

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO - FND**

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVEL E O USO DA CONSENSUALIDADE
NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

WEVERTON DOS SANTOS NERI

**RIO DE JANEIRO
2022**

WEVERTON DOS SANTOS NERI

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVEL E O USO DA CONSENSUALIDADE
NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Guilherme Kronenberg Hartmann.**

RIO DE JANEIRO

2022

WEVERTON DOS SANTOS NERI

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVEL E O USO DA CONSENSUALIDADE
NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Guilherme Kronenberg Hartmann.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2022

AGRADECIMENTOS

Ao Rei eterno, imortal, invisível, Deus único, sejam honra e glória pelos séculos dos séculos. Amém! Se cheguei até aqui, foi pela permissão do Deus da minha salvação, que com bondade me escolheu e me deu a oportunidade de cursar a faculdade dos meus sonhos na melhor instituição de ensino do Direito em todo o Brasil e, por isso, o louvo.

Aos meus pais, Alexsandro e Agda, que desde muito cedo me ensinaram sobre o poder transformador da educação, me orientando a sempre me dedicar aos estudos e que por meio dele eu seria vitorioso. Honro em especial ao meu pai, Professor Alexsandro de Souza Neri, que mesmo cumprindo uma extensa jornada de trabalho semanal decidiu aceitar o desafio de retornar à sala de aula já como chefe de família, sendo minha maior inspiração de perseverança e garra, onde por muitas vezes testemunhei seu esforço e dedicação pela nossa família. À minha mãe, Agda dos Santos Neri, que acompanhou cada passo meu até o objetivo final, me ensinando lições desde o básico de como escrever meu nome até o de como ser um homem de valor. Mulher virtuosa, ajudadora, sábia, guerreira. Faltam palavras para descrevê-la com precisão. Ao meu irmãozinho Lucas, meu melhor amigo e meu grande companheiro. Amo vocês com todas as forças!

À minha tia, Leonilda Damiana dos Santos (in memoriam) que acreditava em mim antes que fosse quem sou. Tenho por certo que hoje você observa da eternidade orgulhosa. aguardo ansiosamente pelo dia em que a encontrarei junto do nosso pai celestial.

Ao meu amigo e pai, Dr. Cristiano Calais Figueiredo, que decidiu acreditar e investir em mim quando ainda nem mesmo havia entrado na faculdade, abrindo as portas de seu escritório, de sua casa e de seu coração, para que um menino entrasse e se tornasse um filho, minha gratidão pela sua vida excede qualquer palavra escrita, que Deus em Cristo te recompense em abundância.

Aos meus amigos Giovanni e Raphael, fiéis companheiros durante o curso. Ao movimento cristão Alfa e Ômega, hoje CRU/FND, através das pessoas dos meus amigos Lívia, Elias, Sintique, Rafael Elias, Isaque, Isaías, Mariana, Júlio e Jennifer, que foram sustentáculos da minha fé durante esse período da faculdade, sempre os guardarei no meu coração.

À equipe da Coordenadoria de Execuções Fiscais da Procuradoria Geral do Município de Duque de Caxias, meus grandes amigos e incentivadores. Ao meu Coordenador e amigo, Dr. Holmes Guilherme Duarte Rodrigues, meu maior encorajador neste trabalho, sempre serei grato por acreditar no meu potencial e sempre nos mostrar que podemos ir além.

À Coordenadoria do Contencioso Cível, na pessoa do Dr. Diego da Silva, que com sua paciência e grande coração, me mostrou que de fato Deus envia pessoas extraordinárias para nos ajudar a alcançar nosso propósito.

Ao Prof. Dr. Guilherme Kronenberg Hartmann pela orientação e por toda dedicação ao longo do último ano.

Por fim, a todos os meus amigos que acreditaram e estiveram do meu lado durante todos esses anos, e também a Faculdade Nacional de Direito, a eterna Nacional. Meu muitíssimo obrigado!

RESUMO

A presente monografia debruça-se sobre o estudo do uso da consensualidade no âmbito do direito administrativo sancionador, uma vez que toda relação social é um potencial pressuposto para a existência de um conflito, sendo este nas mais variadas instancias possíveis. Neste prisma, com o crescimento populacional e a criação de um sistema judiciário, este se tornou cada vez mais sobrecarregado com a quantidade de demandas que era provocado a solucionar, causando enorme inchaço deste setor. Contudo, com o desenvolvimento das sociedades civis, os meios alternativos para solução de conflitos se tornaram cada vez mais importantes para a resolução dos impactos sociais causados por esses grandes números de conflitos, fazendo com que essa teoria da inserção da consensualidade se expandisse pelos mais variados ramos do direito material e processual de natureza civil como também de natureza penal. Neste sentido, o debate que surge é relacionado ao como essa consensualidade poderia se aplicar no âmbito do direito administrativo sancionador, uma vez que administração pública é dotada de uma série de princípios que a protege, colocando-a em primazia devido ao interesse público. E é justamente neste contexto que se insurge o Acordo de Não persecução cível como esse instrumento inovador para alcançar com a consensualidade negocial até mesmo os setores mais remotos do direito, como no caso da matéria administrativa. Portanto, esse trabalho se dedica a uma explicação clara do que consiste esta consensualidade, como se aplica no âmbito do direito sancionador e qual o papel do acordo de não persecução cível em toda esta construção.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Acordo de não persecução cível; consensualidade; direito sancionador; meios alternativos para solução de conflitos.

