa de oferta das propostas de autocomposição, mesmo quando provocado a fazê-lo por ato do próprio interessado, bem como do Poder Judiciário.

Trata-se de mais um entendimento a ser superado no Direito Brasileiro, pois nenhum agente público, quer integrante do Ministério Público, quer representante do ente lesado, poderá conduzir atos de ofício, inerentes às suas funções, sem observância dos princípios que regem a própria atuação do agente público, isto é, igualdade, impessoalidade, publicidade e a eficiência, assim como os postulados do direito processual da boa-fé e da cooperação, conforme artigos 5º e 6º, ambos do atual CPC¹⁹⁴.

Com efeito, sob pena de flagrante deslealdade processual não poderá agir o legitimado de forma diversa em casos semelhantes, o que violaria a impessoalidade e o postulado da isonomia.

No mesmo contexto não poderá o legitimado, mesmo integrante do Ministério Público, deixar de ofertar propostas por motivação oculta e não expressada no procedimento que avalia a ocorrência da infração, em tese, de improbidade administrativa. Tal atuar seria ofensivo aos preceitos da publicidade, inclusive para permitir ao investigado a plena ciência do óbice e, igualmente, para que os órgãos do Ministério Público tenham conduta coesa, sistêmica, respeitando os próprios precedentes, razão pela qual deverá ser motivada eventual

¹⁹⁴ Art. 5º, do CPC: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”; Art. 6º, do CPC: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

atuação contrária, momento no qual se sustentará o princípio da independência funcional com as ressalvas que o agente reputar aplicadas ao caso concreto.

No mais, ofensivo à eficiência do sistema jurídico nacional um atuar que não observe sua evolução histórica, pela qual os atos de consensualidade integram todas as demais esferas sancionatórias que envolvem o interesse público, ao mesmo passo em que se permite a concentração de esforços e recursos públicos, incluindo os atos do agente e de toda a estrutura do órgão de sua vinculação, nos casos que exijam, justificadamente, o aprofundamento da investigação e a própria deflagração de procedimentos judiciais.

É preciso se afastar da cultura jurídica de que apenas a demanda judicial é o caminho a ser observado pelo agente titular da legitimidade para o exercício do direito de ação nos casos da improbidade administrativa, exigindo-se que tal agente, por dever de ofício, avalie a adequação do método empregado, eis que a solução consensual deve ser efetivamente examinada como a mais pertinente para a solução do tema, hipótese na qual, apenas na conclusão negativa de tal avaliação, seriam tomadas outras medidas, inclusive a demanda judicial.¹⁹⁵

Com efeito, sustenta-se nesse trabalho a primazia do consenso, via Acordo de Não Persecução Civil, na solução dos casos concretos de improbidade administrativa, em detrimento de medidas adversariais.

Por tais razões, é dever funcional do integrante do Ministério Público ou do representante do ente público lesado, nas respectivas avaliações acerca do acordo de não persecução civil, o exame criterioso e motivado da recusa na oferta da proposta, não sendo óbice à composição eventuais circunstâncias genéricas, como a gravidade abstrata do fato, a personalidade do agente ou mesmo a repercussão social do ato na Comarca ou Sede da atuação, na forma do acima citado parágrafo 2º, do art. 17-B, da LIA, eis que tais avaliações subjetivas estão lançadas concretamente no dispositivo legal sem qualquer referência de que tais elementos seriam sempre impeditivos do acordo, mas que, na verdade, deverão influenciar nas suas disposições e no seu conteúdo, o que apenas é possível aferir de forma justificada. Com efeito, coube ao legislador a indicação das citadas circunstâncias como passíveis de influenciar no acordo, mas não de afastá-lo ou excluí-lo, sem razões objetivas e

¹⁹⁵ “O Brasil precisa continuar trilhando o caminho adotado por muitos países em encontrar meios adequados para resolução de conflitos que sejam rápidos e efetivos, todavia, percebe-se um ambiente que prevalece o conservadorismo e o apego arraigado às formas tradicionais de resolução da lide, isto é, focadas em demandas judiciais.” PEREIRA, Leydomar Nunes. Solução Consensual na Improbidade Administrativa. Belo Horizonte. Editora Dialética, ano 2020, página 90.

motivadas. Recordar-se que qualquer analogia na hipótese de direito sancionador não poderá ser lançada em prejuízo do sujeito.

Convém destacar, por fim, que a assertiva de que não há direito subjetivo do investigado ou demandado na autocomposição parte da falsa premissa de que o acordo é ato voluntário e livre dos pactuantes, como se estivéssemos diante de direitos disponíveis e de âmbito privado. Ao revés, mesmo no campo privado do exercício de direitos subjetivos, permite-se resistência e se depreende que tal exercício autoriza, portanto, a oferta de contraditório, de motivação para não aceitação de seu exercício.

A conclusão do método de consenso como forma mais adequada de solução da lide da improbidade administrativa se confirma quando se avalia os contornos do próprio Princípio da Obrigatoriedade, embora muitas vezes aclamado como responsável pela atuação imperativa do Ministério Público, apontando-se, ao contrário, seu viés evolutivo, por meio do qual a obrigatoriedade estaria na tutela e não na demanda judicial.¹⁹⁶

As Resoluções e Atos Normativos até então emanados pelos Ministérios Públicos Estaduais, com o objetivo de regulamentarem o ANPC perante os seus diversos órgãos de atuação, têm destacado a previsão de que a recusa ao acordo deverá ser justificada pelo membro do Ministério Público, caso a autocomposição não seja regularmente ofertada ao investigado ou demandado.¹⁹⁷

Com efeito, cria-se um dever de fundamentação do integrante do MP de declinar de forma concreta as razões para eventualmente não ofertar o ANPC, o que, por certo, atenderá ao postulado da obrigatoriedade destinada ao legitimado condutor do ANPC quando tal providência ensejar a tutela concreta e mais objetiva possível do direito lesado, em efetivo prestígio ao interesse público.

4.1.3 Natureza jurídica. Acordo de Pura Reprimenda e Acordo de Colaboração

O acordo de não persecução civil é negócio jurídico, para o qual os atos de consenso admitem não apenas adesão, mas tratativas e autocomposição nas suas diversas circunstâncias. O acordo, igualmente, será uma convenção processual, a fim de excluir o

¹⁹⁶ Nesse sentido. BASTOS, Fabrício Rocha. Acordo de Não Persecução Cível, 1ª edição. São Paulo. Liber Editora, ano 2021, páginas 45/46.

¹⁹⁷ Nesse sentido os seguintes atos: 1)- Art. 1º, parágrafo 3º, da Resolução GPCJ n. 2469 de 2022 do MPRJ: “A recusa na celebração do acordo de não persecução cível será fundamentada e deverá constar dos autos do procedimento investigatório ou do processo judicial;” 2)- Art. 132, parágrafo 5º, do Ato Conjunto n. 01 de 2019, com redação dada pelo Ato Conjunto 01 de 2022 do MPPR: “A recusa da celebração do acordo de não persecução civil será fundamentada e deverá constar nos autos do procedimento investigatório ou processo judicial.”

exercício da pretensão punitiva do legitimado e estabelecer ajustes e consequências processuais.

A exigência de reparação ao erário, por certo, não é obstáculo a tal conclusão, pois plenamente factível a permissão para o parcelamento de eventual débito, o mesmo deve ser dito para fins de perda de suposto patrimônio acrescido com atos de improbidade que, uma vez comprovados, poderão ser objeto de convenção acerca de prazos ou mesmo de forma, hipótese na qual eventual bem acrescido seria substituído por bem diverso adquirido anteriormente ao exercício da função pública, compensando-se os valores de forma regularmente equitativa.

Nesse ponto o art. 17-B exige apenas que o acordo tenha como resultado o integral, na forma dos seus incisos I e II, o ressarcimento do dano e a reversão à pessoa jurídica da vantagem indevida obtida, não havendo qualquer dimensão restritiva para a forma pela qual haveria a reparação ou reversão ao erário de patrimônio ilícito auferido, bem como não constando restrições para a autocomposição dirigida a outras sanções.

Com efeito, embora a praxe forense revele a regra de que o acordo é proposto para após ser avaliado pelo investigado, com suas cláusulas previamente engendradas pelo legitimado, especialmente o Ministério Público, nada impede que haja a formatação de tratativas e a composição, quer por ato próprio da defesa ou mesmo por intermédio de uma sessão especial de conciliação, judicial ou extrajudicial nas dependências do próprio órgão que conduz o procedimento de investigação ou no foro judicial competente.¹⁹⁸

O acordo, no mais, segundo especializada doutrina, poderá contemplar cláusulas de direito material e processual. Na hipótese de versar sobre sanções, condições de modo, tempo e lugar destas, terá o aspecto material, mas se versar sobre os tipos de pretensões deduzíveis terá o aspecto processual.¹⁹⁹

Por fim, tem-se discutido se o ANPC poderia se apresentar de duas formas, acordo de pura reprimenda ou acordo de colaboração. No acordo de pura reprimenda seriam definidas as sanções e a imediata execução, sem se exigir do investigado que este colabore com investigações ou com a obtenção de provas. Sustentamos, neste caso, no ponto específico abaixo, a própria desnecessidade da confissão na hipótese, inclusive por sua ausência como requisito legal à autocomposição, conforme será examinado, em oportuno. Tudo irá depender da complexidade do caso concreto posto a exame. Por esta mesma razão, se indica como

¹⁹⁸ “Isso significa que o acordo está inserido na categoria de negócios jurídicos bilaterais, onde decorrem manifestação de vontade de ambas as partes podendo ou não implicar em concessões mútuas.” PEREIRA, Rafael. Manual do Acordo de Não Persecução Cível. Belo Horizonte, Editora CEI, ano 2020, página 41.

¹⁹⁹ Nesse sentido: BASTOS, Fabrício Rocha. Obra citada, página 97/98.

possível a elaboração de um ANPC de colaboração, pelo qual o investigado não só firma a autocomposição para a solução da lide de improbidade administrativa a que responde e para as suas sanções, como, sucessivamente, fornece dados às autoridades para a obtenção de provas e para a identificação de outros agentes que porventura tenham praticado atos de improbidade. Tal tipologia é plenamente possível na improbidade, na medida em que há agentes que participam de condutas inseridas em uma cadeia muito maior de atos ou contratos administrativos, de modo que a improbidade poderá ter sido praticada por inúmeras pessoas, em diferentes escalas. Para este tipo de fato seria adequada a elaboração de um acordo de colaboração e o consectário lógico é a confissão ou, como critério objetivo, a assunção da prática do ato pelo agente.

A Doutrina tem defendido tal distinção de conteúdos para o ANPC, salientando que haveria uma autocomposição com caráter premial e outra com ajuste de conduta e reprimenda.²⁰⁰

Como visto, tem-se examinado o acordo de colaboração nas demandas de improbidade, inclusive com paradigma nos reflexos do Acordo de Leniência na área empresarial e da Colaboração Premiada no campo penal para atos que possuam consequências na improbidade administrativa, mediante a diversidade de responsabilização.²⁰¹

No mais, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da validade da transação em improbidade administrativa, oriunda de colaboração premiada, no ARE 1.175.650/PR, Relator Ministro Alexandre de Moraes, j. 25 de abril de 2019, Tema 1043, estando o procedimento em tramitação.²⁰²

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, na sua Resolução de regulamentação do ANPC, prevê de forma objetiva a autorização para o acordo de pura reprimenda ou de colaboração, salientando características de ambos os ajustes, conforme disposições trazidas nos artigos 3º, 4º e 5º da Resolução n. 2469/2022 do MPRJ.²⁰³

²⁰⁰ (...) Assim, parece mais acertado afirmar que o acordo de não persecução cível pode ser subdividido em duas espécies: a)- acordo de direito premial (quando suas disposições tiverem conteúdo de colaboração premiada ou de acordo de leniência, obrigando-se o agente, além de cessar a prática ilícita, a delatar os demais responsáveis pelo ato ímprobo e colaborar com o fornecimento de informações úteis e provas em favor dos legitimados ativos da ação de improbidade); b)- acordo de mero ajuste de conduta e reprimenda (quando implicar apenas a cessação e correção do ato ilícito e a aplicação da sanção própria) – o qual pode inclusive ser considerado equivalente ao acordo de não persecução penal, na esfera criminal. ARAÚJO, Juliana Padrão Serra de. Obra citada, página 159/161.

²⁰¹ Nesse sentido. DIDIER JR. Fredie; BONFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. Belo Horizonte. A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan/mar 2017. DOI 10.21056/aec.v17i67.475.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.175.650/PR. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhes.asp?incidente=5587841>. Acesso em 20 de junho de 2022.

²⁰³ Art. 3º da Res. 2469/2022 do MPRJ: “O acordo de não persecução cível pode ser de pura reprimenda ou de colaboração, neste último caso diante da complexidade dos fatos ou da participação de outros envolvidos;” Art.

Em igual sentido o MPES publicou sua regulamentação do ANPC, via Resolução, com igual previsão de lavratura de acordos de pura reprimenda e de acordos de colaboração, o que tem demonstrado que tal distinção vem sendo observada pelos Ministérios Públicos dos Estados e tende a se consolidar com ampla aplicação para todos os entes da Federação.²⁰⁴

4.1.4 Acordos com incidência Sancionatória

O ANPC, ao contrário de uma visão superficial, não afastará a pertinência de eventual medida sancionatória, inclusive de forma inteiramente antecipada. Deste modo, o contexto da autocomposição permite a plena adequação da resposta do Estado às condutas da improbidade administrativa, autorizando-se, como acima visto, uma imediata incidência de medidas sancionatórias.

A antecipação das medidas sancionatórias está autorizada diante do consectário natural da evolução do conceito de jurisdição, como da revisitação aos preceitos da obrigatoriedade ou da supremacia do interesse público, o que atende sobretudo a pronta solução da lide e confirma, como acima examinado, o pleno atendimento ao interesse público.

Com tais premissas, a autocomposição na improbidade poderá não só mitigar o conjunto de sanções aplicadas em face dos sujeitos passivos de responsabilidade, mas incluem a autorizada submissão de tais agentes às sanções acordadas entre as partes, além de outras obrigações ou condições estabelecidas no ANPC.²⁰⁵

Convém lembrar que o sistema constitucional de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, à luz do parágrafo 4º, do art. 37, da CRFB, é claro na previsão de sanções ao infrator, o que demanda expressa autorização legal para que tais sanções, em tese, passíveis de aplicação, possam ser objeto de consenso.

4º: “O acordo de pura reprimenda abrevia o procedimento de responsabilização, mediante aplicação imediata das medidas sancionatórias convencionadas”; Art. 5º: “O acordo de colaboração visa à obtenção de informações e meios de prova que comprovem o ilícito, sendo que a premiação ajustada fica condicionada à colaboração efetiva e voluntária, com a investigação e com o processo, e desde que advenha um ou mais dos seguintes resultados: I – identificação dos demais coautores, partícipes e beneficiários do ato ilícito; II – localização de bens, direitos, e valores para fins de ressarcimento do dano ao erário ou reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida.”

²⁰⁴ Art. 2º, parágrafos 1º e 2º, da Resolução COPJ n. 009 de 2021 do MPES: “§ 1º - O acordo de pura reprimenda abrevia o procedimento de responsabilização, mediante aplicação imediata de medidas sancionatórias convencionadas, de modo a promover o resultado útil e efetivo ao caso, consentâneo com o interesse público; § 2º - O acordo de colaboração visa à obtenção de informações e de meios de prova que comprovem o ilícito e será homologado judicialmente, sendo que a premiação ajustada fica condicionada a uma colaboração efetiva e voluntária, com a investigação e com o processo, e desde que advenha um ou mais dos seguintes resultados: I – identificação das(os) demais coautoras(es), partícipes e beneficiárias(os) do ato ilícito; II – localização de bens, direitos e valores para fins de ressarcimento do dano ao erário ou reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida.”

²⁰⁵ Nesse sentido: LANE, Renata. Obra citada, página 168.

Por conseguinte, diante do atual contexto legal, especialmente a constante evolução das normas sancionatórias, há plena permissão para que a fixação de uma das sanções previstas em abstrato para a improbidade administrativa, pela via do acordo, possa ter seus parâmetros tratados de forma autocompositiva, quer para a previsão de uma melhor forma de cumprimento, de fixação de prazos consensuais, da pronta reparação dos danos, da tutela efetiva da revisão da conduta ilícita, com sua cessação e imediata prevenção.

O tema envolve a dosimetria das sanções de improbidade administrativa, eis que a Jurisprudência no Brasil é consolidada no sentido de que as penalidades do art. 12, da LIA, em razão de sua multiplicidade, o que diverge das sanções penais. Deste modo, para a dosimetria das penalidades da improbidade não há impedimento legal para sua cumulação, mas, todavia, não há imposição de que as sanções sejam lançadas em conjunto ou que ocorra a sobreposição de penalidades para o mesmo fato. Com efeito, é necessário assentar que as penalidades na improbidade devem ser estabelecidas por uma dosimetria concretamente dirigida aos limites da conduta, observando-se parâmetros de proporcionalidade.²⁰⁶

Com efeito, imprescindível que a Doutrina avalie os contornos e que a Jurisprudência contribua para que a autocomposição observe sanções adequadas a serem cumpridas pelo interessado nas diferentes modalidades de atos de improbidade, assim como para o conjunto de fatos que permitem a incidência da LIA, proporcionalmente à tutela da vedação ao enriquecimento ilícito, aos danos ao erário e, por fim, à violação aos princípios da administração pública, nos termos dos artigos, 9, 10 e 11, da LIA, que, como estudado, tipificam os atos de improbidade.

O próprio artigo 12, da LIA, ao estabelecer as sanções que deverão ser aplicadas para as referidas hipóteses, embora situe as sanções em bloco, prevê os critérios que deverão ser adotados para sua aplicação, indicando que a dosimetria das sanções deverá ter suas balizas relacionadas à gravidade do fato, a extensão do dano causado e ao proveito patrimonial obtido.

²⁰⁶ STJ. Acórdão nos Edcl no ARES n. 360.707/ PR. 2ª Turma. Relator Ministro Humberto Martins. DJe 16/11/2012. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PENALIDADES. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 12 DA LEI N. 8.429/92, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 12.120/2009. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental em obediência aos princípios da economia processual e da fungibilidade. 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, cada inciso do art. 12 da Lei 8.429/1992 traz uma pluralidade de sanções, que podem ser aplicadas cumulativamente, cabendo ao magistrado a sua dosimetria, como bem assegura o seu parágrafo único. 3. Hipótese em que as penalidades foram aplicadas de forma razoável e proporcional ao ato praticado não merecendo reforma o acórdão recorrido. Ademais, modificar o posicionamento adotado pela instância ordinária envolve o reexame de provas, o que é inviável em recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, mas improvido. Disponível em: www.stj.jus.br. Consulta por número. Acesso em 05 de novembro de 2022.

Nas palavras de Renata Lane²⁰⁷ estes critérios legais deverão ser somados a parâmetros implícitos e inerentes ao Direito Administrativo Sancionador, sobretudo os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, eficiência e culpabilidade. A citada autora destaca, no mais, que as sanções podem ser ajustadas pelos órgãos competentes para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa com os interessados, por meio de acordos extrajudiciais, sem que haja uma necessária judicialização desta pretensão, de modo que resta perfeitamente possível que as sanções sejam estipuladas no acordo firmado pelas partes no âmbito administrativo, recomendando-se, não obstante, a homologação judicial.

A ponderação acima da doutrina é relevante, pois não só se afasta a conclusão da imperiosa necessidade de ajuizamento de ações, ante a autorização incontestada para a autocomposição extrajudicial, como se estabelece a pertinência de que tais ajustes contem com a aplicação consensual das sanções de modo a buscar o principal objetivo do sistema que é a imediata reparação de eventual dano, assim como a cessação ou correção de condutas lesivas, culminando com um substancial caráter preventivo para novos fatos.