ABSTRACT

The present monograph focuses on the study of the use of consensuality in the scope of sanctioning administrative law, since every social relationship is a potential presupposition for the existence of a conflict, being this in the most varied possible instances. In this light, with the population growth and the creation of a judiciary system, it became increasingly overloaded with the amount of demands that it was provoked to solve, causing enormous swelling of this sector. However, with the development of civil societies, alternative means of conflict resolution have become increasingly important for the resolution of the social impacts caused by these large numbers of conflicts, causing this theory of the insertion of consensual to expand to the most varied. branches of substantive and procedural law of a civil as well as a criminal nature. In this sense, the debate that arises is related to how this consensus could be applied in the context of sanctioning administrative law, since public administration is endowed with a series of principles that protect it, placing it in primacy due to the public interest. And it is precisely in this context that the Civil Non-prosecution Agreement arises as this innovative instrument to achieve business consensus even in the most remote sectors of law, as in the case of administrative matters. Therefore, this work is dedicated to a clear explanation of what this consensuality consists of, how it applies within the scope of sanctioning law and what is the role of the civil non-prosecution agreement in all this construction.

Keywords: Administrative Law; Civil non-prosecution agreement; consensus; sanctioning right; alternative means of conflict resolution.

CIP - Catalogação na Publicação

NN445a NERI, WEVERTON DOS SANTOS
O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL: O USO DA
CONSENSUALIDADE NO AMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR / WEVERTON DOS SANTOS NERI. -- Rio de
Janeiro, 2022.
61 f.

Orientador: GUILHERME KRONENBERG HARTMANN.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL. 2.
CONSENSUALIDADE NO AMBITO DO DIREITO SANCIONADOR.
I. HARTMANN, GUILHERME KRONENBERG, orient. II.
Título.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	2
CAPÍTULO I – A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	3
1.1 – Visão Geral.....	3
1.2 – Conceito.....	4
1.3 – Evolução histórica.....	5
1.4 – Alcance da Lei de Improbidade.....	8
1.5 – Relação Jurídica de Improbidade Administrativa.....	9
1.6 – Hipóteses de Improbidade Administrativa.....	11
1.7 – Ação de Improbidade Administrativa.....	13
CAPÍTULO II – A CONSENSUALIDADE NO AMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	18
2.1– O uso da consensualidade no direito sancionador.....	18
2.2– A consensualidade no ordenamento jurídico brasileiro.....	23
2.3– A consensualidade no direito civil.....	25
2.4– A consensualidade no direito penal.....	28
2.5 –A consensualidade no âmbito do direito administrativo sancionador.....	31
CAPÍTULO III – O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVEL: A INOVAÇÃO DO USO DA CONSENSUALIDADE NO ÂMBITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	34
3.1– Visão Geral.....	34
3.2–O acordo de não persecução cível como expressão da consensualidade na LIA...37	
3.3– Classificações do acordo de não persecução cível.....	39
3.4– Momento para propositura do acordo.....	42
3.5– Pressupostos para a propositura do ANPC.....	43
3.6 – Questões relevantes no novo texto da Lei de nº 8.429/1992... ..	45
3.7–As controvérsias na implantação do ANPC.....	46
CONCLUSÃO.....	50
REFERENCIAS.....	52

INTRODUÇÃO

Em 24 de dezembro de 2019, entrou em vigor no Brasil a Lei nº 13.964/2019, popularmente denominada como “pacote anticrime”. Essa legislação tinha como principal objetivo endurecer o combate a corrupção no Estado brasileiro, bem como modernizar o sistema processual penal em vigor, fazendo com que o Código de Processo Penal recebesse mudanças pontuais, nos quais podem se destacar a inclusão do juiz de garantias no âmbito do processo penal, bem como a possibilidade do acordo de não persecução penal, previstos nos artigos 3-A e 28-A do CPP, respectivamente.

Observa-se, então, que a lei do pacote anticrime não só trouxe essas incisivas mudanças no âmbito do processo penal, como também trouxe novidades no direito administrativo, ao revogar a antiga redação do art. 17, incluindo no art. 17-B da Lei nº 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, a previsibilidade de se celebrar um acordo de não persecução cível, que permite a autocomposição e uso da consensualidade no direito administrativo sancionador.

Não obstante, faz-se necessário colocar também que antes do dispositivo inserido pelo pacote anticrime na Lei de Improbidade Administrativa, esta possuía expressa vedação a celebração de acordos no âmbito da improbidade administrativa, sob o pretexto da chancela do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Em primeiro plano, cumpre destacar que a ideia de um acordo de não persecução cível gira em torno da proposta de se obter de forma consensual e célere a reparação de eventuais danos que possam ter sido causados ao erário em virtude da prática de um ato ímprobo. Seja este por parte de um agente público ou uma pessoa jurídica que seja prestadora de serviços públicos. Por conseguinte, busca-se assim uma solução em tese amistosa entre as partes, para que após a celebração do referido acordo, não haja ‘perseguição’ civil para a reparação de eventuais danos causados por aquele mesmo ato ímprobo.

Portanto, pode-se entender o acordo de não persecução cível como um negócio jurídico bilateral, de natureza *sui generis*, que evita a necessidade de propositura de Ação

Civil Pública por atos de improbidade administrativa mediante a aceitação de algumas condições que podem ser negociadas entre o Ministério Público e aquele que praticou o ato ímprobo, como forma de tornar mais célere e efetiva a reparação do dano causado ao erário.

Ora, embora essa proposta do uso da consensualidade no âmbito do direito administrativo sancionador seja uma espetacular evolução do direito consensual na seara administrativa, tendo em vista a proposta facilitadora da cooperação entre as partes para solução de uma lide, bem como a aplicação de eventuais sanções cabíveis para que não só se repare o erário, como também desencoraje outros agentes a praticarem atos que caracterizem a improbidade administrativa, mostra-se problemática, senão vejamos.

O primeiro grande problema identificável, e cuja resolução pretende ser discutida neste trabalho, diz respeito ao caos causado pelo fato de que embora a Lei nº 13.964/2019 tenha incluído a previsão do acordo de não persecução cível na lei de improbidade administrativa, o dispositivo do art. 17-A, também incluso na lei nº 8.429/1992, que previa o rito de aplicação deste acordo, recebeu veto presidencial que por sua vez foi mantido pelo Congresso Nacional.

No entanto, com advento da Lei de nº 14.320/2021, que trouxe alterações significativas ao texto da Lei de Improbidade Administrativa, inclusive com a previsão do Art. 17-B da Lei de nº 8.429/1992, trazendo inclusive os requisitos necessários para celebração do acordo de não persecução cível, bem como elencando os objetivos a serem alcançados através da celebração deste acordo, trouxe a lume um verdadeiro caos normativo formado durante o período de veto presencial, tendo em vista que o Ministério Público, na tentativa de fazer uso deste instituto, criou inúmeras portarias e resoluções, que variam de acordo com cada estado membro da federação, com objetivo de regulamentar a implantação deste acordo. Com isso, a segurança jurídica que antes vestia o acordo de não persecução cível acaba se comprometendo devido a este conflito normativo.

Sendo assim, este trabalho buscará sanar as dúvidas conceituais que se relacionam a improbidade administrativa, a consensualidade no âmbito do direito sancionador e o uso do acordo de não persecução cível como instrumento inovador para a concretização deste avanço.

1. A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

1.1 – Visão Geral

O Estado brasileiro se organiza político-administrativamente, nos termos do Art. 18 da Constituição Federal, em União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Neste prisma, de modo a facilitar o funcionamento da máquina estatal, essa estrutura se subdivide naquilo que é entendido por administração direta e indireta, onde o primeiro compreende os órgãos diretamente vinculados a gestão pública dos entes federativos, enquanto que o segundo diz respeito a entidades descentralizadas que, embora vinculadas ao órgão principal, possuem autonomia administrativa, onde temos, por exemplo, as autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, dentre outros.

Neste diapasão, entende-se que a administração pública seja de natureza direta ou indireta é operacionalizada através de pessoas que são denominadas como agentes públicos, que por sua vez, no exercício legal de suas funções, praticam atos. Tais atos podem ser classificados em dois grupos principais: um que diz respeito aos atos administrativos e outro que diz respeito a atos da administração, onde de modo sintetizado podemos entender que este diz respeito aos atos diversos de natureza privada vinculados a administração, enquanto aquele pode ser aludido como os atos praticados pelo agente público que decorrem da vinculação da lei.

No entendimento do Prof. José dos Santos Carvalho Filho, o ato administrativo pode ser conceituado como “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público” (Carvalho Filho. José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 2017. p. 99). Sendo assim, fica entendido que a dicotomia ente os atos da administração e o ato administrativo decorrem da natureza da legislação que o rege.

Além disso, superada a diferenciação em virtude de sua natureza, os atos da administração pública, sejam eles atos administrativos ou atos da administração, precisam estar em conformidade com os princípios Constitucionais que os norteiam, presentes no Art. 37, CAPUT, da Constituição Federal, quais sejam: legalidade, impessoalidade,

moralidade, publicidade e eficiência. De modo objetivo, podemos entender esses conceitos como a obrigação da administração pública em agir vinculado a lei, de acordo com a moral, sempre de maneira pública, com ressalva aos limites legais e sempre buscando a maior eficiência para o erário.

1.2 – Conceito

Dentre os princípios mencionados no tópico anterior, devemos destacar para a melhor compreensão do objeto deste capítulo aquele concernente a ideia da moralidade. Em termos gerais, a moralidade é a obrigação que possui o administrador público de municiar sua conduta segundo os padrões éticos da sociedade, como afirma Carvalho “Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto” (Carvalho. José dos Santos, p. 48).

Nesse sentido, o agente público está vinculado ao agir honestamente no gozo de suas funções, devendo praticar somente os atos ditos como probos. Dito isso, pode-se entender que quando o agente praticar atos vinculados a administração que não observem os princípios mencionados no tópico anterior, com destaque para o da moralidade, tais atos poderão se caracterizar como lesivos ao patrimônio público, sendo classificados assim como atos de improbidade administrativa.

Não obstante, na busca por uma relação mais sólida entre a moralidade e a improbidade, podemos verificar que a discussão doutrinária de que se estes seriam princípios autônomos ou substratos um do outro. Neste contexto, entende-se majoritariamente que a moralidade é o princípio em si, diplomado no Art. 37, §4º da Constituição, enquanto a improbidade é a lesão ao princípio da moralidade.