O mesmo cenário é referenciado pela Doutrina, registrando-se que a autocomposição não significa fragilidade da tutela da probidade administrativa. Nesse sentido é afirmado que a solução consensual no direito penal e na improbidade administrativa não significa impunidade nem viola o princípio da vedação de proteção insuficiente, na medida em que densifica a resposta estatal a autores de ilícitos de forma efetiva e célere, a partir da identificação da tutela adequada, seja com a pactuação de obrigações equivalentes às penas (direito penal), seja com a pactuação direta das próprias sanções (improbidade administrativa).²⁰⁸

A previsão dos acordos com a incidência de sanções tem sido a principal orientação das Resoluções dos Ministérios Públicos dos Estados que, até então, lavraram normas de organização das suas instituições para a aplicação da nova Lei de Improbidade e, especialmente, no que concerne ao ANPC.

Nesse sentido o parágrafo 1º, do art. 1º, da Resolução 1193 do Colégio de Procuradores de Justiça do MPSP, segundo o qual: “O acordo será firmado sem prejuízo do ressarcimento ao erário, do perdimento de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e da aplicação de pelo menos uma das sanções previstas em lei, considerados a conduta ou o ato praticado e o dano causado.”

²⁰⁷ LANE, Renata. Obra citada, página 175.

²⁰⁸ Nesse sentido. BARROS, Francisco Dirceu. Acordos de Não Persecução Penal e Cível/ Rodrigo Leite Ferreira Cabral, Renee do Ó Souza, Rogério Sanches Cunha, Francisco Dirceu Barros. Salvador. Editora JusPodivm, ano 2021, página 389.

Em similar sentido está a previsão do art. 4º da Resolução 009 do Colégio de Procuradores de Justiça do MPES, destacando que: “ Para celebração do ANPC, devem ser observadas obrigatoriamente, além das disposições gerais desta Resolução, as seguintes condições, dispostas de forma expressa no instrumento que o formalizar: “(...) IV – a previsão, além do disposto no inciso anterior, de pelo menos uma das sanções dispostas no artigo 12 da Lei Federal 8429 de 1992, observados os limites máximos e mínimos legais.”

O mesmo contexto é trazido pelo art. 2º, da Resolução 2469 de 2022, lavrada pelo MPRJ, segundo o qual: “ O acordo de não persecução cível, além do ressarcimento ao erário e da perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, contemplará, conforme o caso, a aplicação de uma ou mais sanções cominadas em lei, observado o disposto no art. 10, VI, desta Resolução, bem como as condições necessárias para assegurar sua efetividade.”

No MPMG há disposição semelhante, com destaque para a vinculação do ANPC para toda a instituição, o que está previsto no art. 3º, VI da Resolução Conjunta PGJ e CGMP n. 07 de 12 de agosto de 2022, constando o seguinte: “Art. 3º. O acordo formalizado nos autos, por escrito, vinculará toda a instituição, e deverá conter os seguintes itens: (...) VII – previsão de obrigações e condições do acordo, entre as quais aplicação de uma ou mais medidas sancionatórias previstas na Lei 8429/92, observado o disposto nesta resolução, em especial no art. 4º.”

Observa-se, pois, que há total adequação na lavratura de ANPC com a antecipação de medidas sancionatórias, o que atende aos objetivos da LIA, mormente a pronta reparação dos prejuízos causados ao erário, permitindo-se, igualmente, que haja a mais ampla composição possível entre as partes, com o que haverá benefícios para a sociedade e, especialmente, para os investigados que, com contornos de segurança jurídica, poderão, prontamente, lavrarem o ANPC e, posteriormente, com seu cumprimento, prosseguirem com os seus atos, sem que se aguarde por anos uma definição acerca de suas responsabilidades.

4.1.5 Limites temporais para celebração e autocomposição na fase executiva

Observando que o consenso é a ferramenta processual mais efetiva e adequada para solução do caso concreto não há que ser estabelecida qualquer regra restritiva ou impeditiva da formatação do acordo de não persecução civil, inclusive sob pena de flagrante violação à isonomia não pela identidade dos fatos e condutas, mas pela fase cronológica da demanda em curso ou mesmo em investigação.

Tal regra foi positivada na LIA pela inclusão do parágrafo 4º, do art. 17-B, assentando-se a possibilidade do acordo, inclusive na fase de cumprimento de sentença. A medida é salutar, pois o próprio caminhar do procedimento poderá conceder subsídios para ambas as partes viabilizarem a composição. Em muitos casos o saldo do possível dano surge apenas com a produção da prova, assim como a elucidação da natureza da conduta, a fim de defini-la como dolosa e qual seria sua extensão são circunstâncias não presentes no início da investigação e que são amadurecidas no curso da demanda judicial. A sentença, igualmente, é fundamental para que estejam definidos os limites das obrigações reconhecidas na ação, a ponto de fundamentar a composição.

Imprescindível, com efeito, que não haja qualquer óbice à implementação do acordo de não persecução civil em todas as fases do inquérito civil e do procedimento judicial, inclusive na fase recursal e de execução, confirmando-se uma regra benéfica que deverá, com efeito, prevalecer para fins de retroagir seus efeitos e beneficiar todas as demandas em curso ou em fase de cumprimento de sentença, nos termos acima avaliados.

O tema apresenta sintonia com o sistema processual, eis que corresponde ao disposto no art. 3, parágrafo 2º, do CPC²⁰⁹, que instituiu norma fundamental de política de consenso, inclusive se valendo da expressa incontestes “sempre que possível”.

No mesmo sentido está o preceito do art. 139, V, do CPC²¹⁰, pelo qual se consagra como dever do juiz de promover, igualmente com expressão ampliativa “a qualquer tempo”, a autocomposição das partes.

Com tais premissas, salutar a previsão da LIA em permitir a autocomposição em todas as fases, devendo ser destacado, no entanto, que o trânsito em julgado da sentença condenatória poderá nortear a necessidade de sua exatoriedade na fase de cumprimento de sentença, pois, para tanto, se sustentaria a observância do princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade da execução na tutela coletiva. Como vimos acima, a obrigatoriedade deve ser lida como a atuação adequada à efetiva tutela e não meramente a conduta adversarial.

Não obstante, mesmo que se mantenha a conceituação de que a ação de improbidade administrativa permaneça inserida no microsistema da tutela coletiva, eis que há na sua demanda a tutela de interesse difuso consistente na proteção da probidade administrativa, não haveria obstáculo à autocomposição. Por esta razão o postulado da obrigatoriedade da

²⁰⁹ Art. 3, parágrafo 2º, do CPC: “O Estado promoverá, sempre que possível a solução consensual dos conflitos.”

²¹⁰ Art. 139, V, do CPC: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições desta Código, incumbindo-lhe: IV-promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.”

execução coletiva, princípio consagrado nos artigos 15 da LACP²¹¹ e no art. 16, da Lei da Ação Popular²¹², deverá ser respeitado, segundo o conceito da adequação para proteção mais direta possível aos bens jurídicos tutelados.

Os diversos atos normativos de regulamentação do ANPC, por ora publicados pelos órgãos gestores dos Ministérios Públicos Estaduais têm destacado a possibilidade de lavratura de acordo, na seara recursal, bem como na própria fase de cumprimento de sentença, isto é, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, hipótese na qual a avença poderá, inclusive, ensejar a unificação de sanções, além de ajustes para mais efetivo cumprimento das obrigações previstas na decisão condenatória.²¹³ Neste ponto, não só a unificação de condenações emanadas por demandas ou juízos diversos, como outras medidas como o desconto em folha de pagamento de saldos devidos poderão ter plena eficácia na solução do cumprimento de sentença e na extinção das obrigações.

Desta forma, a autocomposição na fase de cumprimento de sentença é plenamente possível e não vedada de forma expressa pelas normas legais, bem como deverá atentar para os limites definidos na Sentença ou Acórdão que examinaram a lide no seu mérito final, mas não se vislumbra óbice de que se implemente uma forma de cumprimento de obrigações de fazer ou mesmo um parcelamento de obrigações de pagar, hipóteses nas quais os parâmetros não de estar justificados e para fins de mais concreto e efetivo cumprimento do julgado nos seus exatos limites.

4.1.6 Acordo Extrajudicial e Judicial

²¹¹ Art. 15, da Lei 7347 de 1985: “Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.”

²¹² Art. 16, da Lei 7347 de 1985: “Caso decorridos 60 (sessenta) dias da publicação da sentença condenatória de segunda instância, sem que o autor ou terceiro promova a respectiva execução, o representante do Ministério Público a promoverá nos 30 (trinta) dias seguintes, sob pena de falta grave.”

²¹³ Nesse sentido os seguintes atos: 1) - Art. 6º, da Resolução Conjunta PGJ CGMP n. 7 de 2022 do MPMG: “O Acordo de Não Persecução Cível – ANPC poderá ser celebrado em qualquer fase da investigação, nos autos de inquérito civil ou procedimento preparatório, no curso da ação judicial ou do momento da execução/cumprimento de sentença condenatória;” 2)- Art. 14, da Resolução Conjunta PGJ CGMP n. 7 de 2022, do MPMG e art. 15, do Provimento 16 de 2021 – PGJ do MPRS, ambos com a mesma redação, a saber: “Após o trânsito em julgado, na fase de cumprimento de sentença e de execução, poderá ser celebrado ajuste estruturante em relação aos títulos executivos judiciais, incluindo a possibilidade de unificação de sanções nas hipóteses de existência de mais de uma condenação em relação a pessoas físicas e jurídicas, mesmo que oriundas de diferentes Juízos e Comarcas;” 3)- Art. 136, do Ato Conjunto 1 de 2019 do PGM/CGMP, com redação dada pelo Ato Conjunto 01 de 2022: “O acordo de não persecução civil poderá ser celebrado posteriormente à sentença ou acórdão, desde que presentes os requisitos estabelecidos nesta Resolução.”

Os limites temporais acima referenciados evidenciam a permissão para que o acordo de não persecução civil se dê ainda na fase extrajudicial, eis que, neste caso, haverá flagrante economia e pronta solução da discussão jurídica, dispensando-se o ajuizamento da demanda.

Nestes termos, o fato do acordo de não persecução civil ser autorizado para concretização a qualquer tempo, como acima exposto, não retira o dever das partes de viabilizarem, o mais breve possível, sua concretização, evitando-se a consumação de desnecessários atos processuais que venham a causar prejuízos ao erário, quer na realização de despesas para a atividade de seus agentes, quer no retardo no cumprimento das obrigações.

Convém salientar uma crítica às novas disposições da LIA trazidas pela reforma da Lei 14230 de 2021, pois houve a inclusão de uma fase administrativa de aprovação pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, caso a composição seja anterior ao ajuizamento, dicção precisa do parágrafo 1º, inciso II, do art. 17-B.²¹⁴

A fase de aprovação acima referida teria seu lugar na hipótese do acordo da fase extrajudicial dispensar a homologação judicial. Todavia, a LIA na sua redação atual, não só prevê a necessidade de aprovação pelo órgão do Ministério Público, isto é, os Conselhos Superiores ou Câmaras de Revisão, como também exige a Homologação Judicial, conforme preceito do inciso III, do mesmo dispositivo.

Com efeito, na fase extrajudicial haverá uma dupla valoração do acordo, inicialmente pelo órgão superior do Ministério Público e, após, via o ajuizamento, para fins de Homologação Judicial.

Destaca-se que o ajuizamento da ação, sem oferta prévia da autocomposição, não tem qualquer restrição, o que carece de mais detido aprofundamento. É preciso fomentar a autocomposição, de modo que o integrante do Ministério Público não se sinta instado a evitar a oferta da autocomposição ainda na fase extrajudicial para simplesmente ajuizar a demanda. A justificativa, ao contrário, deveria ser lançada e conferida pelo órgão superior para os casos de ajuizamento, sem a concreta avaliação da primazia da autocomposição.

É certo que a aprovação pelo órgão superior do Ministério Público não há de ser uma fase complexa do procedimento, pois, a rigor, haverá avaliação de formalidade e adequação da autocomposição com a hipótese, inclusive porque a grande relevância da atuação do órgão superior nesta fase está na possível indicação de que parte da pretensão estaria sofrendo

²¹⁴ Parágrafo 1º, II, do Art. 17-B, da LIA: “A celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo dependerá, cumulativamente: II – de aprovação, no prazo de 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação.”

indevido arquivamento, o que não se justificaria quando a demanda se encontrar na fase judicial.

De toda sorte, poderia a legislação ter previsto a mera comunicação dos termos do acordo ao órgão superior, apenas para fins de exame de indevido arquivamento, com sucessivo envio da autocomposição para homologação judicial.

A homologação, não obstante, tem importante papel na hipótese, não só de denotar segurança jurídica à composição, tornando-a pública, na medida em que constará dos assentos do Poder Judiciário, inclusive para pesquisas futuras e consultas de demandas cadastradas em nome dos interessados, bem como para conduzir à interrupção da prescrição, consoante disposição do art. 202, VI e seu parágrafo único, do Código Civil.²¹⁵

Observa-se, com efeito, que a homologação judicial permite que a interrupção da prescrição esteja confirmada e que a retomada do prazo se dê apenas do último ato do processo judicial no qual foi apresentado o ANPC para fins de homologação, razão pela qual se permite, com maior tranquilidade, a iniciação da fase de cumprimento da sentença.

Por fim, convém registrar o posicionamento do Professor Fabrício Rocha Bastos²¹⁶ de que poderia ser aplicada na hipótese da improbidade administrativa a causa de interrupção do art. 16, parágrafo 9º, da Lei 12846 de 2013²¹⁷, segundo a qual a realização do Acordo de Leniência interromperia a prescrição, o que deverá, não obstante, constar expressamente do acordo, ante a lacuna na LIA. Destaca-se, nesse ponto, que o entendimento citado, embora lançado por prestigiada Doutrina, merece uma ponderação, na medida em que não houve previsão expressa de tal marco interruptivo na LIA, sendo certo, no mais, que mesmo que se conclua que a LAE se inclua no microsistema da tutela coletiva ou mesmo do direito administrativo sancionador, estar-se-ia formatando-se uma analogia prejudicial aos interessados, na medida em que mais uma hipótese de interrupção ocorreria na espécie, o que ratifica a conclusão da necessidade de expressa previsão de utilização do marco do acordo de leniência na hipótese do ANPC.

Depreende-se, todavia, que o registro do entendimento permissivo da interrupção pela mera lavratura do acordo de não persecução civil não prejudica o interesse público, diante da

²¹⁵ Art. 202, VI e parágrafo único do CC: “A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: VI – por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor. Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper”

²¹⁶ BASTOS, Fabrício Rocha. *Obra Citada*, página 146.

²¹⁷ Art. 16, parágrafo 9º, da Lei 12846/2013: “A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.”

previsão legal da necessidade da homologação judicial, ato no qual há a constituição do título executivo judicial no qual o devedor reconhece as suas obrigações.

4.1.7 Acordo parcial

O ANPC, na premissa de se configurar como o método adequado de solução da controvérsia jurídica tutelada pela LIA, deveria contemplar a total regularização da situação jurídica de retorno ao estado anterior à suposta violação, especialmente de tutela do interesse público na recomposição do erário, de perda de bens ilicitamente adquiridos, além de outras sanções porventura proporcionais ao caso concreto, como prevê o art. 12 da LIA.

Todavia, reputando-se válida a sua constituição, temos que o Acordo Parcial é plenamente factível na hipótese, quer para facilitar a composição na medida do que seja consenso mediante a anuência de ambas as partes, quer para fins de sua configuração na própria fase de cumprimento de sentença, na qual, como acima mencionado, guarda sua relação com a pronta e mais efetiva execução das obrigações, em proveito da coletividade.

Com efeito, em cenário de demandas complexas, é plenamente salutar que parcela incontroversa do fato posto a exame seja passível de pronta autocomposição entre as partes, na medida em que outros fatores estão sob avaliação e exigem produção probatória. Nada mais ideal de que parcelas de eventual pedido sejam prontamente objeto de autocomposição, permitindo-se a imediata solução e o cumprimento das obrigações de forma muito mais célere, do que o aguardo do desfecho final da lide que examinará todos os pedidos formulados, em face de todos os réus porventura acionados.

Em muitos casos há uma série de atos praticados que estão sob avaliação, bem como se afiguram, em tese, pertinentes, uma consequência de acontecimentos para os quais as partes podem não consentir na sua integralidade, permitindo-se um fracionamento que apenas atenderá ao interesse coletivo e dos interessados diretos. Basta lembrar de eventual demanda na qual o ato de improbidade examinado tenha acarretado lesões ao erário e invalidade de contratos administrativos. A autocomposição para imediata quitação de parte incontroversa do dano, mesmo que se prossiga na produção probatória para se apurar a exata dimensão do prejuízo, assim como a imediata composição das obrigações de fazer ou não fazer tendem a sanar importantes parcelas da pretensão, o que atende ao fim colimado pelo sistema de justiça.

No mais, eventual sentença homologatória proferida que fixe uma série de obrigações poderia permitir que parte das disposições sejam imediatamente executadas, posto que inseridas no acordo parcial de não persecução civil.

É possível que se cogite da impertinência do acordo, uma vez que este deveria alcançar a não persecução civil, o que não se coaduna com a solução apenas parcial da lide e o prosseguimento do feito. Observa-se, todavia, que é plenamente factível que parcelas de pedidos e o cumprimento de obrigações sejam passíveis de autocomposição, o que contribuirá, sobretudo, para a própria solução integral da lide.

O sistema processual brasileiro contemplou de forma positiva o julgamento parcial do mérito, com a nova redação do art. 356 e seguintes do CPC²¹⁸, salientando-se a total adequação da solução mesmo que parcial das situações jurídicas, fim precípua da pacificação. Com muito mais razão uma composição na qual há declarações de vontades das partes, inclusive dispensando-se eventual recurso de apelação terá muito mais eficácia para proteção dos bens jurídicos tutelados pela LIA.

O acordo parcial está amplamente presente em atos de regulamentação do ANPC emanados pelos Ministérios Públicos dos Estados, com permissivo para o desmembramento do procedimento para continuidade das investigações, assim como para imediata solução de fatos que, desde logo, estejam consolidados e permitam a consensualidade entre os legitimados e investigados.²¹⁹

Como amplamente destacado neste trabalho a LIA é uma norma que estabelece premissas de direito sancionador, na medida em que registra que os bens jurídicos tutelados pelas suas regras precisam ser amplamente defendidos e protegidos, razão pela qual são estabelecidas uma série de sanções, inclusive com graves consequências no patrimônio jurídico do demandado. Desta forma, uma das características do direito sancionador é a qualidade de buscar a prevenção de novas violações, sendo certo que a autocomposição permitirá, com muito mais agilidade, o caráter preventivo das medidas.

²¹⁸ Art. 356, do CPC: “O Juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcelas deles: I – mostrar-se incontroverso. II – estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355, do CPC.”

²¹⁹ Nesse sentido os seguintes atos: 1)- Art. 1º, parágrafo 3º, da Resolução 1193 do CPJ do MPSP: “O acordo pode ser celebrado para a adoção de medidas provisórias ou definitivas, parciais ou totais, continuando a investigação em relação aos demais aspectos do ilícito; 2)- Art. 10, parágrafo único do Provimento 16 de 2021 da PGJ do MPRS: “Se o acordo celebrado não esgotar o objeto da investigação, o membro do Ministério Público deverá promover o desmembramento do expediente investigatório, arquivando o procedimento original na forma prevista no caput e prosseguindo a investigação no novo procedimento quanto ao objeto remanescente; 3)- Art. 7º, parágrafo 2º da Resolução Conjunta PGJ / CGMP n. 7 do MPMG: “Se o acordo firmado não esgotar o objeto do procedimento, o membro do Ministério Público deverá promover seu desmembramento, com posterior remessa do novo procedimento ao Conselho Superior do Ministério Público, para fins de apreciação do ANPC celebrado, na forma do caput deste artigo; 4)- Art. 11, parágrafo 2º, da Resolução COPJ n. 009 de 2021 do MPES: “Se o acordo firmado não acarretar o arquivamento integral do procedimento, a(o) membra(o) do Ministério Público deverá promover seu desmembramento, com posterior remessa do novo procedimento ao Conselho Superior do Ministério Público, no prazo e na forma da resolução que versa sobre a tramitação de procedimentos extrajudiciais, instaurando o competente procedimento administrativo para acompanhamento do cumprimento do acordado.”

Na assertiva de que o acordo poderá ser parcial, caso não contemple todas as pretensões do legitimado ou estabeleça apenas determinadas sanções, inclusive com referência ao denominado *pactum de non petendo* parcial, está a doutrina de Fabrício Rocha Bastos²²⁰, pela qual se afirma, no mais, que o acordo poderá, igualmente, abranger parcelas materiais e processuais do caso concreto.

O conceito do instituto é trazido por Alberto Lucas Albuquerque da Costa Trigo, em dissertação defendida na UERJ, publicada pela Revista de processo, segundo a qual, em síntese, se trata de um negócio jurídico processual por meio do qual determinada parte compromete-se, de forma temporária ou definitiva, a não exigir determinado direito ou parte dele, podendo também prometer não se valer de um mecanismo processual ou procedimental a que teria direito para satisfação da obrigação.²²¹

Tal conceito se aplica inteiramente ao estudo do ANPC, na medida em que, embora se exija a homologação judicial, a avença estabelece que o cumprimento das obrigações afastará a eventual demanda por improbidade administrativa e todas as demais sanções não previstas no acordo e que, porventura, poderiam ser ventiladas na ação sancionatória.

4.1.8 Confissão como requisito para o ANPC

O tema da confissão como requisito do ANPC está ganhando relevo, na medida em que os Ministérios Públicos estão regulamentando o acordo no seu âmbito de atuação.

Destaca-se, todavia, que tal exigência, em nenhum momento, é prevista na legislação como condicionante para a realização do Acordo. A regulamentação do instituto na LIA, mesmo com o advento da reforma da Lei 14230 de 2021, não exige tal confissão, como elemento indispensável à confecção do ANPC.

A sua imposição, com efeito, deverá estar atenta às nuances do caso concreto, sob pena de flagrante violação às regras legais com a criação de obstáculo ao consenso não previsto na lei.

Afirma-se que apenas com a confissão seria possível extrair a voluntariedade do agente para entabular o acordo, assim como a definição jurídica do fato posto a exame.

O cenário prático, todavia, não se coaduna com essa previsão abstrata da criação de mais um requisito para a autocomposição, posto que, em muitos casos, o óbice para a

²²⁰ BASTOS, Fabrício Rocha. Obra citada, página 97/98

²²¹ TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Pactum de non petendo* parcial. Revista de Processo, ano 43, volume 280, junho de 2018, p. 19 e seguintes.

celebração da avença está exatamente em tal exigência, na medida em que o investigado pretende a resolução da investigação, mas não quer assumir a prática de eventual ato ilícito, o que poderia, inclusive, ser utilizado em outras esferas e atingir interesses políticos e funcionais do agente.

A legislação brasileira prevê diversos atos de consenso nos quais coube ao legislador a composição do instituto, ora com a previsão da confissão, como previsão expressa do art. 28, A, do CPP²²², ora sem tal exigência, como no exemplo da Transação Penal prevista no art. 76 da Lei 9099 de 1995²²³, inclusive com previsão expressa, nesta hipótese, da necessidade de ação reparatória no cível.

Observa-se, pois, que para o acordo semelhante no campo do Processo Penal houve previsão expressa da confissão, não havendo tal reprodução para o ANPC. Com efeito, diante de tal formatação seria impertinente a exigência da confissão como requisito do ANPC, embora, diante da natureza bilateral da avença, não se vislumbre sua impossibilidade, caso pretenda o investigado confessar os atos de improbidade ou mesmo aderir à proposta de confissão lançada pelo legitimado ativo.

No mesmo contexto, no entanto, concluindo-se pela possibilidade de um Acordo Parcial, o que é plenamente factível, vislumbrando-se pertinente que o investigado e o membro do Ministério Público ou da Pessoa Jurídica lesada tenham consenso acerca de um valor de reparação de danos, mas que não haja consenso acerca de um desdobramento ou de uma determinada verba ou mesmo de um bem que teria sido acrescido, em tese, indevidamente. Tal acordo seria inviabilizado apenas por permitir que as partes busquem no juízo cível eventual dimensão exata do dano, o que não parece ser dotado de razoabilidade ou mesmo de adequação. Com efeito, entabulado o acordo parcial, com pronta reparação de uma parcela estabelecida como lesiva ao erário há total interesse público na imediata recomposição e na cessação de condutas ou mesmo na submissão imediata de uma sanção, a qual afastará as demais penalidades do art. 12 da LIA, mas autorizará, na medida daquilo não previsto no acordo, o exercício do direito de ação pelo interessado no juízo competente, resolvendo-se a causa a improbidade.

²²² Art. 28-A, do CPP: “Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal (...).”

²²³ Art. 76, da Lei 9099/95: “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. (...) A imposição de sanção de que trata o parágrafo 4º não constará de antecedentes criminais, salvo para fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.”

A Doutrina diverge acerca da confissão como requisito do ANPC. No sentido da exigência, embora não normatizada a matéria, está a lição de Fabrício Rocha Bastos, inclusive com conclusão de que se aplicaria no tema regras do microsistema da tutela coletiva, especialmente de combate à corrupção.²²⁴

No mesmo sentido, afirmando-se que a confissão deve ser exigida, inclusive para fins de interrupção da prescrição, na forma do art. 202, VI, do Código Civil, pondera a obra coletiva *Acordos de Não Persecução Penal e Cível*, sob coordenação de Rogério Sanches Cunha, Francisco Dirceu Barros, Renee do Ó Souza e Rodrigo Leite Ferreira Cabral.²²⁵ Convém ponderar que a preocupação acima é desnecessária, na medida em que a atual disposição de regulamentação do ANPC exige a homologação judicial do acordo, na forma do art. 17-B, parágrafo 1º, III, da LIA, razão pela qual haverá a interrupção prevista no art. 202, V, do Código Civil, salientando-se que a interrupção poderá, inclusive, constar do acordo na forma do art. 203 do mesmo diploma.

Em idêntica concepção da necessidade da confissão está o ensinamento de Rafael Pereira, em obra especializada acerca do ANPC, segundo o qual seria imprescindível o reconhecimento do ato de improbidade pelo requerido, porque o juízo de aplicação da sanção passaria necessariamente pelo juízo de improbidade da conduta, destacando-se que se trata de manifestação de vontade maior do que apenas o aceite.²²⁶

Pondera-se, mais uma vez, que a aceitação do acordo poderia ressaltar eventual ponto não incontroverso para debate próprio, nada impedindo a homologação parcial da avença. Exigir a confissão de todos os fatos e de todos os valores envolvidos em primitiva investigação tornaria inviável a confecção do ajuste em imenso número de casos, especialmente quando o valor de eventual reparação é definido de forma unilateral.

Por outro lado, com foco na desnecessidade da confissão, especialmente pela possibilidade de gerar efeitos penais está o ensinamento de Fernando da Fonseca Gajardoni²²⁷, em texto dirigido ao estudo do tema dos acordos na improbidade administrativa, ainda na vigência do art. 17, parágrafo 1º, da LIA, com a então redação da Lei 13.964 de 2019, pelo qual se avaliam as tendências do processo civil, especialmente o incentivo ao uso de meios consensuais de solução dos conflitos, inclusive no âmbito penal.

²²⁴ BASTOS, Fabrício Rocha. Obra citada, página 175.

²²⁵ BARROS, Francisco Dirceu. Obra citada, página 387.

²²⁶ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte. Editora CEI, ano 2020, página 45.

²²⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Primeiros e breves apontamentos sobre os acordos em tema de improbidade administrativa, com consulta na página do site jurídico migalhas, a saber: <http://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros-e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativa>. Acesso: 21 de junho de 2022.

Os atos de regulamentação do ANPC emanados pelos Ministérios Públicos dos Estados têm previsto, em maioria, a confissão como requisito para a lavratura da autocomposição. Para tanto é possível citar, apenas como exemplos, o art. 5º, V, da Resolução do MPSP, bem como o art. 10, IV, da Resolução do MPRJ, com previsão semelhante na qual o investigado deverá assumir responsabilidade sobre o ato ilícito praticado. Todavia, a ausência da confissão não impediria o ANPC para o art. 6, II, da Resolução de regulamentação lavrada pelo MPRS, permitindo-se o acordo e pontuando-se que a confissão não seria uma condição indispensável.

Tal contexto se aplica, no mais, na concepção de que é possível acordos de pura reprimenda e também de colaboração, como acima assentado, cenário que poderá delinear de forma mais segura o tema. O acordo de pura reprimenda apenas antecipada o procedimento e aplica de forma imediata as medidas sancionatórias convencionadas pelas partes.

Por outro lado, no acordo de colaboração, há o intento de se obter informações e meios de prova para comprovação da extensão do ilícito e todos os seus autores, exigindo-se, com efeito, um resultado concreto que está na identificação de coautores e demais beneficiados do ato, assim como a localização de bens, direitos e valores que serão objeto de reparação ou de reversão à pessoa jurídica lesada.

Nesse ponto, convém destacar que o art. 16, parágrafo 1º, III, da LAE, prevê como requisito do Acordo de Leniência que a pessoa jurídica assuma sua participação no ilícito. Observa-se, porém, que tal acordo é um típico acordo de colaboração, exigindo-se que a pactuante cesse atos irregulares e assuma sua participação no ilícito objeto de exame. Seria, de fato, contraditório que a pessoa jurídica assuma sua participação e seu gestor, como pessoa física, porventura investigado na improbidade não firmasse a mesma declaração de confissão.

Depreende-se, portanto, que ambos autorizam a confecção de um Acordo Total ou Parcial, ao mesmo tempo em que o Acordo de Colaboração, por sua natureza, está a exigir por sua inerente natureza uma confissão do investigado. Nada obsta, por outro lado, que o acordo de pura reprimenda seja confeccionado, ressalvando-se eventual parcela do litígio para outro procedimento ou mesmo que se dispense eventual confissão formal ou que esta se dê para fins procedimentais exclusivos, inserindo-se a ressalva de que não deverá ser utilizada para prejudicar o sujeito em outros procedimentos.

Conclui-se que tal composição trará muito mais eficácia para os acordos e não ensejará limitações não previstas pela norma legal, permitindo maior espaço para o consenso na improbidade administrativa. A autocomposição é matéria benéfica ao exercício de garantias e direitos individuais, não se conformando com interpretações restritivas, sob pena

de se instituir, por mera concepção subjetiva, restrições a um instituto que ameniza a aplicação de regras sancionatórias.

No mesmo contexto, plenamente ponderável a alegação de eventual defesa de que o investigado ou demandado pretende confessar sua participação em eventual fato, mas não concorda com a consequência jurídica que está sendo ventilada pelo Ministério Público ou pelo ente Federativo, bem como que não concorda com a extensão do fato ou dano na proporção que está sendo defendida pelo legitimado ativo, indicando que pretende contraditar tal consequência na seara própria de eventual demanda exclusivamente reparatória.

O tema da confissão como requisito obrigatório para atos de consenso poderá ganhar esclarecimentos, uma vez que está sob avaliação do Eg. STF em ação constitucional com referência ao ANPP, por procedimento impetrado logo após o denominado Pacote Anticrime, em cenário no qual, inicialmente, as defesas sustentavam a retroatividade do ANPP para ações penais em curso. O Eg. STF lançou decisão de afetação e de repercussão geral, o que se deu nos autos do Habeas Corpus 185.913 do Distrito Federal, pelo qual o Relator, Ministro Gilmar Mendes, em outubro de 2020, acrescentou a necessidade de debate não só da retroatividade do ANPP, como de sua aplicação para os caso em que o imputado não havia confessado os fatos no âmbito da investigação ou da ação penal.²²⁸

Deste modo, embora em sede de debate processual penal, é possível que o Eg. STF, na solução do tema, possa emitir tese que auxilie na sua interpretação no campo no ANPC, embora, repita-se, a LIA não estabeleceu a confissão como requisito para a lavratura do ANPC, nos termos acima destacados, ao contrário da previsão expressa da nova redação do art. 28 A, *caput*, do CPP, que introduziu o ANPP no ordenamento jurídico brasileiro.

Conclui-se, desta forma, que melhor atenderá aos fins do instituto que a confissão não seja condição indispensável para sua confecção do ANPC, quer pela possibilidade de acordos parciais, quer porque não houve tal previsão na LIA, bem como que a assunção da integralidade dos atos investigados não contribuirá para a autocomposição, com exceção para os casos nos quais o ANPC é lavrado no seu viés colaboração, pelo qual, inclusive, sanções poderão ser menos graves, a depender do caráter efetivo da colaboração e de seus efeitos.

4.1.9 Obrigações no ANPC

²²⁸ STF. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Consulta Processual. HC n. 185913/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. A decisão judicial poderá ser acessada através do endereço: www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob código B1AF-88EF-3E6D-6D65 e senha F181-F7F6-75EC-2C69. Acesso em 29 de novembro de 2022.

O ANPC, como negócio jurídico bilateral, tem na sua formatação a previsão de obrigações assumidas pelas partes correspondentes às sanções trazidas pelo art. 12, da LIA. Neste contexto, o Ministério Público ou a Pessoa Jurídica lesada assumem a obrigação de não ofertarem a demanda por improbidade administrativa prevista na norma legal, formatando-se a acima referida cláusula de *non petendo*.

No mesmo sentido é dever do legitimado a observância de um dever inicial de sigilo e confidencialidade, a fim de que não se prejudique o desfecho do acordo, bem como que os fatos porventura noticiados pelo acordante não sejam utilizados em outras esferas em seu desfavor, o que fora expressamente previsto na Resolução 1193 de 2020, que regulamenta o Acordo perante o MPSP.^{229 230} Tais regras consignadas na Resolução do Estado de São Paulo protegem o Ministério Público e, por clara isonomia, deverão tutelar idênticos interesses dos demais sujeitos do acordo.

No mais, as obrigações passíveis de pactuação serão àquelas afetas ao cumprimento acordado de sanções do art. 12 da LIA, com a mesma proporcionalidade prevista na norma legal e nas próprias disposições do ANPC.

Destaca-se que as medidas de ressarcimento ao erário e de perda de bens acrescidos pelos atos de improbidade são, em verdade, obrigações inerentes ao retorno do estado de coisas anterior ao ilícito, não se configurando sanções típicas da improbidade administrativa, mas medidas inteiramente reparatórias.

Por certo, igualmente, ante a característica mais aberta da autocomposição, poderão ser inseridas outras disposições, inclusive para demonstrar a voluntariedade e o interesse público no ajuste, como na hipótese da inclusão de normas de procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo a denúncias de irregularidades, além de outras medidas de interesse público e boas práticas administrativas, conforme a previsão expressa do parágrafo 6º, do art. 17-B, da LIA.

Vislumbra-se, pois, o permissivo legal para inclusão de outras disposições afetas aos sistemas denominados como *compliance*, pelos quais pessoas jurídicas de direito privado assumem o papel de melhoria do ambiente de negócios.

²²⁹ Art. 8º, da Resolução 1193 de 2020 do MPSP: “O pactuante não poderá utilizar as tratativas de acordo com o Ministério Público, que são confidenciais, para obter outras vantagens.

²³⁰ Art. 11, da Resolução 1193 de 2020 do MPSP: “Como são sigilosas as tratativas preliminares entre o Ministério Público e o pactuante, a publicação, ainda que de parte delas, poderá ser motivo suficiente para o Conselho Superior não referendar o acordo.”

No mesmo cenário, ante a possibilidade de concessões recíprocas e não de mero reconhecimento do pedido, depreende-se que todas as demais sanções, no que toca aos prazos, forma e meios de execução são passíveis de tratativas e de negociação.

A nova redação da LIA manteve no art. 12 a mesma natureza das sanções previstas anteriormente à reforma, estabelecendo que os atos de improbidade administrativa, na medida de sua natureza, isto é, se relacionados ao enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação aos princípios da administração, seriam conformados mediante critérios de proporcionalidade e adequação.

Desta forma, para fins de aplicação de sanções para o enriquecimento ilícito e para a reparação de danos ao erário a previsão do art. 12, I e II da LIA, estabelece que, além da perda de bens e do ressarcimento ao erário, o envolvido estaria sujeito à perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, por 14 ou 12 anos, respectivamente, ao pagamento da multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial ou do dano, também respectivamente, além da proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, também por 14 ou 12 anos, em cada hipótese.

Para a violação aos princípios, na forma do art. 12, III, da LIA, as sanções sofreram expressiva reformulação em relação ao sistema anterior, com flagrante redução, restringindo-se ao pagamento de multa de até 24 vezes o valor da remuneração, bem como a proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, por 4 anos. Como visto, no que toca à violação de princípios, na maioria das hipóteses, a sanção será exclusivamente a multa, pois a proibição de contratar ou receber incentivos atingem número reduzido de envolvidos.

Lançadas as sanções, convém a avaliação mais detida de cada medida, no sentido de aprofundar sua aplicação e as consequências da sua inclusão no ANPC.

4.2 Perda da Função Pública

A perda da função pública pode ser inserida no ANPC, observando-se a voluntariedade do agente investigado de pleitear no próprio órgão público vinculado a sua exoneração.

Destaca-se que a lei não prevê a hipótese de execução de tal medida através do acordo, o que, de certo, não impedirá exame judicial da pretensão, na hipótese de homologação e descumprimento, inclusive para afastamento prévio das funções, caso o acordo tenha sido entabulado e, após, descumprido. Tais disposições, todavia, devem constar expressamente do

acordo, pois, em caso de omissão, o seu descumprimento autorizaria ao legitimado, em verdade, a deflagração da ação de improbidade.

No mesmo sentido a segurança jurídica e a lealdade das partes nas propostas de autocomposição exigem que as tratativas de tal obrigação caminhem com vinculação das partes envolvidas, não se vislumbrando possível que o legitimado, quer seja o Ministério Público, quer seja o representante da pessoa lesada, busque alterar o acordo após a realização pelo servidor do pedido de exoneração.

A atual redação da LIA, no vigente parágrafo 1º, do art. 12, autorizou a restrição da perda da função pública ao vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente público ou político detinha com o poder público na época do cometimento da infração, reservando ao Magistrado, no acolhimento do pedido, a avaliação de sua extensão aos demais vínculos porventura existentes. Tal aplicação, todavia, segundo dicção legal, se restringe aos casos de enriquecimento ilícito, diante da referência direta do dispositivo citado ao art. 9º, da LIA, levando-se à conclusão de que não haverá a sanção de perda da função pública, nos casos de lesão ao erário, caso tenha havido alteração do vínculo pelo agente investigado, isto é, a referida sanção estaria afastada quando alterado o vínculo nas hipóteses previstas no art. 10, da LIA. Com efeito, inafastável a conclusão de que a inserção da medida em ANPC para as hipóteses do art. 10, da LIA, estaria dispensada e seria, inclusive, uma formatação excessiva e contrária ao consenso. Tal sanção, como visto, não contempla a violação aos princípios, eis que não prevista como penalidade no art. 11, da LIA.