A partir desse entendimento, embora não haja consenso doutrinário no ordenamento jurídico brasileiro acerca do conceito de improbidade administrativa, podemos em linhas gerais defini-lo para os fins deste capítulo como ato administrativo ou da administração, direta ou indireta, que cause prejuízo ou algum tipo de lesividade ao patrimônio do erário, enriquecimento ilícito do agente e/ou atente contra os princípios que regem a administração pública. Esse conceito ganha características essenciais ao seu

entendimento por meio do seu respectivo diploma legal, qual seja a Lei de nº 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, que até a sua alteração por advento da Lei nº 14.230/2021, defendia no seu Art. 1º, CAPUT, que:

“Art. 1º - os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.”

No entanto, após a Lei de nº 14.320/2021 o texto supramencionado sofreu algumas alterações substanciais em sua constituição, como vemos a seguir.

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

Neste sentido, em que pese o CAPUT do artigo ter perdido a grafia anterior, a essência do texto continua no mesmo sentido, mas agora com o foco de demonstrar com clareza o objetivo da Lei de Improbidade, e não só sua mera definição legal. Portanto, à luz desse conceito de improbidade administrativa e suas relações com os princípios constitucionais e os atos praticados pela administração, veremos adiante sua evolução histórica, a aplicabilidade e suas sanções práticas.

1.3 – Evoluções históricas

A responsabilização dos agentes públicos e seus equiparados por intermédio da lesão ao patrimônio público por atos de improbidade administrativa são mais antigos que a Constituição Federal em vigor. A preocupação do legislador no combate a improbidade administrativa é muito anterior ao diploma legal de 1992, estando presente e influenciando o poder constituinte originário ao longo da história legislativa brasileira.

Através de um singelo estudo por trás das constituições que compuseram o ordenamento jurídico brasileiro ao longo da evolução deste enquanto Estado, é possível notar a presença da ideia de improbidade administrativa já na primeira Carta Magna instaurada no país, qual seja a Constituição de 1824, outorgada pelo então imperador D. Pedro I. O referido diploma, em seu Art. 94, consagrou o que à época ficou conhecido como cláusula de “irresponsabilidade do imperador”, que tornava o soberano inviolável quanto aos seus atos como chefe do Estado.

É evidente que tal norma vai de encontro aos conceitos que foram elencados no tópico anterior, no entanto sua menção se faz necessária com objetivo de demonstrar que a previsão de uma cláusula de irresponsabilidade tornava claro que já havia um contexto de responsabilização por trás da afronta a moralidade administrativa, mesmo naquela época.

Ainda assim, a própria Carta Magna de 1824 previa em seu texto acerca da responsabilização dos Ministros de Estado, não os isentando, ainda que por ordem do Imperador. A referida disposição fora devidamente regulamentada pela Lei de 15 de outubro de 1827, que possibilitava a qualquer cidadão oferecer denúncia perante a Câmara dos Deputados em razão de ato de Ministro que pudesse lesar os bens públicos, demonstrando assim a preocupação com a proteção do erário frente os atos de seus administradores.

Por conseguinte, temos o advento da Constituição de 1946, que dispunha em seu Art. 141, §31 a possibilidade de sequestro e perdimento de bens em caso de comprovação de enriquecimento ilícito em virtude do exercício cargo público. Já em 1967, a Constituição dizia que a Lei iria dispor sobre “o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública”, o que posteriormente foi sanado pela EC nº 1/1969, que regulou o referido dispositivo, acrescentando ainda o Art. 154, que previa “o abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo STF, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal que couber assegurada ao paciente ampla defesa.”

Neste diapasão, vemos também que a promulgação da Lei de nº 4.717/1965, que regulamentava a interposição de Ação Popular representou um avanço significativo no combate à improbidade, uma vez que permitia a qualquer cidadão em pleno gozo de seus direitos políticos a provocação do poder judiciário para a persecução judicial dos danos causados ao patrimônio público, mas ainda sem prever consequências diretas ao agente que promovesse os referidos danos ao erário.

No entanto, de maneira indubitável, a Constituição de 1988 foi a que mais ampliou e possibilitou o enrijecimento do combate a imoralidade administrativa, tendo em vista que permitiu a maior amplitude dos atos que compõem a improbidade, bem como dispôs no Art. 37, §4º de seu texto, sanções como perda dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário na proporção que se pôde apurar os danos.

De modo concorrente a promulgação da Carta Magna de 1988, em 1991 foi encaminhando ao Congresso Nacional o anteprojeto de Lei nº 1.446/1991, que sofrera inúmeras formatações e melhorias durante o processo legislativo, culminando na promulgação da Lei de nº 8.429/1992, popularmente conhecida como a Lei de Improbidade Administrativa, estabelecendo claramente três categorias de improbidade, quais sejam: violação aos princípios que regem a administração, danos ao erário e enriquecimento ilícito em virtude de ocupação de cargo público.

Assim, de modo objetivo, é fundamental aduzir que a Lei de Improbidade foi criada visando à proteção do patrimônio público de condutas corruptas, desonestas e ímprobas praticadas por seus agentes, em resposta ao histórico de corrupção praticada pelos gestores públicos que assolava o país desde o seu reconhecimento como uma República independente, em 1889.

Uma das demonstrações do propósito da referida lei no árduo combate a corrupção fica nítido na exposição de motivos escrita pelo então Ministro da Justiça, abaixo transcrito.

Sabendo Vossa Excelência que uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País, é a prática desenfreada e impune de atos de corrupção,

no trato com os dinheiros públicos, e que a sua repressão, para ser legítima, depende de procedimento legal adequado – o devido processo legal – impõe-se criar meios próprios à consecução daquele objetivo sem, no entanto, suprimir as garantias constitucionais pertinentes, caracterizadoras do Estado de Direito. (Jarbas Passarinho. Ministro da Justiça. Diário do Congresso Nacional, seção I, p. 14124, ago. 1991).

A Lei de nº 8.429/1992 continua em constante evolução, tendo sofrido algumas alterações ao longo da história, onde a mais recente foi trazida pela Lei de nº 14.320/2021, que traz mudanças fundamentais em alguns pontos tradicionais da referida lei, que serão devidamente abordados em momento oportuno. Não obstante, por advento da Lei de nº 13.964/2019, popularmente denominada como pacote anticrime, fora incluído o Art. 17, §1º na lei de improbidade, prevendo assim a possibilidade da celebração do acordo de não persecução cível, modernizando a questão do uso da consensualidade no âmbito do direito sancionador, que é o objeto principal deste estudo.

1.4 – Alcance da Lei de Improbidade;

Inicialmente, é importante destacar neste ponto o conceito de agentes públicos, que segundo o Prof. José dos Santos Carvalho Filho diz respeito “ao conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado.” (CARVALHO FILHO. José dos Santos. 2016, p. 395). A partir daí, pode-se entender que os agentes públicos são aqueles que em algum momento integraram a administração pública ou a ela estiveram vinculados com poder suficiente de agir em seu nome.

Para melhor compreender esse conceito, é necessário traçar um paralelo com o disposto no Art. 37, §6º da Constituição Federal, que prevê a responsabilização das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado enquanto prestarem serviços de natureza pública. Neste sentido, percebe-se que o conceito de agentes públicos se estende não só para aqueles que estão diretamente vinculados ao Estado, como também para aqueles que estão indiretamente vinculados, podendo responder nos mesmos termos e em igualdade jurídica, nos termos do texto legal.

Por oportuno, o próprio dispositivo do Art. 2º, CAPUT, da Lei de nº 8.429/1992, dispõe que:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei.

Neste escopo, percebemos que o agente público pode ser vinculado (que seriam todos os que exercem mandato, cargo, emprego ou funções públicas), pode ser particular (agente político), que consiste na pessoa física ou jurídica que celebra com a administração pública determinada parceria no que tange aos recursos públicos, tendo sua previsão legal no Art. 2º, § único, da Lei de nº 8.429/1992. Além disso, há também a responsabilização de terceiros que induzam ou concorram dolosamente para a prática do ato de improbidade, nos termos do Art. 3º, CAPUT, da Lei de nº 8.429/1992.

Sendo assim, todo aquele que é qualificado como agente público nos termos da Constituição e da Lei de nº 8.429/1992 poderá responder, proporcionalmente, por atos ímprobos praticados contra a administração pública. Portanto, podemos exemplificar como legitimados os administradores públicos vinculados aos entes da federação, como o presidente da república e seus ministros, os governadores e secretários de Estado, prefeitos e seus secretários. Não obstante, temos também os presidentes das autarquias, fundações ou empresas públicas, bem como quaisquer outros órgãos que estejam ligados ao conceito anteriormente discorrido, os particulares que celebram parcerias com a administração e, também, os terceiros que concorram aos atos de improbidade.

1.5 – A Relação Jurídica de Improbidade

A improbidade administrativa, tal como os demais institutos que geram responsabilização por danos causados ao patrimônio público, fundamentava-se em uma relação jurídica onde se tem como personagens um sujeito passivo, um sujeito ativo e um ato danoso, excluindo o dolo do rol de critérios obrigatórios. No entanto, com o advento da Lei de nº 14.320/2021, o dolo foi incluído como um dos critérios determinantes à classificação do ato ímprobo.

Inicialmente, a inclusão do dolo como requisito permeou a discussão quanto a que espécie de dolo o texto estava se referindo, tendo em vista que a jurisprudência corrente

do STJ já admitia, sobretudo no que concerne à ofensa aos princípios da administração pública, a presença do dolo genérico. O dolo genérico, nesse sentido, consiste na prática do ato ímprobo sem que haja um propósito específico vinculado a esta ação, enquanto no dolo específico a agente pratica o ato ilícito visando um fim específico. Portanto, à luz do próprio texto do Art, 1º, §§ 2º e 3º, da Lei de nº 8.429/1992, o dolo é de natureza específica.

Sendo assim, a nova lei preconiza que a improbidade administrativa só restará concretizada quando houver dolo específico, que consiste na vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito. Ou seja, como o próprio texto do Art. 1º §3º da Lei de nº 8.429/92 afirma, não basta só a prática do ato ímprobo, mas se faz necessário a expressa comprovação do dolo do agente, pois caso contrário a responsabilidade será afastada.

Ora, essa novidade trazida pela última alteração no diploma legal que trata do tema foi motivo de debates entre os estudiosos no âmbito do direito administrativo sancionador. De um lado, os parlamentares que defendiam o projeto argumentaram que a inclusão do dolo como requisito obrigatório se fazia necessário como uma forma de resguardar a segurança jurídica dos gestores públicos, pois impediriam chantagens dos órgãos de controle a estes durante o curso do mandato, tendo em vista que uma ação desse porte trazia grande mácula a imagem do gestor. Em outro prisma, se tem o entendimento de que a inclusão de um elemento subjetivo na responsabilização dos agentes públicos desviaria o real foco da Lei de Improbidade, que era a irredutível proteção ao patrimônio público.