Não obstante a crítica, o tema busca sanar importante debate quando da aplicação da LIA, antes de sua reforma. Isto porque é extremamente comum que o agente público, ao tempo da investigação e da própria sentença, estivesse vinculado a outras funções na administração pública, inclusive com alteração de órgãos da administração, questionando sua defesa que a perda da função não poderia atingir o vínculo atual, ao mesmo tempo que tal extensão estava recebendo aplicação na jurisprudência, inclusive de forma majoritária, a fim de atingir cargos ou funções exercidos pelo demandado ao tempo do trânsito em julgado da condenação.²³¹

²³¹ Nesse sentido o seguinte julgado do STJ: “AgInt nos EDcl no RESP 1910104-DF. EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SANÇÃO DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. EXTENSÃO. CARGO OU FUNÇÃO OCUPADO NO MOMENTO DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. PRECEDENTES. 1. A Primeira Seção do STJ no EDv nos EREsp n. 1.701.967/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, Rel. p/ Acórdão Min. Francisco Falcão, DJe 2/2/2021, firmou entendimento segundo o qual a sanção de perda da função pública prevista no art. 12 da Lei n. 8.429/1992 abrange o cargo ou a função pública ocupada no momento do trânsito em julgado da decisão condenatória. Nesse sentido: AgInt no RMS 55.270/AP, Rel. Min. Gurgel de

Convém lembrar que o art. 20 da LIA²³² estabelece que a perda da função pública se aplica apenas com o trânsito em julgado da sentença. Não obstante, na hipótese de ANPC, a inclusão da disposição entre as tratativas do acordo tem total aplicabilidade, na medida em que o dispositivo legal se restringe a comandos judiciais, o que corrobora a conclusão de total adequação do acordo em diversas hipóteses nas quais haverá mais eficiente cumprimento da tutela da probidade e do interesse público, razão pela qual a autocomposição deverá ser fomentada pelos Ministérios Públicos de todo o País, assim como incentivadas as pessoas jurídicas lesadas a avaliarem de forma concreta a realização do ANPC.

Por fim, convém avaliar se a medida de perda da função pública poderia atingir a cassação da aposentadoria. A sanção, com efeito, como autorizada na esfera administrativa estará permitida no ANPC, inclusive pela voluntariedade do agente em convencionar a

Faria, Primeira Turma, DJe 21/10/2020; REsp 1.813.255/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4/9/2020. 2. A Primeira Seção do STJ no EREsp 1.496.347/ES, Rel. Min. Herman Benjamin, Rel. p/ Acórdão Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 24/2/2021, DJe 28/4/2021, também decidiu não competir ao Poder Judiciário impor a sanção de cassação de aposentadoria, no âmbito da persecução cível por meio de processo judicial no qual se apura a prática de ato ímprobo, em virtude do princípio da legalidade estrita em matéria de direito sancionador. Na oportunidade, consignou-se que "a cassação de aposentadoria do servidor deve ser buscada na sede própria - qual seja, o processo administrativo disciplinar -, única sede na qual o legislador federal, de forma categórica e taxativa, prescreveu sua aplicação, inclusive sob o aspecto procedimental, [...], reservando-se à ação civil pública por ato de improbidade administrativa, a aplicação das penalidades estampadas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992". 3. Com efeito, diante do precedente alhures mencionado, eventual cassação de aposentadoria da ora agravante, a qual encontra-se aposentada desde 2017 do cargo efetivo que ocupava na Anvisa, somente poderá ocorrer na via própria, qual seja, processo administrativo disciplinar, carecendo o Poder Judiciário de competência para aplicar tal penalidade, por força do princípio da legalidade. 4. Agravo interno não provido. Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DATA DO JULGAMENTO 08/09/2021.

No mesmo sentido segue recurso examinado pelo TJRJ: "Recurso número 0002204-21.2016.8.19.0044. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. INCOMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. ACUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO AUTURAL. PROVAS DOS AUTOS QUE AMPARAM A PRETENSÃO AUTURAL SENDO SUFICIENTES PARA COMPROVAR O ATO ÍMPROBO PRATICADO PELA RÉ. ATOS DE IMPROBIDADE CONSUBSTANCIADOS POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. 1. Constituição Federal que em seu art. 37, XVI e XVII estabelece a vedação de acumulação remunerada de cargos públicos, com apenas três exceções. Pelo exame dos Autos, pode ser facilmente percebido que há incompatibilidade de horários nos cargos em que a ré exerce função durante o período de 02/01/2013 a 24/10/2014. Alegação de que sempre atuou de boa-fé que não merece acolhimento. 2. Ausente a boa-fé, não se mostra possível reconhecer a conduta como mera irregularidade. 3. Restou comprovado que no período de aproximadamente 1 ano e 10 meses houve incompatibilidade de horários nos cargos em que ocupava. Considerando que na aplicação das sanções previstas para a prática de atos de improbidade administrativa, incumbe ao magistrado observar a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido, conforme o parágrafo único, do art. 12 da Lei nº 8.429/92, tem-se como adequada a perda da função pública que atualmente ocupa, a aplicação da multa civil determinada em sentença, a suspensão dos direitos políticos também determinada em sentença, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e a proibição de a ré 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 sócia majoritária pelo período determinado em sentença. 4. Recurso não provido. RELATOR DESEMBARGADOR PLÍNIO PINTO COELHO FILHO. Julgamento 17/11/2021 – 14ª Câmara Cível do TJRJ."

²³² Art. 20, da LIA: "A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória."

postulação da perda da aposentadoria para confecção do acordo, diante do eventual interesse na supressão ou atenuação de outras sanções previstas na hipótese de condenação final.

Todavia, observa-se que a cassação à aposentadoria atinge um vínculo previdenciário do agente, para o qual este preencheu os requisitos legais de contribuição, de modo que, embora controvertido o tema, ponderamos que não há a previsão legal de tal cassação como fato impositivo à confecção do ANPC, assim como não é medida indispensável na sentença final condenatória, consoante o postulado da legalidade, para o qual não se admite, em caso de sanções, interpretação extensiva. Há entendimento, no entanto, contrário, no sentido da possibilidade de se atingir a cassação da aposentadoria do agente, na medida em que a perda da função pública deveria ser interpretada de forma extensiva, ao mesmo tempo que se tutelaria uma efetividade ao combate à corrupção, o que é lecionado pelo ilustre Professor Fabrício Rocha Bastos.²³³

Com todas as venias do renomado jurista, denota-se a necessidade de inclusão definitiva dos preceitos da improbidade administrativa no campo do direito sancionador, conforme acima avaliado e diante da previsão legal objetiva, de modo que, diante da omissão do legislador em estabelecer a sanção da cassação de aposentadoria aos tipos dos art. 9, 10 e 11, da LIA, não caberia ao intérprete fazê-lo.

Nestes casos prudente ao legitimado avaliar as demais sanções previstas na LIA, especialmente a multa pecuniária, bem como a suspensão dos direitos políticos, cenário que impediria o retorno do agente à atividade administrativa ou, por fim, a impossibilidade de contratar com o Poder Público, o que impediria que em nova atuação privada do agente este pudesse ser beneficiado de contratos administrativos.

4.2.1 Suspensão dos Direitos Políticos

Em prosseguimento ao estudo das obrigações que poderão estar inseridas no ANPC, avaliando-se, caso a caso, as sanções trazidas pela LIA, bem como a dimensão e aplicabilidade de tais sanções como obrigações negociais do acordo, temos que uma das sanções mais contundentes previstas na tutela da probidade é a suspensão dos direitos políticos que, segundo preceitos legais, poderá ser de até 14 anos para os casos de enriquecimento ilícito, nos termos do seu art. 12, I; assim como de até 12 anos para o caso de lesão ao erário, consoante disposição expressa do art. 12, II, do mesmo diploma. Não há,

²³³ Nesse sentido. BASTOS, Fabrício Rocha. Obra citada, página 255.

como visto, suspensão dos direitos políticos para os casos de violação aos princípios, nos termos do art. 11, da LIA.

A suspensão dos direitos políticos poderá ser inserida, sem qualquer óbice, como cláusula do ANPC, sendo possível, inclusive, o envio do Acordo ao Ministério Público Eleitoral, a fim de que haja eventual impugnação ao registro nos casos de descumprimento. O ideal, inclusive, é que haja uma regulamentação definitiva pelos Ministérios Públicos ou mesmo pelo Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, assim como pelos órgãos do Poder Judiciário que serão instados à homologação do acordo, a fim de que se estabelecer que a autocomposição, na hipótese de cláusula de suspensão de direitos políticos, tenha seu registro nos cadastros de inelegibilidades, pelo prazo da avença. De toda sorte, até a regulamentação definitiva, a medida deve ser postulada aos órgãos eleitorais que registram a inelegibilidade, eis que em consonância com a normativa da nova LIA, especialmente quando a sanção estiver prevista em ANPC, para o qual há a participação do sujeito que perderá seus direitos políticos de forma temporária.

No mesmo sentido, a coerência sistêmica, exige do intérprete a premissa de que não estaremos diante de uma sentença condenatória da improbidade, a sustentar a aplicação integral das normas da Lei da Ficha Limpa, especialmente o prazo de inelegibilidade computado do término da pena ou da sanção. Ao revés, entabulado o acordo, como consectário da segurança jurídica as cláusulas e prazos previstos na avença hão de ser observados, sem possibilidade de majoração por outras esferas, na medida em que afastada estará, diante da autocomposição, a natureza condenatória do provimento.

Tal conclusão é indispensável, na medida em que o interesse do agente poderá, inclusive, ser a previsão da suspensão dos direitos políticos por determinado prazo, sem que isso o impeça de retomá-los ao final do período pactuado, em cenário no qual será possível definir os prazos de início e fim da suspensão, sem a insegurança de aguardar o trânsito em julgado, momento no qual a suspensão poderá encontrar marcos temporais diversos e menos oportunos ao interessado, a depender de suas atividades e pretensões.

A suspensão dos direitos políticos atende comando previsto no art. 15, da Constituição Federal, para o qual a medida, diante de seu caráter excepcional, tem como um dos fatores ensejadores a improbidade administrativa, mas por seu caráter sancionatório prevista apenas em sentença condenatória da improbidade.²³⁴

²³⁴ Art. 15, da CF: “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, parágrafo 4º”.

A doutrina sustenta que a suspensão dos direitos políticos não poderá ser consignada no acordo de não persecução civil como condição para sua elaboração, mas, na verdade, se permitir que o interessado consigne sua renúncia a concorrer a cargos públicos.²³⁵ A ponderação é salutar, pois a subtração de direitos políticos de um cidadão demanda impositivo ato judicial definitivo, dada sua gravidade em atingir um dos mais relevantes direitos da cidadania. Nesta hipótese, consignando-se no acordo a manifestação do interessado em renunciar o direito de concorrer a cargo público no período acordado, o investigado manterá a capacidade eleitoral ativa, bem como a legitimidade para exercício do direito de propor ações populares, além de exercer outros cargos públicos, a depender das proposições passíveis de autocomposição do ANPC.

Por fim, convém ponderar, como acima assentado, que a confecção do acordo poderá ocorrer sem a previsão da suspensão dos direitos políticos, eis que seria esta uma das sanções previstas para a hipótese. Neste caso, por consectário legal, estará afastada a incidência da Lei da Ficha Limpa, pois esta exige condenação na suspensão dos direitos políticos, com trânsito em julgado ou por órgão colegiado, por ato doloso de improbidade por enriquecimento ilícito e dano ao erário, conforme previsão do art. 1º, L, da Lei Complementar 64 de 1990, com a redação da Lei Complementar 135 de 2010.

Destaca-se, nesse ponto, que as premissas do ANPC poderão estabelecer regras relacionadas a tal sanção de suspensão dos direitos políticos, embora se ressalve à seara própria do Direito Eleitoral eventual medida própria de impugnação a registros, mandatos ou diplomas, ou mesmo à investigação eleitoral, o que deverá ser expressamente consignado na avença, a fim de que não haja óbice à autocomposição, ao mesmo tempo em que se protegerá a confiança e a legítima expectativa do sujeito que, previamente, saberá das consequências de seu ANPC e reservará aos procedimentos eleitorais as defesas que entender cabíveis.

4.2.2 Multa civil

A multa civil é, por excelência, a medida mais utilizada nas tratativas para a lavratura do ANPC, guardando seu caráter repressivo, na medida em que prevê uma reparação complementar ao dano de natureza eminentemente sancionatória e que deverá ser revertida à pessoa jurídica lesada.

²³⁵ PEREIRA, Rafael. Obra citada, página 113.

A reforma da LIA estabeleceu regras diferenciadas em relação à sanção, segundo a natureza dos atos de improbidade, estipulando-se que a multa civil deverá corresponder ao valor do acréscimo patrimonial, nas hipóteses de enriquecimento ilícito afetas ao art. 9º, da LIA, assim como, na hipótese de dano ao erário, a previsão destaca que a multa deverá observar o valor equivalente ao dano, nos casos do art. 10, da LIA

A multa civil está prevista, igualmente, nas hipóteses do art. 11, da LIA, isto é, para os casos nos quais lei de improbidade sanciona a violação aos princípios e poderá atingir até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente.

As condutas violadoras de princípios, como dito, foram amplamente revisadas na atual redação da LIA, de modo que não só haverá especial fim de agir, como a necessidade de se aferir gravidade da conduta para a própria configuração do ato de improbidade, na forma dos parágrafos 1º, 3º e 4º, do próprio artigo 11. Com efeito, o exame do dolo e da gravidade será fundamento indispensável para a proporcionalidade exigida para a definição da multa.

Há, pois, expressiva variação no saldo a ser apurado como devido pela multa civil, bem como um grau elevado de abstração. Com tais premissas há necessidade de motivação concreta acerca do *quantum* escolhido pelo Juiz para sua implementação, o que deverá ser fator influente também para o ANPC.

No mesmo sentido, em sede de ANPC, não será proporcional que o legitimado, sem qualquer fundamento concreto, busque a fixação de multa nos saldos mais elevados previstos pela sanção final. A mesma proporcionalidade que conduz vários dispositivos da LIA há de nortear o legitimado na oferta de proposta plausível de quantificação da multa, inclusive para sua pronta execução e atendimento aos fins trazidos pela tutela da probidade, não só a prevenção geral, mas, igualmente, a reprovação do ato e a inserção de saldos acordados em favor dos cofres públicos para a realização de atividades de interesse público.

O parágrafo 2º, do art. 12, da LIA, trás disposição específica acerca da multa, na qual se autoriza que o juiz possa aumentar até o dobro o montante previsto, isto é, até 48 vezes a remuneração do agente, caso a situação econômica do réu torne ineficaz o montante previsto nos incisos I, II e III do mesmo diploma, para fins de reprovação e prevenção do ato de improbidade.

Vê-se, com efeito, que a majoração da multa em até o dobro do previsto poderá, igualmente, ser tratada no ANPC, momento no qual os mesmos fatores previstos para a norma em abstrato, deverão nortear a atuação do legitimado concreto. Pertinente, pois, a oferta da multa quer no saldo principal ou na forma dobrada, em qualquer hipótese, com criteriosa fundamentação das razões fáticas que justificaram a não previsão de saldos mais próximos do

mínimo legal. Não havendo elementos justificadores da majoração tais sanções deverão ser entabuladas nos mínimos legais.

Observa-se que a própria lei torna a condição econômica como um *standard*, isto é, uma circunstância justificante para fins da majoração, ao mesmo tempo que submete tal ponderação ao critério da sua ineficácia para fins de prevenção ou reprovação, o que exige, por condições óbvias, um juízo de proporcionalidade, na medida em que é a gravidade do dano o principal fator a sustentar a escolha das sanções, nos termos do art. 12, *caput*, da LIA.

A multa civil poderá ser inserida para descontos na folha do pagamento do agente, medida autoexecutiva de extrema relevância e ponto fundamental para justificar a eficácia de um termo de autocomposição, posto que ao juízo, na sentença final, não é dada a autorização legal para inclusão do saldo na folha de pagamento do agente. Todavia, em cenário de autocomposição, tal medida é de incontestável eficiência.

A multa civil, por fim, é a sanção escolhida pelo legislador para ser aplicada aos casos de menor repercussão ou menor gravidade, sendo certo que o parágrafo 5º, do art. 12, da LIA, fornece os elementos para sua incidência nas hipóteses de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados, ressalvada a necessidade de reparação de danos ao erário ou perda de bens acrescidos de forma ilícita, estas apenas previsões de retorno ao estado anterior.

Confirma-se, pois, a pertinência da avaliação com juízo crítico do ANPC como sanção que está sempre presente para todas as violações a bens jurídicos tutelados pela LIA e com a aplicação exclusiva nos casos de menor ofensa, fatores que, diante da abstração, deverão ser concretizados pelas partes na confecção do acordo.

4.2.3 Proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário

A sanção em exame há de ser avaliada com critérios técnicos, uma vez que as penalidades da improbidade administrativa foram idealizadas, na imensa maioria das hipóteses de incidência, para punir gestores e pessoas físicas que porventura violassem o patrimônio público ou os princípios da administração pública. Por esta razão, diante do próprio princípio da especialidade, as pessoas jurídicas não de ter seus atos afetados pela Lei 12.846 de 2013.

Observa-se, todavia, que haverá incidência de sanções de improbidade para as pessoas jurídicas, especialmente a penalidade de proibição de contratar com o Poder Público ou de

recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Anote-se, no mais, que tal sanção causa imenso receio às pessoas jurídicas que porventura respondem a ações de improbidade administrativa, muitas das quais com atuação destacada em licitações e contratos com o Poder Público, de modo que a medida sancionatória de proibição poderá acarretar a quebra da sociedade empresária. Basta recordar os exemplos de sociedades empresárias que atuem no fornecimento de insumos de saúde ou mesmo de educação, bem como de transporte público ou fabricação de equipamentos de tráfego, todas atividades para as quais a contratação pública tem importante ou majorada incidência.

Por tais premissas a aplicação da LIA sobre as pessoas jurídicas, diante da publicação da Lei de Anticorrupção Empresarial, deverá observar as excepcionalidades de ambas as normas, bem como as exceções previstas na própria Lei de Improbidade, especialmente com o advento da Lei 14230 de 2021. Tais observações foram lançadas por Marçal Justen Filho, em obra específica sobre Improbidade Administrativa²³⁶, apontando o renomado mestre, inúmeros apontamentos que justificam a distinção, especialmente a ausência de reprovação na atuação da pessoa jurídica, para a qual não se cogita a prática de conduta voluntária dolosa, exatamente por sua natureza instrumental, não tendo seus atos atrelados à responsabilidade pessoal dos sócios, mormente na prática de ilícitos.

No mais, a sanção para pessoas jurídicas é estritamente patrimonial, de modo que as variadas sanções da improbidade não teriam incidência prática sobre a atividade empresarial da pessoa jurídica.

Não obstante, há inegável poder de controle, segundo o qual o sócio gestor responde pelas manifestações de vontade da pessoa jurídica controlada ou administrada pelo agente. No mesmo contexto não há extensão de penalidades das pessoas físicas responsáveis pela gestão das empresas para a pessoa jurídica.

Há, por fim, uma autonomia da própria personalidade jurídica, com objetivos sociais de cumprimento da sua atividade, para a qual não se destinam a prática de atos ilícitos ou objetos vedados.

No exame da Lei de Anticorrupção Empresarial houve crítica da incidência da Lei de Improbidade para as pessoas jurídicas, na medida em que teria havido indevida extensão do

²³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada. Lei 14230 de 25 de outubro de 2021. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Forense. Ano 2022.

conceito de agente pelo Ministério Público, salientando-se que a pessoa jurídica deve se submeter aos preceitos da Lei de Anticorrupção, ante as premissas de sua especialidade.²³⁷

Depreende-se, todavia, que haverá incidência de sanções dirigidas às pessoas jurídicas com fulcro na LIA, especialmente quando a pessoa jurídica é a beneficiada de eventual ato lesivo ao erário ou mesmo utilizada para tal finalidade. Destaca-se que a maior incidência de casos de improbidade administrativa está exatamente nos contratos administrativos, muitos dos quais mediante participação ou contratação de pessoas jurídicas para prestação de serviços ao ente público ou fornecimento de bens ou insumos. Por esta razão, adequada a previsão direta de proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios fiscais.

A redação atualizada da LIA prevê tal multiplicidade de regras e de responsabilidades pela sua incidência na improbidade e também pela Lei de Anticorrupção Empresarial e, por esta razão, prevê expressamente a vedação ao *non bis in idem*.²³⁸

A preocupação com a regularidade do funcionamento da pessoa jurídica, quer pela questão da empregabilidade de seus funcionários que não são responsáveis por eventual corrupção ou improbidade, quer pela sua importância da atividade econômica para a própria arrecadação dos tributos ensejou a previsão de limitações de conteúdo²³⁹ e de limites territoriais²⁴⁰ visando a permanência de suas atividades e evitando-se que a decisão da improbidade acarretasse, de forma transversa, a indireta extinção da pessoa jurídica, sanção não prevista pela norma legal.

A LIA estabelece, ademais, que a sanção de proibição de contratação com o poder público deverá constar do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) de que trata a Lei 12846 de 2013, observadas as limitações territoriais contidas na decisão, momento no qual faz referência ao disposto no parágrafo 4º do diploma, acima referido.

²³⁷ Nesse sentido: MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO e THIAGO MARRARA, na obra *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte, Editora Fórum, ano 2017, página 253, com a seguinte ponderação: “(...) a Lei de Improbidade Administrativa foi concebida para punir a pessoa física, ou seja, o agente público ou o particular que se beneficie ou induza à prática do ilícito. (...) No entanto, o Ministério Público, no afã de punir também as pessoas jurídicas, na ausência de lei própria para fundamentar essa punição, passou a estender o alcance da lei às pessoas jurídicas, enquadrando-se no conceito de agente.”

²³⁸ Nesse sentido: Art. 12, parágrafo 7º, da LIA: “As sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei 12846 de 1º de agosto de 2013, deverão observar o princípio constitucional do *non bis in idem*.”

²³⁹ Nesse sentido: Art. 12, parágrafo 3º, da LIA: “Na responsabilização da pessoa jurídica, deverão ser considerados os efeitos econômicos e sociais das sanções de modo a viabilizar a manutenção de suas atividades.”

²⁴⁰ No mesmo contexto: Art. 12, parágrafo 4º, da LIA: “Em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a sanção de proibição de contratação com o poder público pode extrapolar o ente público lesado pelo ato de improbidade, observados os fins econômicos e sociais das sanções, de forma a preservar a função social da pessoa jurídica, conforme previsto no parágrafo 3º, deste artigo.”

Com efeito, estabelece-se, por conseguinte, uma regra base de que eventual proibição de contratação se restringirá aos limites territoriais do ente lesado pelo ato de improbidade, o que apenas poderá ser afastado de forma motivada.

Obseva-se, igualmente, que a sanção de proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditórios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, mantém sua aplicabilidade de forma muito excepcional e com raríssima incidência, ao mesmo passo em que a cautela estará, em verdade, na condenação do agente pessoa física, caso este seja titular de ativos sociais de pessoas jurídicas, as quais não poderão ser beneficiadas por atos de incentivo ou benefício fiscais, caso tal gestor seja o condenado pelo ato de improbidade, como agente individual ou como integrante de pessoa jurídica diversa.

Desta forma é fundamental que se busque a compatibilidade do sistema de proteção da probidade, via aplicação coesa das Leis de Improbidade e de Anticorrupção, evitando-se a incidência contraditória de tal sistema, mesmo diante da responsabilização distinta para o mesmo bem jurídico, sob pena de descrédito, o que frustraria não só o Acordo de Leniência, como, igualmente, a Autocomposição na Improbidade Administrativa, via ANPC.²⁴¹

No que concerne ao ANPC, para fins de possível autocomposição lavrada em cenário no qual participe pessoa jurídica como inserida na responsabilização pelo ato de improbidade, observa-se que o acordo poderá ser altamente vantajoso para os legitimados, quer seja o Ministério Público ou o ente lesado, assim como para os investigados, pois a própria LIA consagra uma série de preceitos que buscam comportar a manutenção da atividade com a prevenção da improbidade. Assim sendo, para fins de ANPC, salutar a previsão de menor prazo de proibição ou de pronta previsão de que a proibição se restringirá aos limites territoriais do ente atingido pelo ato de improbidade, ou que determinado gestor deva ser excluído do quadro social ou dos atos de administração, assim como se vislumbra plenamente factível a imediata previsão do afastamento de medidas que são afetas à incidência da Lei de Anticorrupção Empresarial, tornando o procedimento menos complexo e evitando a avaliação constante da multiplicidade de sanções e da exigência legal do afastamento do *bis in idem*.

O acordo, no mais, poderá ampliar o objeto, demonstrando-se a boa-fé dos pactuantes em estabelecer atos de tutela da gestão e da eficiência da sociedade empresária, fomentando-se ações de *compliance*, pelas quais estejam previstas melhorias na transparência, nos regulamentos sociais, nas políticas da empresa, nos padrões de atuação, tudo a demonstrar a

²⁴¹ No sentido do texto: CUNHA, Rogério Sanches. Lei Anticorrupção Empresarial. Rogério Sanches Cunha e Renee Souza. 3ª ed, rev, atual e ampl. Salvador. Editora JusPodivm, ano 2020, páginas 252/253.

pertinência da manutenção das atividades e ressaltar a incidência de sanções que possam levar à sua extinção ou inoperabilidade.

Tais regras de maior segurança no ambiente empresarial não poderão ser impostas por decisão judicial, eis que limitado o ato de julgar à aplicação das sanções previstas em Lei nas ações de improbidade. Por outro lado, para fins de ANPC, há total aplicabilidade de tais mecanismos que justificam, inclusive, uma menor incidência sancionatória sobre a empresa, tudo a prestigiar a manutenção de sua função social, panorama que confirma a primazia do consenso na solução de questões complexas da improbidade administrativa e empresarial.

4.2.4 Papel do Juiz no ANPC

Um tema que carece de melhor aprofundamento doutrinário e jurisprudencial é o papel do Juiz no ANPC, especialmente se este deverá influenciar nas tratativas, se deverá restringir sua atuação à homologação ou, ao contrário, caso deixe de homologar a composição, qual postura deverá empregar.

Convém rememorar a lição inconfundível do Professor José Carlos Barbosa Moreira, segundo o qual o Juiz não poderá ser “um convidado de pedra” e, ao contrário, deve ser estimulado ao exercício de suas atribuições²⁴².

Não obstante, no campo específico do estudo das denominadas convenções processuais há densa doutrina do Professor Antonio do Passo Cabral, para o qual, em resumo, o juiz não é parte nos negócios, mas se vincula às convenções processuais, tendo sua atividade dividida em duas funções precípuas, quais sejam: incentivo e controle. O Magistrado, na visão do ilustre mestre, deverá incentivar os instrumentos de autocomposição, por decorrência do dever de cooperação, assim como exercerá a função de controle ou fiscalização, ao analisar a validade das convenções, controlando sua extensão. No mesmo contexto, pondera o mestre, que as partes não podem dispor sobre prerrogativas do juiz.²⁴³

Por outro lado é necessário avaliar o papel do juiz quando, com critérios técnicos e jurídicos, diante de uma investigação para imposição de sanções de improbidade administrativa, o magistrado vislumbre a pertinência de um ANPC que, todavia, não é ofertado pelo legitimado, quer seja o Ministério Público ou mesmo a pessoa lesada.

²⁴² MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo. Revista de Emerj, v.6, n.24, ano 2003.

²⁴³ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. 3ª ed. rev. atual e ampl. Salvador. Editora Juspodivm, ano 2020, páginas 279/281.

Com tais premissas é possível traçar dois aspectos relevantes da atuação do juiz nos Acordos de Não Persecução Civil. O primeiro estará na sua atividade quando apresentado o ANPC para sua homologação e o segundo, a outro giro, residirá na possível atuação do juiz quando não ofertado um acordo para o qual, em tese, a autocomposição seria possível, segundo, por certo, sua decisão fundamentada.

Com efeito, para o primeiro aspecto, apresentado o ANPC para homologação do juiz é sua atribuição examinar a validade da autocomposição, a voluntariedade das partes, especialmente do investigado, a efetiva colaboração na hipótese desta circunstância ser contemplada no acordo, bem como sua correspondência com o caso concreto.

Deste modo não se vislumbra que seja meramente ratificatória a atuação do juiz quando examinado o ANPC, embora, por óbvio, não deva adentrar de forma exauriente no mérito do conteúdo das disposições pactuadas pelos interessados. Ao contrário, como responsável pela fiscalização e pela condução de eventual cumprimento da sentença homologatória, depreende-se a exigência de que a decisão homologatória observe a adequação do ato que extinguirá o processo com exame do mérito e estabelecerá a condição sem a qual o acordo não se aperfeiçoará para fins de exigência das obrigações e sanções porventura previstas na avença.

A validade da autocomposição se confirma quando presentes os seus requisitos extrínsecos, especialmente a legitimidade do titular da ação de improbidade, a eventual manifestação do Ministério Público, caso não seja o titular do acordo, assim como a manifestação de vontade do investigado, devidamente acompanhada de advogado ou defensor público. O juiz, neste momento, diante das manifestações positivas dos legitimados deverá apenas observar que há comando constitucional de reparação de danos ao erário, razão pela qual eventual dúvida acerca da regularidade do saldo devedor, de modo a restituir aos cofres públicos montantes desviados pelos atos ilícitos, autorizará o juiz a solicitar esclarecimentos e de negar a homologação, caso observe a insuficiência da recomposição ao erário.

No mais, a voluntariedade deriva das assertivas e disposições da própria autocomposição para a qual o investigado externa ou adere a obrigações propostas, formantando sua conduta para o seu cumprimento, conduzindo manifestação livre de submissão à concretização da solução consensual.

Na hipótese de exclusão de penalidades com base na colaboração é pertinente a avaliação judicial dos termos propostos pelo colaborador, segundo exame concreto de sua viabilidade, mesmo que projetada para a conclusão posterior do conjunto de provas. A colaboração, com efeito, deriva de um juízo de potencialidade da contribuição do investigado

para a obtenção de provas ou identificação de outros agentes responsáveis por atos, em tese, lesivos ao erário.

Em igual sentido é preciso concluir na homologação que todo o objeto do litígio está inserido nas proposições, de modo a afastar questionamentos futuros ou mesmo a quebra da confiança, razão pela qual é preciso que o ANPC descreva todos os fatos contemplados no acordo, ao mesmo tempo quais serão as sanções que deverão ser cumpridas, com todas as suas peculiaridades, mormente a prazo, forma, cláusulas penais e extensão dos danos contemplados na autocomposição, assim como que estará o sujeito passivo dispensado de novas investigações e novas medidas de restrição e que o cumprimento da avença extinguirá o procedimento para todos os fins jurídicos.

Portanto, diante de fundamentos que justifiquem esclarecimentos estes deverão ser indagados das partes e, caso não supridos, cabe ao juiz não homologar o acordo e deliberar por seu complemento ou retificação, devolvendo-o aos interessados. Caso as partes discordem da avaliação judicial a via recursal estará aberta para fins de correção ou revisão da decisão, o que atende aos regramentos processuais inerentes a todas as relações jurídicas submetidas à avaliação judicial, não gerando surpresa aos litigantes.

Por fim, no que toca ao segundo aspecto da atuação judicial no ANPC, especialmente quando o magistrado observar que o acordo seria viável, mas ele não é ofertado pelo legitimado, depreende-se a necessidade de uma solução jurídica para eventual impasse, sem a qual haverá flagrante frustração do próprio sistema de adequação do consenso para a solução dos casos de improbidade administrativa, como previsto pelo legislador.

Com efeito, a iniciativa de ofertar ou não ofertar o acordo é do legitimado, mas, por ser este submetido aos preceitos de colaboração e boa-fé processuais, se mostra imprescindível que sejam externados de forma concreta todos os motivos que levaram o agente a não ofertar a proposta conciliatória. Nesse sentido a doutrina de Fabrício Rocha Bastos²⁴⁴, o qual afirma, inclusive, pela pertinência do membro do Ministério Público seguir os precedentes do órgão de execução e lançar promoção fundamentada para justificar suas medidas, bem como o próprio regramento do ANPC lavrado pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, através de sua resolução número 2469, publicada em 25 de maio de 2022²⁴⁵.

Por tais motivos, um primeiro parâmetro estará na necessidade de apresentação da motivação para fins de não concretização da proposta de autocomposição.

²⁴⁴ BASTOS, Fabrício Rocha. Obra citada, página 175.

²⁴⁵ Art. 1º, parágrafo 3º, da Resolução 2469 de 2022 do MPRJ: “A recusa na celebração do acordo de não persecução cível será fundamentada e deverá constar dos autos do procedimento investigatório ou do processo judicial.”

Para um segundo momento, apresentadas as razões, é preciso avaliar se estas merecem ser avaliadas pelo juiz, de modo a permitir o prosseguimento do feito sem a tentativa autocompositiva. Nesta hipótese, caso o juiz se convença da inadequação da negativa não há solução legal que resolva o impasse, ao mesmo tempo que não é permitido, em um sistema democrático e cooperativo de direito processual, deixar ao arbítrio exclusivo do legitimado o poder absoluto de propor a autocomposição ou conduzir, a seu exclusivo talante, a demanda judicial adversarial.

A avaliação meramente subjetiva do legitimado não merece ser ratificada pelo juízo, caso afastadas de circunstâncias objetivas do caso concreto, sob pena de se consagrar o exercício abusivo do direito de ação ou mesmo o denominado assédio processual, institutos tão nocivos ao sistema de justiça como as violações que o sistema jurídico pretende reprimir.

Dito isto, não há outra alternativa, a não ser instrumentalizar o investigado e o próprio juiz de medidas regulares de busca da solução consensual dos conflitos na hipótese da improbidade administrativa.

Vislumbra-se, pois, adequada a ocorrência de duas alternativas plenamente compatíveis com o sistema processual e para as quais há total incidência em outros ramos do direito. A primeira será o não recebimento da inicial, com possível remessa do caso para o Procurador Geral de Justiça, no âmbito dos Estados, ou para a respectiva Procuradoria Regional da República, na seara federal, a fim de que a gestão da entidade avalie a substituição do membro do Ministério Público, para fins de condução do procedimento e possível oferta das propostas de autocomposição. Não obstante, para o Professor Fabrício Rocha Bastos, em entendimento do qual se adere, seria possível a utilização do preceito do art. 9º, da Lei 7347 de 1985, mediante o envio para o Conselho Superior ou Câmara de Coordenação e Revisão²⁴⁶. Interessante notar nesse ponto que tal envio é exigido pela atual redação da LIA para a hipótese de oferta do ANPC²⁴⁷, razão pela qual seria de total isonomia a mesma remessa para a hipótese de recusa na autocomposição.

Na hipótese da recusa partir do representante jurídico da pessoa lesada, ouvido o Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, deverão ser incentivados os atos de consenso entre a pessoa lesada e o investigado, lançando-se as mesmas premissas acima evidenciadas, no sentido de que eventual abusividade seja rechaçada pelo juiz, quer com o não recebimento da inicial, quer provocando o Ministério Público a ofertar o acordo,

²⁴⁶ BASTOS, Fabrício Rocha. Obra citada, página 174.

²⁴⁷ Art. 17-B, parágrafo 1º, II, da LIA: “A celebração do acordo a que se refere o *caput* deste artigo dependerá, cumulativamente: II – de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação.”

submetendo a recusa da pessoa jurídica lesada à via recursal, caso não aceite a homologação da avença, entabulada por intermédio da legitimação concorrente do Ministério Público.

O ponto mais tormentoso estará na hipótese do Ministério Público não ofertar a autocomposição, em tese, cabível na percepção do juiz e o envio à Procuradoria Regional da República ou de Justiça ou aos Conselhos Superiores dos Ministérios Públicos dos Estados ou Câmaras de Revisão das Regiões da Justiça Federal ratificarem a manifestação do órgão de primeiro grau. O cenário, com todas as ressalvas, não poderá obrigar o juiz a receber a inicial de forma impositiva, o que violaria a própria independência do Poder Judiciário de exame livre e motivado das pretensões judiciais. Pelo exposto, neste momento, será permitido ao magistrado o pleno exercício de seu mister, inclusive para fins de rejeitar a inicial acusatória da improbidade, por ausência das condições da ação ou mesmo da justa causa, em ambiente análogo ao que ocorre na seara penal²⁴⁸, ou mesmo extinguir o feito, sem exame do mérito, por inadequação da via eleita, apontando a ausência de interesse processual de agir no seu viés adequação ou mesmo utilidade²⁴⁹. Nesta hipótese, não haverá nenhuma violação ao sistema de justiça, posto que estarão abertos às partes os prazos para interposição de recurso da decisão judicial para sua reforma ou invalidação.

Por certo que a extinção acima, no paradigma da rejeição de eventual peça acusatória no direito processual penal, será medida excepcional que poderá ser precedida do envio do caso para câmaras de negociação ou órgãos de mediação vinculados aos Tribunais ou afetos à estrutura do ente lesado, incluindo eventuais núcleos ligados aos próprios Ministérios Públicos dos Estados e das Regiões da Justiça Federal.

4.2.5 Meios de Impugnação

Os meios de impugnação de um ANPC hão de observar o ato jurídico perfeito entabulado pelo legitimado e pelo investigado, de modo que para outros legitimados será possível a via da demanda anulatória, ao mesmo passo que tal via, igualmente, será adequada para contemplar o inconformismo de eventual terceiro que seja atingido pela avença, especialmente quando esta versar sob o viés da colaboração.

A atual redação da LIA, com o advento da Lei 14230 de 2021, sanou possível divergência entre o Ministério Público e a pessoa jurídica lesada, pois prevê a necessidade da

²⁴⁸ Art. 395, do CPP: A denúncia ou queixa será rejeitada quando: II- faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.

²⁴⁹ Art. 485, VI, do CPC: “O Juiz não resolverá o mérito quando: VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual.”

oitiva do ente federativo lesado, quer o acordo seja entabulado antes ou depois da demanda judicial.²⁵⁰

Convém salientar que há decisão do Eg. STF²⁵¹, acima citada, na qual foi mantida sistemática anterior de legitimidade concorrente na ação de improbidade para as pessoas jurídicas, para o que se conclui que, firmadas as tratativas do ANPC pelo ente lesado, haverá, obrigatoriamente, a manifestação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, bem como de homologação judicial, o que corrobora que eventual impasse entre tais legitimados seja sanado no procedimento e, após a homologação, eventual impugnação se dê na via recursal adequada.

A invalidade do ANPC poderá ser pretendida para afastar as provas carreadas aos autos, bem como para impugnar a responsabilização indicada pelos pactuantes, caso relacionadas a obrigações de terceiros, notadamente quando estranhos ao acordo, o que exigirá demanda própria.

O cumprimento das obrigações, no mais, poderá ser executado após a homologação da avença e a impugnação ao cumprimento seguirá as mesmas regras do art. 523 e seguintes do CPC, cabendo ao impugnante trazer ao debate as razões de sua recusa ao cumprimento voluntário das obrigações ou sua impugnação aos valores e sanções impostas, sendo certo que haverá limitação ao conteúdo, ante o critério judicial da homologação, não se autorizando a revisitação aos termos do mérito da autocomposição.

Desta forma, o novo sistema denota maior segurança jurídica ao ANPC, especialmente ao exigir a homologação judicial que surtirá seus efeitos até uma possível demanda anulatória, limitando eventual impugnação do executado, caso descumpridas as obrigações, o que fora consagrado no parágrafo 1º, III, do art. 17-B, da LIA.

A segurança jurídica exige, ainda, que demais legitimados de outras esferas de atuação conduzam suas atribuições respeitando o acordo entabulado na esfera da improbidade, de modo que sanções impostas na autocomposição da LIA sejam observadas e compensadas em outros procedimentos afetos ao mesmo fato. Com efeito, no mesmo sentido acima, havendo eventual rejeição do acordo por legitimados de outras esferas apenas a invalidação do ANPC, por demanda própria, poderá retornar às partes ao estado anterior à avença, mantendo-se todos os seus efeitos, enquanto válida a composição.