Além disso, a inclusão do dolo como elemento fundamental se mostra como uma violação a primazia do interesse público, tendo em vista que o dano ao patrimônio ou a inobservância dos princípios que regem a administração pública por si só não se mostra como suficiente para atrair responsabilidade àquele que o houver provocado. Neste escopo, o debate que se acende é norteado pela ideia de que o novo texto poderá se tornar um pretense artifício em prol da impunidade, ou um retrocesso no que concerne ao combate a corrupção.

Por fim, entendemos o sujeito passivo como todo aquele que se enquadrar no conceito de agente público definido pelo Art. 1º, CAPUT, da Lei de nº 8.429/1992, que houver praticado ato doloso lesivo ao erário.

Nestes termos, observamos que em contra partida, o sujeito passivo é aquele que também se enquadra no conceito do dispositivo do Art. 1º da Lei de nº 8.429/1992, podendo figurar a União, Estados, Distrito Federal e Municípios – representando a administração direta ou até mesmo membros da administração indireta, como autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou até mesmo empresas privadas que estejam sob o controle da administração direta, bem como por entidades privadas que recebam recursos públicos, ou mesmo entidade privada que o erário concorra ou haja concorrido para criação ou custeio. Portanto, seja qual for o vínculo dentro dos citados que possua com a administração, os atos praticados contra estes sujeitos caracterizam diretamente atos ímprobos, passivos das mais variadas sanções presentes no respectivo diploma legal.

Além disso, o polo que complementa a relação jurídica é o sujeito ativo, quais sejam os legitimados para cometer atos de improbidade administrativa, o que fora devidamente comentando no tópico anterior, destacando aqui a responsabilidade dos agentes públicos nos mais variados níveis de relacionamento com a administração direta ou indireta, nos termos do Art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa.

1.6 – Hipóteses de Improbidade Administrativa

Uma vez identificados os sujeitos que compõem a relação jurídica da improbidade administrativa, cumpre trazer a lume os tipos de fatos danosos que caracterizam diretamente os atos praticados pelos agentes públicos que lesam o patrimônio público seja na ordem material ou imaterial.

Na redação anterior, a lei de improbidade definia no Art. 9º que o rol de condutas trazidas no texto normativo era de natureza exemplificativa, o que representava que as condutas de natureza similar aos que ali estavam poderiam também concorrer como ato de improbidade, no entanto a partir das mudanças trazidas pelas recentes alterações, o rol

se tornou taxativo. A partir disso, os atos que não estejam previstos no texto são considerados como atípicos, não podendo ser responsabilizados como atos ímprobos.

Sendo assim, nos restam quatro espécies de condutas tipificadas nos Art. 9, 10 e 11, da Lei de nº 8.429/1992, quais sejam: o enriquecimento ilícito, atos que causem prejuízo ao erário, atos decorrentes da concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário e atos que violem os princípios da administração pública. Importante ressaltar aqui que essas espécies são formas principais, cujas condutas propriamente delituosas figuram como substratos dessas espécies, que também estão previstas no rol taxativo.

Em primeiro plano, podemos destacar os que dão ensejo ao enriquecimento ilícito, que ocorre quando um agente público em decorrência do seu cargo ou função obtém proveito econômico ilícito, causando assim lesão ao patrimônio do erário. Essa prática de improbidade é uma das mais conhecidas, existindo não poucos exemplos de chefes do poder executivo que recebiam vantagens indevidas de determinadas empresas ao ajudá-las a vencer determinadas licitações, ou mesmo em promover fraudes em determinados contratos públicos, superfaturando a compra de produtos ou serviços que possam que venham a ser prestados, configurando assim o enriquecimento ilícito.

No segundo momento, temos os atos que causem prejuízo ao erário, que embora seja extremamente subjetivo, foi inserido pelo legislador sob o entendimento de que as ações ou omissões praticadas pelo gestor público possam ocasionar perda de recursos financeiros para a administração, ou até mesmo a utilização de bens públicos para fins particulares do agente, como também a aplicação irregular de verba pública, gerando o enriquecimento ilícito de um terceiro. Logo, esta forma de exercer improbidade diz respeito aos atos que possam diminuir o patrimônio público em virtude de má administração por parte do agente público correspondente.

O rol taxativo que expõe as condutas que tipificam a violação em questão se faz presente no Art. 10, da Lei de nº 8.429/1992, nos quais podemos destacar a ideia de facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a indevida incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, de rendas, de verbas ou de valores integrantes do acervo patrimonial das entidades públicas, bem como permitir ou concorrer

para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades que compõem a administração pública direta ou indireta, bem como tantas outras condutas que concorram neste rol.

Além disso, observamos também que a afronta aos princípios que regem a administração pública caracteriza atos ímprobos. Os princípios em questão são os presentes no Art. 37, CAPUT, da Constituição Federal, que são: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Portanto, os agentes públicos que faltem com a conduta em simetria com tais princípios poderão ser responsabilizado pelo cometimento de atos correligionários a improbidade administrativa.