²⁵⁰ Art. 17 -B, parágrafo 1º, I, da LIA: “A celebração do acordo a que se refere o *caput* deste artigo dependerá, cumulativamente: I – da oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação.”

²⁵¹ Nesse sentido ADIs 7040 e 7043, decisão monocrática de 17 de fevereiro de 2022, Ministro Alexandre de Moraes, suspendendo o art. 3º da Lei 14230 de 2021 e dando interpretação conforme a Constituição à LIA para restabelecer a legitimidade ativa das entidades públicas nas ações de improbidade administrativa.

Com tais premissas, firmado um ANPC de reparação de danos e de restituição de bens acrescidos por atos, em tese, de improbidade, tendo havido a oitiva do ente lesado e o expediente ao Tribunal de Contas, conforme alude o preceito do parágrafo 3º, do art. 17-B, da LIA²⁵², novos questionamentos, quer por órgãos de controladoria, agências reguladoras, outras esferas do Ministério Público, dentre outros, não de observar as regras constantes do acordo, salvo o manejo de ação anulatória, mas não seria possível que apenas ignorem a avença, ante o caráter satisfativo de seus efeitos, configurando-se a autocomposição em ato jurídico perfeito, devidamente convertido em título executivo judicial com a homologação do juiz competente.

4.2.6 Homologação, Sindicabilidade e Executoriedade do ANPC

A homologação do ANPC passou por importante atualização com o advento da Lei 14230 de 2021, eis que no sistema anterior havia uma omissão quanto à exigência de homologação judicial, fazendo com que se sustentasse a possibilidade apenas de lavratura do Acordo perante o membro do Ministério Público com posterior homologação pelo órgão superior do Ministério Público competente para avaliar as promoções de arquivamento.

Depreende-se que, diante da omissão legislativa na regulamentação do ANPC, se concebia uma rotina similar ao que ocorre com o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, para o qual há autocomposição lavrada pelo membro do Ministério Público e, em regra, pelo investigado em Inquérito Civil, submetido após para fiscalização e publicidade do Conselho Superior do Ministério Público Estadual ou pela Câmara de Revisão do Ministério Público Federal, mas que surtiria efeitos e permitiria a execução, como título executivo extrajudicial, de imediato, autorizando o membro do Ministério Público a impetrar a execução em face do devedor das obrigações perante o Poder Judiciário, à luz do art. 5º, parágrafo 6º, da Lei 7347 de 1985²⁵³, a Lei da Ação Civil Pública, bem como da Resolução 179 do Conselho Nacional do Ministério Público²⁵⁴.

²⁵² Art. 17-B, parágrafo 3º, da LIA: “Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias.

²⁵³ Art. 5º, parágrafo 6º, da LACP: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

²⁵⁴ Art. 3º, da Resolução 179 do CNMP: “O compromisso de ajustamento de conduta será tomado em qualquer fase da investigação, nos autos do inquérito civil ou procedimento correlato, ou no curso da ação judicial, devendo conter obrigações certas, líquidas e exigíveis, salvo peculiaridades do caso concreto, e ser assinado pelo órgão do Ministério Público e pelo compromissado.”

Não obstante, na nova redação do art. 17-B da LIA, especialmente nos incisos II e III do parágrafo primeiro, vislumbra-se uma dupla forma de sindicabilidade para o ANPC, o que a lei denominou, em primeira hipótese, de aprovação do órgão do Ministério Público para apreciar as promoções de arquivamento, nos casos de autocomposição anterior ao ajuizamento, bem como a homologação judicial, independentemente do acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa.²⁵⁵

O regramento instituiu requisitos que garantem segurança jurídica para o compromissado, assim como a publicidade necessária da autocomposição, inclusive para fins de novas investigações, consultas nos sistemas de distribuição ou mesmo para permitir a executoriedade das avenças, como título judicial, a ensejar cumprimento de sentença na forma do art. 523 e seguintes do CPC.

A sindicabilidade é o nome dado pela Doutrina ao mecanismo de validação que informará as teorias do controle da legalidade, de legitimidade, bem como de licitude, envolvendo a competência do controle, a provocação, os processos e os efeitos das decisões na aplicação dos instrumentos de tal controle.²⁵⁶

A Doutrina específica do ANPC, no mais, assenta que a sindicabilidade seria a realização do controle sobre o ato anterior, apurando-se desde a legalidade até a legitimidade e o interesse público envolvido.²⁵⁷

Observa-se, com efeito, que a nova redação da LIA estabeleceu, com maior critério, a necessidade da homologação judicial para validade do ANPC, assim como, conjuntamente, a prévia aprovação do Conselho Superior, caso a autocomposição tenha sido lavrada antes do ajuizamento.

Convém examinar com cautela os termos utilizados pela norma para, inclusive, compreender a dimensão da manifestação do Conselho Superior e do Poder Judiciário quando submetido o ANPC a seu exame e homologação.

A denominada aprovação do Conselho guarda muito mais relação de uma rotina de avaliação interna do Ministério Público acerca da regularidade do arquivamento da investigação advindo do ANPC, cabendo ao Conselho, nesta conclusão, o exame de eventual necessidade de aprofundamento de investigações ou mesmo de orientação para os demais

²⁵⁵ Art. 17-B, parágrafo 1º, II e III, da LIA: “ A celebração do acordo a que se refere o *caput* deste artigo dependerá, cumulativamente: II – de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação; III – de homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa.”

²⁵⁶ Nesse sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, ano 2014, página 155.

²⁵⁷ PEREIRA, Rafael. Obra citada, página 116.

órgãos do Ministério Público, inclusive para evitar manifestações contraditórias de membros diversos.

Deste modo, ao mesmo tempo que o Conselho não teria a atribuição de promover alterações no ANPC, a autorização legal de sua aprovação não poderá, igualmente, configurar uma providência meramente administrativa ou procedimental sem qualquer efeito concreto. Tal compreensão deriva do próprio prazo dado ao órgão superior do Ministério Público de 60 (sessenta) dias para sua avaliação, o que informa que haverá um exame regular e não meramente protocolar do procedimento.

Com efeito, o órgão superior do Ministério Público conduzirá o primeiro ato de validação do ANPC, para o qual é preciso definir os limites de tal exame. O órgão superior do Ministério Público, portanto, poderá, em tese, não aprovar o ANPC, apresentando as razões pelas quais conclui por tal resultado. Neste momento o órgão superior terá a oportunidade de sugerir alterações no ANPC que serão examinadas pelos legitimados que são os únicos capazes de emitir novas declarações de vontade para ajuste ou recusa da lavratura do acordo.

Destaca-se que a aprovação do ANPC será adequada apenas em acordos anteriores ao ajuizamento, de modo a se sustentar sua atribuição de avaliar o arquivamento de inquéritos civis, razão pela qual tal aprovação é dispensada na ação judicial que, por óbvio, envolve fatos não arquivados pelo legitimado em primeiro grau. A regra recomenda, no mais, uma atuação uniforme do Ministério Público, pois, do contrário, não haveria nenhuma pertinência no termo aprovação trazido pela lei. A mera avaliação do ANPC no que toca a eventual arquivamento dispensaria o termo aprovação.

O ato de aprovação pelo órgão superior do Ministério Público não ocorrerá quando o ANPC for lavrado diretamente pelo ente lesado e o investigado, pois, neste caso, o acordo deverá de forma obrigatória ser apresentado em juízo para fins de homologação judicial, oportunidade na qual os autos serão encaminhados ao membro do Ministério Público, na sua atuação típica de fiscal da ordem jurídica.

A Resolução número 07 conjunta PGJ / CGNP de 2022, do MPMG estabeleceu com clareza o papel do Conselho Superior no ato de aprovação do ANPC lavrado pelos membros do Ministério Público de Minas Gerais, destacando a possibilidade de rejeição ou mesmo de conversão do ato de aprovação para fins de realização de diligências complementares.²⁵⁸

²⁵⁸ Resolução Conjunta n. 07 PGJ / CGMP DE 2022 do MPMG: “Art. 8º - O Conselho Superior do Ministério Público, com prioridade, verificará a regularidade, legalidade e pertinência do Acordo de Não Persecução Cível – ANPC firmado extrajudicialmente, de que trata esta Resolução, podendo, no prazo legal de 60 (sessenta) dias, aprovar, rejeitar o acordo celebrado ou determinar a realização de diligências complementares na forma do seu Regimento Interno.”

A dupla sindicabilidade se confirma na necessidade de homologação do acordo pelo Poder Judiciário, ato obrigatório para todas as hipóteses, mesmo na fase anterior ao ajuizamento. Avaliou-se acima o papel do juiz no ANPC, de modo a não participar da avença e apenas ponderar a homologação ou a recusa de lavrar a sentença homologatória, momento no qual retornará com o procedimento para reexame dos legitimados, visando a retificação da autocomposição, decisão esta que suportaria recurso regular de agravo de instrumento.

A sentença homologatória, no mais, denota maior segurança jurídica para o ANPC, permitindo não só maior publicidade, como definirá a solução de mérito da lide, autorizando o cumprimento de sentença, no qual há limites mais restritos para eventual impugnação do devedor, como prevê o parágrafo primeiro do art. 525, do CPC, no qual se vislumbra, de plano, que em sede de autocomposição estarão afastadas as causas impugnativas previstas nos incisos I, II, III e VI do dispositivo em exame. A conclusão é inconteste dada a natureza da sentença homologatória da autocomposição, o que permitirá debates na impugnação apenas para afastar excessos de penhora ou de execução, assim como causas modificativas ou extintivas da obrigação, como o próprio pagamento. A prescrição, na hipótese de sentença homologatória de autocomposição, ademais, autorizará impugnação apenas para marcos posteriores à sentença.²⁵⁹

Não obstante, a execução do ANPC merece avaliação mais cautelosa do que a mera percepção de que teremos um título executivo judicial, passível, portanto, da imediata instauração de fase de cumprimento de sentença, como autoriza o art. 523 e seguintes do CPC.

A fase de cumprimento para execução do ANPC estará integralmente autorizada na hipótese de pretensão de pagamento das obrigações pecuniárias assumidas, quer multas ou indenizações previstas, especialmente a reparação do dano. Nestes casos não há sequer interesse na retomada da ação por improbidade administrativa, autorizando-se o imediato cumprimento da sentença homologatória.

Por outro enfoque, as cláusulas da composição, como acima mencionado, autorizam a suspensão da demanda diante da cláusula de *non petendo*, e, caso não cumpridas as obrigações assumidas pelos investigados, estará permitida a retomada do curso processual, com o ajuizamento da demanda e, com efeito, a formulação do pedido condenatório em

²⁵⁹ Art. 525, parágrafo 1º e incisos, do CPC: “Na impugnação, o executado poderá alegar: I. falta ou nulidade de citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia; II . ilegitimidade de parte; III . inexigibilidade da obrigação; IV. penhora incorreta ou avaliação errônea; V. excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; VI. Incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução; VII. qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.”

processo de conhecimento para a aplicação da integralidade das sanções previstas no art. 12, da LIA.

Conclui-se, portanto, que em cenário de direito administrativo sancionador as obrigações pactuadas e parcialmente cumpridas não de ser observadas pelo legitimado, de modo que, a depender da obrigação assumida, o próprio cumprimento ou mesmo a conversão da ação em ação civil pública serão consequências possíveis e autorizadas pelo ordenamento.

Avaliando-se o rol das sanções, ao mesmo tempo os termos da convenção, mormente a natureza e conteúdo das obrigações, não há dúvidas de que a hipótese de cumprimento parcial poderá autorizar a implementação do método mais adequado de prosseguimento, sem que haja o simples ajuizamento da pretensão ou mesmo o cumprimento sem ressalvas da sentença homologatória.

Por esta razão é preciso que os integrantes do Ministério Público e da Pessoa Jurídica lesada, assim como os patronos dos investigados fiquem atentos à formatação do ANPC, a fim de entabularem, no próprio acordo, as vias adequadas de execução e cumprimento, inserindo todas as medidas sancionatórias para a não satisfação de obrigações ou mesmo cláusulas penais. Por outro lado, uma vez cumpridas medidas pelo pactuante, tal contexto deverá ser observado em eventual retomada da investigação ou da demanda judicial, inclusive para que tal obrigação seja extinta ou mesmo que haja abatimento proporcional das obrigações adimplidas pelo sujeito em relação à pretensão inicial.

Neste trabalho se destacou, inclusive com referência em doutrina e em Atos Normativos, efetivamente editados pelos Ministérios Públicos, que o ANPC poderá ser uma autocomposição de pura reprimenda ou de colaboração.

Com efeito, a distinção desta natureza é fundamental para a correta conclusão das medidas a serem tomadas para a exequibilidade do acordo.

Desta forma, firmado um ANPC de colaboração, a observância dos contornos dessa colaboração autorizará, inclusive, a pronta extinção de todas as responsabilidades do compromissado, configurando-se o pleno aperfeiçoamento do acordo para todos os fins legais. Neste caso, não se vislumbra autorizada a simples interposição de fase de cumprimento de sentença pelo legitimado, mas, em verdade, a invalidade do acordo por ação autônoma, sem a qual a convenção deverá surtir todos os efeitos previstos em favor do investigado.

Por tais premissas, na hipótese de lavratura de um ANPC de pura reprimenda é plenamente factível a inserção de cláusula de suspensão da investigação e do procedimento, enquanto se consolida o cumprimento das obrigações para, então, se extinguir as responsabilidades do investigado. Nesta hipótese, todas as obrigações assumidas e

devidamente cumpridas pelo investigado compromissado deverão ser consideradas na hipótese de execução dos demais termos do acordo, inviabilizando-se, deste modo, a retomada integral da ação por improbidade administrativa para a integralidade das sanções previstas no art. 12, da LIA.

Com efeito, a decisão mais adequada para a hipótese de um ANPC que estabeleça a suspensão do procedimento não é a sentença homologatória de resolução do mérito, na forma do art. 487, III, b, do CPC, mas, ao contrário, uma decisão homologatória do acordo com suspensão do procedimento, como permitem os artigos 313, II, e 922, ambos do CPC. Tal disposição permitirá a retomada da pretensão, sem qualquer violação à segurança jurídica e em total acordo com a real vontade das partes.

Por fim, a executoriedade das medidas constantes no ANPC deverá estar relacionada às sanções previstas no art. 12 da LIA e que foram contempladas pelas partes para a configuração da autocomposição.

Deste modo, além da avaliação da natureza do acordo, isto é, se estamos diante de uma autocomposição de colaboração ou de pura reprimenda, exige-se a avaliação do conteúdo do acordo e, especialmente, as sanções efetivamente inseridas na convenção e, por fim, àquelas que foram integralmente cumpridas pelo pactuante.

Por tais motivos, analisando de forma criteriosa as disposições dos incisos do art. 12, da LIA, observa-se que há medidas de pronto cumprimento, assim como outras que ensejarão o implemento de obrigações de fazer ou não fazer no prazo entabulado pelas partes e, por fim, obrigações pecuniárias para o recolhimento das multas ou para reembolso de eventual indenização ao erário em dinheiro.

Em razão do exposto, as sanções de perda de bens ou valores ou mesmo a perda da função pública estarão cumpridas de imediato, com a lavratura do ANPC e a sucessiva transferência dos bens ao ente lesado, assim como o pleito de exoneração da função pública até então exercida pelo agente.

No entanto, quando prosseguimos na avaliação das sanções é necessário registrar que obrigações como a suspensão dos direitos políticos ou suspensão do direito de contratar com a administração ou receber incentivos fiscais estarão cumpridas quando concluído o prazo convencionado pelas partes. Para tais obrigações, não obstante, o cumprimento da avença é de simples execução, quer na fiscalização do não exercício de funções públicas, quer no monitoramento do recebimento de benefícios fiscais, medida de pronta comunicação aos entes lesados, como na fiscalização da atuação dos compromissados em participarem de contratos administrativos, o que deve ser registrado em cadastro competente.

Tais medidas, como visto, estarão cumpridas sem contratempos, dispensando fase executiva, especialmente se os legitimados suspenderem o curso do procedimento nos termos acima indicados, momento no qual a extinção do procedimento ocorrerá, ao final do termo ajustado, quando demonstrado o decurso do prazo assinalado sem atos de descumprimento.

No mesmo contexto, as obrigações pecuniárias de reembolso de danos ao erário, assim como das multas previstas para todas as hipóteses de improbidade, caso entabulado um prazo de cumprimento, isto é, concedido um parcelamento dos valores para pagamento do compromissado será adequada, igualmente, a suspensão do procedimento no corpo do ANPC, visando a extinção das obrigações apenas ao final do cumprimento com a quitação integral do preço.

Na hipótese acima, caso descumpridos os pagamentos das obrigações pecuniárias, o início de fase de cumprimento de sentença, com atos de constrição será a medida mais adequada, afastando-se eventual retomada do curso processual na fase de conhecimento, previamente à sentença de mérito. A consequência é a mesma da hipótese condenatória trazida na sentença judicial. Para tais hipóteses, indevida seria a mera suspensão do procedimento, inclusive porque, em tese, teria havido quitação ao menos parcial do ajustado, até a constatação do inadimplemento.

Os legitimados, nestes casos, visando efetivo cumprimento do ANPC poderão estabelecer cláusulas penais, vencimento antecipado de saldo devedor ou outras medidas que tornem a autocomposição mais segura para fins de sua execução e satisfação, observando-se, sob pena de enriquecimento sem causa, saldos quitados pelo pactuante, mesmo que de forma parcial.

5. TRANSVERSALIDADE NO ANPC

5.1 Pressupostos da Transversalidade no ANPC

O mais relevante efeito da nova lei de improbidade administrativa, com suas atuais alterações, está na implantação do debate no cenário jurídico brasileiro da transversalidade dos atos de consenso para outras esferas de responsabilidade.

É cediço que a doutrina iniciou esta análise quando do aprimoramento dos institutos da colaboração premiada e do acordo de leniência, ambos acima referidos, para os quais

houve importante modificação legislativa, respectivamente, nos preceitos do art. 4º, da Lei 12.850 de 2013²⁶⁰ e do art. 16, da Lei 12.846 de 2013²⁶¹.

Na medida em que foram surgindo os atos de autocomposição nas mais relevantes disciplinas do direito, notadamente no campo penal, seria impossível não ponderar que tais composições pudessem influenciar em outras responsabilidades, uma vez que o ordenamento jurídico passou a autorizar a participação do indivíduo e de sua defesa na construção da solução processual, mesmo nos casos de interesses até então indisponíveis.

A implantação de tais institutos, o que foi amplamente examinado neste trabalho, apenas terá efetividade se o sistema de justiça instituir um diálogo constante das fontes, bem como construir mecanismos de cooperação entre as diversas esferas e agentes, a fim de consagrar o postulado da segurança jurídica na entabulação dos acordos, trazendo para os cidadãos a confiança indispensável de assumir responsabilidades sem que isso prejudique sua vida ou negócios com atos contrários aos seus direitos, na hipótese em que outro legitimado, ciente da autocomposição para uma das responsabilidades, buscase impor a aplicação de novas sanções ou deveres ao colaborador ou compromissado.

Eventual inadequação do sistema ou ausência de coerência fundamentará às defesas a imediata negativa de submissão de seus defendentes aos institutos de autocomposição, frustrando-os de incidir para a mais adequada tutela dos direitos em debate. Ao revés, caso consigamos consolidar aspectos de segurança jurídica e transversalidade dos institutos, mantendo-se íntegro o postulado da presunção de inocência, sem nenhuma consequência negativa para a pessoa física ou jurídica investigadas, teremos, enfim, um sistema moderno de responsabilização, muito mais eficiente e que permitirá a pronta solução de casos complexos, sem que os debates se arrastem por anos, prejudicando a sociedade e os próprios investigados que ficam vinculados a constantes procedimentos de apuração, por longo período, em total prejuízo à regular fruição da vida pessoal, financeira e empresarial dos sujeitos.