Por último, temos a mais recente forma de praticar atos ímprobos contra a administração, que por advento da Lei Complementar 157/2016, incluiu o Art. 10-A a Lei de nº 8.429/1992, dizendo que “Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003”. Aqui, de modo simplificado, atrairá para si a responsabilização por improbidade administrativa o gestor que conceder benefícios tributários que excedam o limite estabelecido pela legislação supramencionada. Sendo assim, visto, portanto, as modalidades que caracterizam o ilícito da improbidade administrativa passem ao estudo da aplicabilidade da referida lei.

1.7 – A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A partir de agora, será analisado o momento em que o direito material relacionado à prática da improbidade administrativa será aplicado na forma processual, onde se vencerão questões como a competência, a legitimação para propositura da ação, as possíveis sanções aplicáveis e demais questões processuais relevantes.

Inicialmente, se faz necessário conceituar e direcionar o propósito da ação de improbidade administrativa, que segundo a doutrina é “aquela em que se pretende o reconhecimento judicial de condutas de improbidade na Administração, perpetradas por administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação das sanções legais, com o escopo de preservar o princípio da moralidade administrativa. Sem dúvida, cuida-se de

poderoso instrumento de controle judicial sobre atos que a lei caracteriza como de improbidade.” (Carvalho Filho. José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 2017. p. 599).

Como toda ação judicial, a AIA (sigla que representa a ação de improbidade administrativa), possui um rito sob o qual deve tramitar. Neste caso, o rito é estabelecido pela própria lei que rege o dispositivo, mais precisamente no Art. 17 da Lei de nº 8.429/1992, abaixo transcrito.

Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei.

Portanto, a AIA terá trâmite comum regido pelo Código de Processo Civil, obedecendo às respectivas normas processuais nele estabelecido. No início, uma grande polemica que norteava o procedimento judicial da ação de improbidade estava relacionada ao *nomen juris* desta ação, sendo debatida por estudiosos a possibilidade de se chamar “ação civil de improbidade”, “ação civil pública”, esta última que também pode ser qualificada como um instrumento de defesa da tutela dos interesses coletivos, como vemos pela sua lei específica. No entanto, em que pese os procedimentos dessas ações serem distintos, a conclusão que se tem é suscitada pelo Prof. Carvalho Filho em seu Manual, qual seja:

“De qualquer modo, a questão em foco é suscitada à guisa apenas de critérios técnicos, vez que os autores reconhecem que o *nomen juris* da ação não afeta seu procedimento, nem a pretensão que nela se formula, nem a decisão a ser proferida. Levando-se em conta o propósito de proteção à probidade na Administração, domina o entendimento de que a ação de improbidade se enquadra como ação coletiva, dentro do microsistema do processo coletivo.” (Carvalho Filho. José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 2017. p. 614).

Além disso, algumas mudanças trazidas pela Lei 14.320/2021 afetaram diretamente as questões concernentes aos legitimados a propor a Ação de Improbidade e a fixação de competência. Nos termos antigos, a ação de improbidade poderia ser proposta

por dois grupos de pessoas: o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada, que seria aquela diretamente lesada pelo ato ímprobo. No entanto, por advento da Lei de nº 14.230/2021, a legitimidade para propor a ação de improbidade administrativa passou a ser exclusiva do Ministério Público, como mostra o próprio CAPUT do Art. 17, da LIA, acima transcrito.

A justificação para limitar a legitimidade para propositura da ação está, segundo os parlamentares que editaram o projeto, na segurança jurídica concedida ao gestor público, tendo em vista que em não raras oportunidades, durante a mudança de comando em determinada repartição, o novo gestor recomendava a sua equipe jurídica que inchasse o antigo gestor com acusações deste tipo, visando prejudicá-lo politicamente. Sendo assim, a legitimidade estando exclusivamente nas mãos do MP produz essa segurança, mas as custas da celeridade envolvida no procedimento, tendo em vista que nem sempre este órgão acusador possui as informações precisas e de primeira mão acerca dos danos sofridos pelo erário.

No que concerne a competência territorial, o mesmo dispositivo do Art. 17, § 4º da Lei de Improbidade expõe que o local para propositura da ação deverá corresponder ao foro do local onde ocorrer o dano ou da pessoa jurídica prejudicada. Sobre isso, disciplina o Prof. José dos Santos Carvalho Filho.

“Quanto à competência, a ação será proposta na Justiça Federal se houver interesse da União, autarquias ou empresas públicas federais (art. 109, I, CF); caso contrário, competente será a Justiça Estadual. Na hipótese de verbas federais transferidas a Município, é preciso distinguir: se os recursos forem incorporados ao patrimônio municipal, competente será a Justiça Estadual; caso sejam destinados à implementação de políticas públicas em decorrência, por exemplo, de convênios, esse fato não afasta a competência da Justiça Federal, já que as verbas não se integrarão no erário do Município. Caberá, então, analisar detidamente o destino dos recursos.” (Carvalho Filho. José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 2017. p. 615).

Noutro prisma, as sanções cabíveis para aqueles que são eventualmente condenados a partir deste procedimento judicial são variadas, previstas do Art. 12 em diante da Lei de nº 8.429/1992, onde podemos citar a perda dos bens, perda da função,

multas, proibição de contratar e receber benefícios públicos e suspensão dos direitos políticos. Essas sanções se distribuíram igualmente entre as três matrizes nos quais se extraem as condutas definidas como ímprobas, que como já fora dito acima, são: o enriquecimento ilícito, a lesão ao erário e o atentado aos princípios da administração.