Desta forma, é um erro grave a manifestação de algumas defesas no sentido de argumentarem sempre contrárias aos instrumentos de autocomposição, sob a assertiva de que o contraditório e a submissão do defendente aos procedimentos lhes trarão menos prejuízos

²⁶⁰ Art. 4º, da Lei 12850 de 2013: “O Juiz poderá, a requerimento das partes, conceder perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados (...)”

²⁶¹ Art. 16, da Lei 12846 de 2013: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, no âmbito de suas competências, por meio de seus órgãos de controle interno, de forma isolada ou em conjunto com o Ministério Público ou coma Advocacia Pública, celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos e pelos fatos investigados e previstos nesta Lei que colaborarem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, de forma que dessa colaboração resulte (...)”

peçoais e econômicos, esquecendo-se que a vinculação do cidadão ou da empresa há anos de investigação ou sucessivos procedimentos administrativos e judiciais são fatores altamente nocivos à manutenção de suas atividades.

Por tais premissas, a consolidação de um sistema eficiente, seguro e coeso é indispensável para que se extraia de tais institutos todos os benefícios capazes em favor da sociedade e também dos investigados que, uma vez solucionada a situação jurídica, estarão autorizados a continuarem suas relações pessoais e negociais, inclusive com a atuação preventiva dos institutos para novos fatos.

Com efeito, estão na lei de improbidade administrativa os instrumentos legislativos capazes de instituir uma harmonia no sistema, dada sua relevância para a responsabilização dos atos contrários ao erário, bem como dada a evolução dos demais institutos nos outros campos do direito que aguardavam uma alteração mais moderna para a improbidade administrativa que, por natureza, se aplica a um maior e mais abstrato rol de atos de pessoas físicas ou jurídicas capazes de atingir o patrimônio público e os princípios reguladores da atividade administrativa no país.

Em suma, as alterações da LIA permitem, em conjunto com as demais modificações legislativas acima referidas, incidentes sobre procedimentos de outros ramos do direito, a implantação no Brasil de um sistema de justiça íntegro e coerente, sem o qual haverá perdas para todos os seguimentos e para o próprio interesse coletivo.

O exame da LIA não deixa dúvidas de que seu intento foi de se estabelecer mecanismos de interligação entre as diversas responsabilidades, ora para a incidência de regras ou fatos envolvidos nas demais responsabilidades no próprio exame da improbidade administrativa, ora para que o procedimento investigativo da improbidade pudesse influenciar as demais vertentes obrigacionais do possível investigado.

Todos os institutos nos quais a transversalidade se consolidou na LIA foram amplamente avaliados nos pontos supramencionados. Todavia, convém retornar para exame mais específico e cauteloso ao disposto no preceito do parágrafo 2º, do art. 2º, da LIA, para o qual as sanções da improbidade administrativa não se aplicam a pessoas jurídicas responsabilizadas pelos mesmos atos perante às normas da Lei de Anticorrupção Empresarial, isto é, a Lei n. 12846 de 2013. Observa-se, pois, que há uma positiva excludente de responsabilidade para as sanções da LIA, caso os mesmos fatos tenham gerado prévias sanções, vedando-se o *bis in idem*, o que é reiterando na norma através da redação do parágrafo 7º, do art. 12, da LIA, em cenário indicativo da criação de um sistema comunicante entre as diversas responsabilidades.

O mesmo contexto se confirma quando a LIA avalia as sanções típicas de sua transgressão, afirmando como dever do juiz considerar a dosimetria das sanções relativas ao mesmo fato já aplicadas ao agente, conforme preceito do inciso IV do art. 17-C, da LIA, em contexto referente aos procedimentos administrativos, civis e penais, diante da referência expressa do parágrafo 5º, do art. 21 da LIA, carecendo, pois, de interpretação conjunta de ambos os dispositivos para a conclusão inegável da transversalidade.

No mesmo sentido, eventuais sanções da LIA não de ser observadas pelos titulares dos atos de controle ou reponsáveis pelos procedimentos administrativos e judiciais afetos a outras esferas, sob pena de incoerência do sistema normativo, bem como de uma insegurança jurídica que ofenderia a própria Constituição Federal, que, a seu turno, como acima examinado, consagra como direitos fundamentais o devido processo legal e a segurança jurídica.

Não há outra interpretação possível, posto que um sistema normativo dotado de insegurança jurídica deve ter sua incidência afastada por todo e qualquer operador do direito.

Nos atos de autocomposição, igualmente, não é concebível apontar consequências diversas, pois os atos de consenso exercem as mesmas funcionalidades das decisões adversariais, de modo que a composição lançada em colaborações premiadas ou acordos de leniência não de ser observadas pelos legitimados e pelo juiz responsáveis pelas causas da improbidade administrativa, notadamente para afastar reponsabilidade ou novas sanções sobre os mesmos fatos. No mesmo contexto, o Acordo de Não Persecução Civil, regularmente lavrado, há de ser observado e ter garantida sua transversalidade para proteção do Estado e dos pactuantes nos demais procedimentos envolvendo os mesmos fatos, em quaisquer competências, administrativas ou judiciais.

Convém registrar que as impugnações injustificadas aos atos de autocomposição, sob a falha alegação de que após o acordo não se excluíram responsabilidades, autorizará o pactuante a postular a revisão ou rescisão do acordo, em flagrante prejuízo às obrigações assumidas, especialmente aos direitos assegurados em favor do próprio erário e da pessoa jurídica lesada que deverá retomar seus esforços para uma nova responsabilização.

Com efeito, a transversalidade dos atos de autocomposição é indispensável para a coerência necessária à manutenção do próprio sistema de responsabilidades e de sua autonomia, segundo critérios dialógicos e interdependentes, vedando-se sobreposições de medidas e inutilidades nos procedimentos, assim como, evitando-se a perda desnecessária de atos e recursos igualmente públicos.

Certo é que o direito penal terá suas vertentes voltadas para as penas privativas de liberdade previstas para as violações a ilícitos criminais, ao mesmo passo que a Lei de Improbidade estará mais atenta as sanções patrimoniais e de recuperação do patrimônio público lesado.

No mesmo sentido, a Lei de Anticorrupção Empresarial poderá ser aplicada em procedimento no qual não estejam presentes agentes públicos. Ao revés, a Lei de Improbidade exige a presença, ao menos, de um agente público para sua incidência e operacionalidade.

A representação jurídica de um ente lesado buscará o afastamento de um agente nocivo no âmbito de seus procedimentos administrativos, assim como a recuperação de recursos de sua esfera de atuação. Os órgãos de contas estarão, igualmente, não só atentos aos prejuízos aos cofres públicos, bem como preocupados com a higidez da atuação da administração pública nos seus atos e contratos administrativos, inclusive para efeitos prospectivos.

Tal visão objetiva dos institutos, embora garanta a autonomia, não afasta a pertinência de comunicação e de cooperação entre as esferas de responsabilidade e entre as instituições.²⁶²

Não obstante, a comunicação interdisciplinar não impede o exercício das competências dos diversos agentes públicos imbuídos do combate à corrupção pelos diferentes instrumentos normativos em favor de suas instituições. Ao revés, confirma-se um sistema único de tutela da probidade administrativa, como promessa constitucional advinda do art. 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal. Tutela-se, com efeito, a coerência e a confiança do sistema jurídico e de seus agentes, tão necessárias para legitimidade de atos de controle ou de responsabilidade.

O sistema único denotaria um verdadeiro microssistema de tutela da probidade administrativa, especialmente diante da dicção da norma constitucional que impõe a tutela da probidade, na forma e na gradação previstos em lei, encaminhando-se ao legislador a formatação de normas infraconstitucionais para a resposta civil e administrativa, assim como sem se descuidar da eventual resposta penal, o que confirma a múltipla incidência das diversas responsabilidades, mas reafirma a necessidade de se afastar inconsistências que poderiam, inclusive, ameaçar a proteção pretendida pela Constituição.²⁶³

²⁶² Nesse sentido no exame dos reflexos da colaboração premiada: SOUZA, Renee do Ó. Os efeitos transversais da colaboração premiada e o acordo de leniência. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, ano 2021, páginas 128/129.

²⁶³ No mesmo contexto para exame dos reflexos da colaboração premiada: SOUZA, Renee do Ó, obra citada, página 220.

Com efeito, diante de tal contexto, imperioso concluir pela influência dos institutos de autocomposição em outros ramos do direito, visando afastar a sobreposição das mesmas sanções, além de permitir a tutela eficiente da probidade administrativa, não só pela unidade do sistema, mas por razões de confiança e economia.

Por estas razões, diversas regulamentações internas do Ministério Público estão a tutelar a ação conjunta de seus membros com atribuições penais e civis, observando-se o tratamento conjunto e não contraditório para os mesmos fatos, como exemplo acima referido do art. 13, da Resolução 2469 de 2022, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.²⁶⁴

Com tais premissas, conclui-se, por razões de uniformidade e coerência do sistema de tratamento da probidade administrativa, eventual medida trazida no bojo de um acordo de leniência ou de uma colaboração premiada, bem como de um acordo de não persecução penal, não de influenciar nas medidas reconhecidas pelo Poder Judiciário na aplicação da LIA e, especialmente de suas sanções, observando-se o mesmo raciocínio na concepção contrária.

Deste modo, lançada a reparação dos danos pela pessoa jurídica no acordo de leniência, tal medida não poderá ser repisada no campo da improbidade. No mesmo sentido, afastada a responsabilidade pessoal do agente na justiça criminal, esta não pode ser rediscutida na ação de improbidade. Invalidado o contrato na seara administrativa tal pretensão não merece ser novamente discutida na seara da improbidade. O Tribunal de Contas, caso estabeleça um valor de reparação acerca de determinado ato administrativo ou contrato, dispensa que tais montantes sejam novamente discutidos em outras demandas, salvo a avaliação de novos fatos ou circunstâncias. Nesse sentido, aliás, a redação clara do art. 15, *caput* e parágrafo único, da LIA²⁶⁵, no sentido de que tanto o Ministério Público como o Tribunal de Contas poderão acompanhar procedimentos administrativos disciplinares, bem como que deverão ser cientificados pelo ente público de tais procedimentos, assim como poderão indicar representantes ou membros para fins de acompanharem o procedimento administrativo.

Há, pois, um cenário de diálogo constante e de cooperação, a ser exigido de todos os personagens que atuem no exame desses complexos atos, a fim de que, na forma mais breve e

²⁶⁴ Art. 13, da Resolução 2469 de 2022 do MPRJ: “As negociações que envolverem ilícitos puníveis nas esferas cível, criminal e administrativa serão estabelecidas preferencialmente de forma conjunta pelos órgãos do Ministério Público com atribuição nas respectivas áreas de atuação, observados os balizamentos da Lei 8429/1992.”

²⁶⁵ Art. 15, *caput*, da LIA: “A comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo disciplinar aplicável ao agente; Parágrafo único: O Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.”

eficaz possíveis, estejam reparados os danos ao erário e tutelada de forma eficaz a probidade administrativa.

Neste contexto, as diversas Resoluções ou Atos normativos de regulamentação do ANPC perante os Ministérios Públicos dos Estados têm observado regras acerca da transversalidade do acordo para outras esferas, quer para tutelar a proporcionalidade, quer para estabelecer critérios de proteção do ajuste, especialmente no campo da responsabilidade do acordante e a possível vedação da fruição das informações coletadas em outras esferas de responsabilização.²⁶⁶

O professor Valter Shuenquener de Araújo assenta, ao examinar o tema e justificar sua conclusão acerca da necessidade de comunicabilidade das esferas de responsabilidade para aplicação de múltiplas sanções, destaca que incoerências do sistema ocasionariam perda do efeito preventivo das normas.²⁶⁷

Convém destacar, por conseguinte, que todos efeitos dos atos de autocomposição merecem ser dotados de transversalidade para influenciarem as demais competências. Por óbvio a regra autoriza exceções, sendo possível assentar hipóteses de não incidência, especialmente quando o agente estiver de má-fé, o que poderá autorizar a negativa da transversalidade, devidamente fundamentada pela autoridade responsável, assim como quando esta autoridade assentar possuir provas diversas daquelas que autorizaram a autocomposição primitiva, mediante justificativas de recusa no procedimento, sob pena de ausência de fundamentação. É preciso, pois, uma identidade causal entre os fatos examinados pelas diversas autoridades, o que impedirá o desequilíbrio entre os sistemas de responsabilidades.

²⁶⁶ Nesse sentido os seguintes atos: 1)- Art. 1º, parágrafo 2º, da Resolução 1193 de 2020, do MPSP: “A celebração do acordo não afasta, necessariamente, as eventuais responsabilidades administrativa e penal, nem importa, automaticamente, reconhecimento de responsabilidade para outros fins que não os estabelecidos expressamente no acordo;” 2)- Art. 7º, § 6º, da Resolução COPJ n. 09 de 2021, do MPES: “O ANPC pode ser firmado em conjunto por órgãos de ramos diversos do Ministério Público ou por este e outros órgãos públicos legitimados, em atuação por atos de cooperação concertada;” 3)- Art. 3º, da Resolução Conjunta PGJ / CGMP n. 7, de 2022, do MPMG: “O acordo formalizado nos autos, por escrito, vinculará toda a instituição, e deverá conter os seguintes itens (...)” ; 3)- Art. 10 da Resolução GPGJ 2469 de 2022: “ O acordo formalizado nos autos, por escrito, vinculará toda a instituição, e deverá conter o seguinte (...)”

²⁶⁷ “(...) as incoerências do sistema vigente ocasionam uma perda do efeito preventivo das normas, pois, em razão da incidência de tantas instâncias diferentes, com racionalidades distintas, o administrado acaba por não identificar que medidas e condutas deve adotar. Assim, uma inter-relação entre as instâncias produziria uma atividade sancionadora mais legítima e clara para o destinatário da norma. A vinculação decisória oriunda da comunicabilidade de instâncias não pode ficar adstrita aos raros casos de condenação criminal com decisão *sore* autoria e a materialidade do ilícito penal como determinado pelo art. 935, do Código Civil. As decisões tomadas no âmbito de uma determinada instância não pode ser completamente desprezadas pelas demais, sob pena de a teoria plasmar a irracionalidade punitiva na prática.” ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Texto citado, página 647.

A transversalidade atenderá, no mais, os comandos internacionais que envolvem o tema, sendo possível consignar a clara redação do art. 37, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, medida internalizada pelo Decreto 5687 de 2006, no sentido de delib erar que é dever do Estado parte considera a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou indiciamento.

Observa-se, pois, que a transversalidade não é um fator a facilitar atos de corrupção ou mesmo de tutela ineficiente dos bens jurídicos tutelados pela probidade administrativa. Ao contrário, a transversalidade é a via de aprimoramento do sistema, de modo a permitir sua completa fruição e que autorize a utilização de todas as ferramentas previstas em favor da integridade do erário, diante da pronta e adequada resposta legal aos seus desvios.

A transversalidade, igualmente, está prevista de forma clara e inconteste na acima referida Lei de Introdução às Normas do Direito, nossa LINDB, por redação do seu artigo 22 e respectivos parágrafos, notadamente o parágrafo terceiro, a estabelecer o seguinte: “§3º. As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.”

Como visto a consolidação de uma autocomposição na esfera da improbidade administrativa pela lavratura de um ANPC deverá ser dotada de transversalidade, de modo a ser transportada para outros ramos de responsabilidade, a fim de permitir que, superadas as sobreposições, as autoridades com atribuição penal, administrativa, eleitoral e civil, observem os termos do ajuste e conformem suas consequências, alinhando-se à uniformidade da resposta do ordenamento jurídico, com proporcionalidade e sem que haja *bis in idem* ou abuso do direito.

5.2 Efeitos expansivos do ANPC

Como consequência da transversalidade do ANPC, depreende-se avaliar quais seriam os efeitos expansivos da autocomposição, bem como os limites dessa transversalidade, tudo a assentar a coerência e a segurança jurídica, institutos que justificam a necessária avaliação do tema.

Violada a regra que configure improbidade administrativa, segundo a tipicidade prevista para os preceitos dos artigos 9º, 10 e 11, da LIA, estará o sujeito da pretensão, convém recordar, passível de sofrer as sanções do artigo 12, do mesmo diploma, sendo certo que o ajuste dessas sanções entabulado no ANPC criará direitos e obrigações para as partes da

relação. São esses direitos e obrigações que não de ser dotados de transversalidade, de modo a fomentar, como acima dito, a utilização do consenso em benefício do investigado e do próprio erário.

Por tais premissas, não é o ANPC na sua integralidade que será dotado de transversalidade, mas, na verdade, as obrigações inseridas nos seus termos, o que configura um transporte total ou parcial, na medida da complexidade dos fatos que estão sob exame dos diversos órgãos de controle.

Assim sendo, o primeiro efeito dotado de transversalidade está na impossibilidade do ANPC causar prejuízos à responsabilização do agente nas outras esferas, sem que lhe seja permitido efetivo contraditório e ampla defesa, no caso de seu interesse, bem como sem que as proposições denotem uma responsabilidade objetiva dos sujeitos nos demais procedimentos investigativos ou judiciais.

A coerência sistêmica residirá, portanto, no exame das obrigações porventura assumidas pelos investigados, bem como nas sanções a estes impostas na autocomposição, o que avaliamos, de forma pormenorizada, nos termos abaixo.

Registrou-se em capítulo anterior que o ANPC poderá ser de pura reprimenda, hipótese na qual haverá, em regra, abreviação do procedimento, inclusive para fins de pronto cumprimento e liberação do agente dos procedimentos de investigação, como este poderá ser de colaboração, hipótese na qual o procedimento prossegue na necessidade de se aferir o êxito desta colaboração para apuração dos fatos e de seus autores.

Entendemos que a confissão não é exigência legal do ANPC, conforme acima exposto, mas na suposição de que tal confissão tenha sido condição para o acordo, forçoso concluir que tal manifestação não impedirá o sujeito de afirmar, no procedimento correlato, que mantém sua presunção de inocência, bem como que assumiu os fatos total ou parcialmente apenas para pronta solução do procedimento da improbidade e para seus efeitos, mantendo-se o direito constitucional de defesa e contraditório no procedimento diverso, dirigido por outra autoridade em outra esfera de responsabilidade, especialmente quanto às consequências dessa assunção de realização do ato, contra as quais poderá lançar suas ressalvas.

Desta forma, o primeiro efeito da transversalidade é que o instrumento de autocomposição não possa ser utilizado para prejudicar os interesses do sujeito que formaliza o acordo com o Ministério Público ou com a Pessoa Jurídica supostamente lesada. O contrário ensejaria a nociva interpretação de que quem não adere à autocomposição teria mais direitos do que o sujeito que busca a solução pacífica da situação jurídica de imediato.

No mais, um segundo efeito a ponderar, está na assertiva de que entabulado um ANPC este será válido perante outros legitimados, de modo que apenas sua invalidade, por demanda própria, autorizaria sua desconstituição e que todos os seus termos merecem ser ponderados e avaliados pelas diversas autoridades que atuem na hipótese.

Por óbvio, a exceção residirá, como acima estudado, na presença de novos fatos ou de provas não conhecidas do legitimado subscritor do acordo ao tempo da convenção e que poderiam mudar o cenário fático, o que será avaliado em procedimento justificado e diante decisão fundamentada, a fim de que as partes possam, democraticamente, se valerem das vias processuais autorizadas para a manutenção de seus interesses.

Não obstante, destaca-se que a coerência do sistema de responsabilização e a vedação ao enriquecimento sem causa exigem que, reparado o dano, esta medida não mais seja cogitada por outros procedimentos, salvo demonstração inequívoca de sua insuficiência, em procedimento próprio, em contraditório e permitida a ampla defesa. Destaca-se, nesse ponto, que a LIA prevê de forma clara a observância do limite dos prejuízos, autorizando que se desconte de eventual comando indenizatório serviços efetivamente prestados.²⁶⁸

Por outro lado, as mesmas compensações previstas para a Lei de Improbidade quando sancionadas as pessoas jurídicas pela Lei de Anticorrupção Empresarial autorizam que o contrário também ocorra, isto é, convencionadas sanções com base em procedimento da LIA, na via da sentença judicial ou do ANPC, estas deverão ser compensadas ou decotadas de eventual apuração perante a Lei de Anticorrupção Empresarial.

As demais sanções, igualmente, devem ser dotadas de transversalidade e seus efeitos não de ser observados, quer para atenuar ou mesmo para excluir penalidades porventura idealizadas por outros órgãos de controle.

É preciso, todavia, como ensina RENNE DO Ó SOUZA²⁶⁹, resguardar o núcleo duro da tutela da probidade, o que permitiria uma correspondência proporcional das sanções acordadas ou impostas, bem como deverá ser observada a integralidade do quadro fático probatório derivado do acordo original, com o que se adere para reconhecer que a inobservância de tais regras impedirá a aplicação coordenada de todos os instrumentos normativos criados pelo legislador para a proteção dos interesses difusos afetos à probidade administrativa e ao combate da corrupção no Brasil.

²⁶⁸ Art. 18, parágrafo 3º, da LIA: “Para fins de apuração do valor do ressarcimento, deverão ser descontados os serviços efetivamente prestados.”

²⁶⁹ SOUZA, Renee do Ó. Obra citada, página 224.

CONCLUSÃO

Como visto, buscou-se nesse trabalho o estudo de um tema que carece de aperfeiçoamento doutrinário e jurisprudencial, especialmente na diretriz de traçar elementos de coerência na aplicação conjunta com outros instrumentos normativos de mesma natureza e diante de atuações sobrepostas, muitas vezes de forma simultânea ou sucessiva de autoridades e instituições que examinam os mesmos fatos, sob diferentes esferas de responsabilidade.

De início, consignou-se a flagrante evolução do conceito de jurisdição e sua total transformação nos dias atuais, visando atestar que o exercício da jurisdição não se confere apenas ao comando judicial advindo de uma sentença proferida por terceiro investido do cargo de Juiz, mas de um complexo de instrumentos processuais, pelos quais a comunidade jurídica deverá encontrar a formatação mais eficiente à solução jurídica da controvérsia, configurando o meio mais adequado de solução daquele conflito, muitas vezes pacificado apenas com a maior participação e influência das partes envolvidas na sua solução. Consagra-se, pois, a transformação de uma visão de que apenas a sentença adversarial é instrumento de jurisdição, para se concluir que há diversos meios igualmente capazes de conduzir à plena satisfação do direito e a garantir sua legitimidade.

No mais, observa-se que é o postulado da segurança jurídica o alicerce de sustentação de todo o ordenamento jurídico, sob pena de frustração do próprio conceito de jurisdição, de seus objetivos sociais e de sua definitividade. A aplicação de institutos jurisdicionais deverá buscar, sem discussões puramente superficiais, os mais firmes contornos de segurança jurídica, a fim de que os instrumentos para o exercício da jurisdição atendam aos fins de justiça, de devido processo legal, de tutela da lealdade e da proteção da confiança, bem como da salvaguarda a direitos adquiridos, de tutela da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, enfim de solução pacífica das demandas que assolam a vida em sociedade.

Por outro lado, no campo do Direito Sancionador, registrou-se que seus atualizados elementos anotam o aprimoramento do conceito de interesse público e da obrigatoriedade de medidas punitivas, assim como, valorizam o indivíduo e não aspectos meramente burocráticos e de autoridade, permitindo-se que o cidadão, mesmo que investigado em procedimentos afetos aos poderes disciplinares e sancionatórios, em demandas judiciais ou em processos administrativos em geral, possa não só participar dos atos que investigam condutas, mas que possa contribuir para a solução, quer na via da produção de provas e do exercício da ampla defesa, quer diante de instrumentos de autocomposição, observando-se, para tanto, conceitos firmes de devido processo legal, de legalidade e da tipicidade dos atos

que justificam sanções punitivas, em cenário que evidencie a unidade do sistema punitivo brasileiro, notadamente a vedação ao *bis in idem* e a interdependência das instâncias de responsabilidade, de modo que a resposta punitiva seja dotada de proporcionalidade, o que, inclusive, poderá ser obtido de forma mais célere na via da consensualidade.

O Acordo de Não Persecução Civil, por sua vez, ao contrário das críticas que foram colhidas quando da edição da Lei 14230 de 2021, diante das novas diretrizes trazidas por tal norma para a improbidade administrativa, reformulando-se a LIA, foi o ponto complementar fundamental no ordenamento jurídico brasileiro para que houvesse o necessário aprofundamento dos elementos comuns e, especialmente, para salvaguarda da segurança jurídica, especialmente nos atos de autocomposição.

Os questionamentos à nova formatação da LIA são relevantes e contribuem para o debate acerca de sua regular implementação, mas não se pode fechar os olhos para a total frustração pretérita do sistema vigente antes de sua edição, que, em razão da complexidade somada à abstração das condutas, criava um ambiente infrutífero para a solução jurídica das discussões na improbidade administrativa, em total inobservância da tutela da regularidade administrativa, não alcançando o viés da reparabilidade a contento e se distanciando da prevenção para novos atos ilícitos. Ao contrário, o sistema anterior, ante sua total ineficiência, se revelava um instrumento motivador de novos atos de improbidade, ante o retardo substancial da resposta do Estado à sua violação.

No presente estudo, com efeito, se consagra a primazia do consenso como forma mais apropriada de solução de casos complexos, diante do moderno conceito de jurisdição, assim como da pertinência existente na ampliação da participação dos sujeitos na construção das soluções jurídicas, tanto nas relações extrajudiciais, como nas demandas judicializadas, pontuando-se alternativas concretas para a integral aplicação dos institutos e de sua conformação com os demais ramos do direito.

Convém registrar que nossa Constituição Federal, no seu primeiro dispositivo, define nossa República Federativa como um Estado Democrático de Direito, razão pela qual é relevante reconhecer que há democracia apenas quando os cidadãos participam da construção das decisões, bem como só há Estado de Direito se as normas que organizam a sociedade são dotadas de segurança jurídica e estabilidade. A ausência de participação das partes na solução das suas lides enseja a presença de atos impositivos, o que deve ser sempre excepcional, ao mesmo tempo que a ausência de segurança jurídica desorganiza a sociedade, impedindo a pacificação e fomentando atos contrários ao próprio direito.

Observa-se, igualmente, que direitos indisponíveis são plenamente transacionáveis, mantendo-se a proteção de seu núcleo essencial, mas permitindo-se que uma série de obrigações possam ser convencionadas entre as partes para uma adequada e eficaz solução do caso concreto.

Não obstante, diante dos claros contornos do ANPC, reconhece-se que a obrigatoriedade da ação do agente legitimado para medidas punitivas ou sanções se consagra na adequação de tal atuação que pode ser consensual e não meramente adversarial.

Conclui-se, no mais, que uma atuação coordenada dos diversos órgãos legitimados a medidas sancionadoras autorizará a eliminação de uma série de contradições, tutelando-se a segurança indispensável para a realização de atos e negócios jurídicos de consenso, incentivando a adoção de procedimentos consensuais para a tutela de diversas vias de responsabilidade, anotando-se sua transversalidade e seus efeitos expansivos em relação aos mesmos fatos.

Nestes termos, mesmo diante da ausência de coordenação, tutela-se a obrigatoriedade de observância dos órgãos de controle das premissas dos instrumentos de consenso regularmente lavrados, dotando-os de aplicabilidade imediata e transversalidade, o que seria excepcionado tão somente quando invalidados por fatores supervenientes ou circunstâncias omitidas no negócio original, em regular demanda de rescisão ou invalidação, permitindo-se o indispensável contraditório dos sujeitos e ampla defesa.

A transversalidade exige que os demais órgãos legitimados a medidas sancionadoras se abstenham de realizar procedimentos capazes de acarretar *bis in idem*, com sobreposição de sanções e obrigações relacionadas aos mesmos fatos e com a mesma natureza, sem que haja ponderação acerca das medidas adotadas e consumadas, especialmente quando realizadas pelo agente, de modo que estas medidas possam refletir em procedimentos supervenientes, mesmo em outras esferas de responsabilidade consideradas como autônomas, a fim de que haja a necessária compensação ou o próprio afastamento.

Os efeitos expansivos dos atos de consenso autorizam que em procedimentos diversos o sujeito tenha suas sanções extintas, compensadas ou que haja atenuação de penalidades em todas as esferas, especialmente porque o autor de atos de consenso merece proteção dos instrumentos do Estado, de modo que não tenha sua condição jurídica piorada em detrimento daqueles que não aderiram a atos de autocomposição para oferta de defesas dilatórias e para as quais não há sequer assunção de encargos ou compromissos com a reparação.

A extinção da controvérsia ocorrerá quando a medida cumprir de forma integral sua finalidade, como nos casos de reparação de danos efetivamente concretizada, perda de bens

consumada ou mesmo exoneração de serviço público, afastamento ou renúncia do sufrágio eleitoral ou qualquer outra medida inteiramente satisfeita pelo sujeito.

As medidas serão compensadas quando, embora de mesma natureza, estejam vinculadas a questões sancionatórias punitivas, como nos casos de multas ou obrigações de fazer ou não fazer.

Não obstante, as sanções serão atenuadas quando as medidas previstas nos diplomas normativos forem de natureza diversa, como nas hipóteses de sanções penais e empresariais, mas que acarretem a mesma subordinação do agente.

Pelo exposto, não obstante os avanços legislativos, especialmente para fins de ampliar as regras de proteção de bens jurídicos e de tutela do interesse público, o que é plenamente salutar, vislumbra-se indispensável que o sistema de justiça contenha elementos que sejam capazes de dialogar entre os diversos ramos, considerando os inegáveis pontos de interlocução, de modo a sustentar procedimentos dotados de coerência e segurança jurídica, qualidades indispensáveis para sua real efetividade, em proteção à prevenção e satisfação dos direitos e a regular e motivada atuação de agentes públicos e de suas instituições.

Por fim, destaca-se que a atuação contraditória e sobreposta dos diversos entes apenas fomentará o descumprimento de obrigações e permitirá, diante da ineficiência do ordenamento e na frustração do sistema de combate a ilícitos, na majoração de atos de improbidade administrativa e no indesejado incentivo da corrupção no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva, 2ª edição, São Paulo. Malheiros Editora, ano 2014.

ALEXY, Robert. Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito. Robert Alexy; organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Monica Sette Lopes, 1ª edição. Rio de Janeiro. Forense Universitária, ano 2014.

ARAÚJO, Juliana Padrão Serra de. Acordo de Não Persecução Civil em Improbidade Administrativa: abordando *plea bargain*, colaboração premiada e acordo de leniência. Organizadores: Gilson Jacobsen, Marcelo Buzaglo Dantas e Orlando Luiz Zanon Junior, 1ª Edição. Florianópolis. Editora, Habitus, ano 2021.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da interdependência das instâncias punitivas e seus reflexos no Direito Administrativo Sancionador. Revista Jurídica da Presidência. Brasília. V. 23, n. 131, outubro de 2021/janeiro de 2022. Disponível em: <http://dx.doi.org/1020499/2236-3645.RJP2022v23e131-1875>.

AVELINO, Murilo Teixeira. Consensualidade e Poder Público. Murilo Teixeira Avelino e Ravi Peixoto. São Paulo. Editora JusPodivm, ano 2022.

ÁVILA, Humberto. Constituição, liberdade e interpretação. São Paulo. 2ª Edição. Editora JusPodivm / Malheiros, ano 2021.

ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. 6ª Edição. Editora JusPodivm/Malheiros. São Paulo, ano 2021.

BACH, Marion. Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: *ne bis in idem* e proporcionalidade. Londrina. Editora Thoth, ano 2022.

BARATA, Ana Maria Rodrigues. Coleção de direito administrativo sancionador. Ana Maria Rodrigues Barata, Danielly Cristina Araújo Gontijo, Flavio Henrique Unes Pereria (coordenadores). Rio de Janeiro, CEEJ, ano 2021. Direito Administrativo Sancionador Disciplinar. Volume 2.

BARROS, Francisco Dirceu. Acordos de Não Persecução Penal e Cível. Rodrigo Leite Ferreira Cabral; Renee do Ó Souza; Rogério Sanches Cunha; Francisco Dirceu Barros. Salvador. Editora JusPodivm, ano 2021.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 9ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva Educação, ano 2020.

BASTOS, Fabrício Rocha. Acordo de Não Persecução Cível, 1ª edição. São Paulo. Editora Líber, ano 2021.

BINENBOJM, Gustavo. Poder de Polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador, 2ª edição, Belo Horizonte. Fórum, ano 2017. Edição Kindle

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. Volume 1, 25ª edição. São Paulo. Editora Saraiva Educação, ano 2019.

CABRAL, Antonio do Passo. A Técnica do Julgamento Alerta na Mudança da Jurisprudência Consolidada. Revista de Processo. Volume 221/2013, julho de 2013, DTR\2013\3808.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Editora Sergio Antônio Fabris, ano 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, Volume 1, Editora Saraiva, ano 1969.

DEZAN, Sandro Lúcio. Uma Teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo. Rio de Janeiro. Lumen Iuris, ano 2021.

DIDIER JR, Fredie; BONFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. Belo Horizonte. A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 17, n. 67, jan/mar de 2017. DOI 10.21056/aec.v17i67.475.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O STJ e o princípio da segurança jurídica, disponível no endereço eletrônico: <https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/0-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica>. Publicação 14 de maio de 2019. Acesso em 01 de novembro de 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; Thiago Marrara. Lei Anticorrupção Comentada. Belo Horizonte. Editora Fórum, ano 2017.

FERNANDES, Og, Lei de Improbidade Administrativa – Principais Alterações da Lei n. 14230/2021 e o impacto na Jurisprudência do STJ/ Frederico Augusto Leopoldino Koehler (et al.) São Paulo. Editora Juspodivm, ano 2022.

FERRAZ, Luciano. Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins. 2ª Edição. Belo Horizonte. Editora Fórum, ano 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8429/1992, com alterações da Lei 14230/2021; 5ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Thompson Reuters Brasil, 2021. Outros autores: Luana Pedrosa Figueiredo, Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Primeiros e breves apontamentos sobre os acordos em tema de improbidade administrativa, texto do site jurídico Migalhas: <http://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros-e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativa>.

GARCIA, Emerson. Improbidade Administrativa. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, 9ª edição. São Paulo, ano 2017.

GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil. Volume 1, 5ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, ano 2015.

HALPERN, Erick e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador e a reforma da Lei de Improbidade pela Lei 14230/2021, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 09 de dezembro de 2021. Disponível em <http://www.zenitefacil.com.br>.

JUSTEN FILHO, Marçal. Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada. Lei 14230 de 25 de outubro de 2021. 1ª Edição, Rio de Janeiro. Forense, ano 2022.

LANE, Renata. Acordos na Improbidade Administrativa: termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência. Rio de Janeiro. Lumen Iuris, ano 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo Sancionador. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. Revista Consultor Jurídico, publicada em 25 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>. Acesso em 21 de setembro de 2022.

MERÇON-VARGAS, Sara. Teoria do Processo Punitivo Não Penal. Salvador. Editora JusPodivm, ano 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, ano 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 2ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Renovar, ano 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. Direito constitucional brasileiro: Curso Completo. Nelson Nery Junior e Georges Abboud, 2ª edição. São Paulo. Editora Thompson Reuters Brasil, ano 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Improbidade Administrativa. Direito Material e Processual. Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, 3ª Edição, Rio de Janeiro, editora Forense. São Paulo, editora Método, ano 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Improbidade administrativa: direito material e processual. Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira. 9ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro, Forense, ano 2022.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Coleção de Direito administrativo sancionador: volume 1 – Direito Administrativo sancionador comparado. Edilson Pereira Nobre Júnior, Ana Cristina Agular Viana, Marília Barros Xavier (coord.). Rio de Janeiro. CEEJ, ano 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. Revista Brasileiro de Direito Público. RBDP. Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 9-36, outubro/dezembro de 2012.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. Direito Administrativo Sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Revista Interesse Público – IP. Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126; mar/abr. 2020.

OSÓRIO, Fabio Medina. Direito Administrativo Sancionador, 8ª Edição, São Paulo. Editora Thompson Reuters. Ano 2022.

OSÓRIO, Fabio Medina. Natureza Jurídica do Instituto da Não Persecução Cível Previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus Reflexos na Lei de Improbidade Empresarial, Artigo Científico Portal Migalhas de 10 de março de 2020. Páginas 23/24. Disponível em https://migalhas.uol.com.br/arquivo2020/3/8A049E343B44ED_Artigopacoteanticrimeeimprobid.pdf. Acesso em 16 de novembro de 2022.

OSÓRIO, Fabio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 6ª Edição, revista atualizada e ampliada. São Paulo. Editora Thomson Reuters Brasil. Ano 2022.

PEREIRA Leydomar Nunes. Solução Consensual na Improbidade Administrativa. Belo Horizonte. Editora Dialética, ano 2020.

PEREIRA, Rafael. Manual do Acordo de Não Persecução Cível. Belo Horizonte. Editora CEI, ano 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Jurisdição e Pacificação: limites e possibilidades dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais. Curitiba, Editora CRV, 1ª Edição, ano 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Limites e Possibilidades do Acordo em Direitos Indisponíveis: exame do art. 3º, parágrafo 2º, da Lei 13140/2015 na obra Sistema Multiportas e Métodos Integrados de Resolução de Conflitos. Porto Alegre, EDIPUCRS, ano 2018. ISBN 978-85-397-1137-6.

PINTO, Marcos Vinícius. Ação de Improbidade Administrativa. Presunção de Inocência e *ne bis in idem*. São Paulo. Editora JusPodivm. Ano 2022.

RAZ, Joseph. The authority of Law. Essays on Law and Morality. Oxford, Clarendon, ano 1979.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; GIDMONDI, Rodrigo. Método de Solução Consensual de conflitos e a Fazenda Pública na obra Mediação e Arbitragem na Administração Pública, volume 2, Santa Cruz do Sul. Editora Essere del Mondo, ano 2020.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Justiça multiportas e advocacia pública. 1ª edição, Rio de Janeiro. Editora GZ. Ano 2021.

SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Iuris. Ano 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE). Salvador. Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 32, outubro/novembro/dezembro de 2012.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A boa-fé e a violação positiva do contrato, Rio de Janeiro. Editora Renovar, ano 2007.

SOARES DE SÁ, Acácia Regina. Texto: A legitimidade nas ações de improbidade administrativa. Publicação através da página: <https://www.migalhas.com.br/depeso/372819/a-legitimidade-nas-aco-es-de-improbidade-administrativa>. Acesso em 29 de outubro de 2022.

SOUZA, Renee do Ó. Os efeitos transversais da colaboração premiada e o acordo de leniência. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, ano 2021.

TALAMINI, Eduardo. A (In)disponibilidade do Interesse Público: consequências processuais (Composições em juízo; Prerrogativas Processuais; Arbitragem; Negócios Processuais e Ação Monitória). Versão atualizada para o CPC 2015. Revista de Processo volume 264/2017, Fevereiro 2017; DTR/2016/25028.

TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Pactum de non petendo* parcial. Revista de Processo, ano 43, volume 280, junho de 2018.

VENTURI, Elton. Transação de Direitos Disponíveis. Revista de Processo, volume 251/2016, janeiro de 2016. DTR\2016\63.

VORONOFF, Alice. Direito Administrativo Sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte. Fórum, ano 2019.

WATANABE, Kazuo. Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processo coletivos e outros estudos. Belo Horizonte. Editora Del Rey, ano 2019.