Ora, é impreterível ressaltar aqui que a natureza das sanções constantes na Lei de Improbidade é repressiva e de caráter sancionatório. Logo, o este instrumento não deseja realizar nenhum controle de legalidade sobre os atos praticados pelos agentes públicos, agentes políticos ou terceiros, o que em termos práticos quer dizer que a finalidade está em punir o agente buscando dirimir o dano causado por este, e não desfazer o ato que culminou na lesão ao patrimônio público.

Neste sentido, a Lei de nº 14.320/2021 trouxe alterações significativas nos prazos, quais sejam: quando houver enriquecimento ilícito, a suspensão dos direitos políticos e a proibição para contratar poderá ser de até 14 anos e, no caso de lesão ao erário, esse prazo poderá ser de até 12 anos. Portanto, se antes havia dúvidas quanto à ideia de que a pena deveria ser sempre o máximo estabelecido, o novo texto deixou bem claro que esta poderá ser aplicada até o limite trazido pela nova lei.

Por último, no que concerne aos prazos prescricionais para propor a ação de improbidade, tinha-se tradicionalmente no Art. 23 da Lei de nº 8.429/1992 o prazo de cinco anos a contar como termo inicial a data do fim do mandato, emprego ou função, da data correspondente a demissão no caso de servidor público efetivo, e da data da prestação final de contas. No entanto, a Lei de nº 14.320/2021 trouxe uma importante alteração a este dispositivo, fixando um prazo único de oito anos para que haja a efetiva prescrição do direito de punir o gestor, determinando como termo inicial a ocorrência do fato lesivo, nos termos do Art. 23, da LIA, abaixo transcrito.

Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência.

Além disso, com a mudança do prazo prescricional novamente se ascendeu a discussão acerca das possibilidades que dizem respeito as ações de ressarcimento, o que

a jurisprudência do STF entendia inicialmente que esta ação era imprescritível nos casos em que havia dolo, determinando a possibilidade de prescrição nos casos de atos culposos. Outrora, como a nova Lei inclui o dolo como requisito obrigatório, pode-se concluir com o fluxo daquilo que já se entendia na jurisprudência estabelecendo a imprescritibilidade da ação de ressarcimento decorrente de prejuízo ao erário.

Nestes termos, entendida a abrangência e os conceitos relacionados ao direito material e processual do direito administrativo sancionador, passaremos ao estudo do acordo de não persecução cível, cogitando a questão do uso da consensualidade no âmbito do direito sancionador, bem como os pontos críticos que envolvem esta inovação.

2. A CONSENSUALIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

2.1 – O uso da consensualidade no direito sancionador

Inicialmente, precisa-se cogitar que todo ordenamento jurídico se pauta a partir de um sistema político-legislativo especificamente escolhido pelos integrantes daquela comunidade. Neste sentido, surge a dicotomia entre os dois principais sistemas jurídicos vigentes no direito, quais sejam o common law e o civil law. O primeiro é aquele conhecido pela forte influência do costume e do poder dado ao juiz para decidir, a partir de determinados pressupostos, acerca daquilo que lhe foi proposto, dando força normativa aos precedentes formulados pelos tribunais.

Em contraponto, o civil law diz respeito a um ramo do direito mais voltado ao positivismo jurídico, considerando a norma jurídica devidamente vestida pelos pressupostos de justiça, validade e eficácia, submetidas a um processo constitutivo – que pode ou não ser de modo democrático - como aplicáveis para balizar o livre convencimento do juiz. Ou seja, cria-se um ramo do direito onde a norma escrita e codificada se torna a principal fonte que rege as relações jurídicas que se formam naquelas sociedades.

Por conseguinte, percebemos que o ordenamento jurídico brasileiro é fortemente influenciado pelo direito romano, se valendo do civil law como seu principal sistema jurídico, tendo em vista que é marcado pela presença de normas codificadas para cada ramo jurídico. Como exemplo, vemos o Código Civil e o Código de Processo Civil tratando do direito material e processual no âmbito do direito privado, bem como o Código Penal e de Processo Penal, tratando dos assuntos voltados a aplicação das sanções punitivas institucionalizadas em caso de ofensa aos bens jurídicos fundamentais tutelados pelo Estado, que é detentor do direito de punir.

Sendo assim, precisa-se analisar o que discorre a teoria do direito acerca da formação deste sistema jurídico codificado, visando a melhor compreensão da forma com que se organizam as normas nele vigentes.

No que concerne ao civil law, a norma jurídica é considerada como uma prescrição do Estado – que detém o monopólio do poder punitivo – que prevê uma conduta proibida que, caso seja praticada, dará resultado a uma sanção. Sobre a prescrição normativa, afirma o professor Norberto Bobbio:

“Uma norma prescreve o que deve ser. Mas aquilo que deve ser não corresponde sempre ao que é. Se a ação real não corresponde à ação prescrita, afirma-se que a norma foi violada. É de natureza de toda prescrição ser violada, quando exprime não o que é, mas o que deve ser. À violação dá-se o nome de ilícito. O ilícito consiste em uma ação quando a norma é um imperativo negativo, e uma omissão quando o imperativo é positivo.” (Bobbio, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. 2000, p.152).

Nestes termos, é possível perceber que as prescrições trazidas pelas normas jurídicas são de natureza imperativa, demonstrando um comando específico a ser devidamente cumprido ou evitado, cujo propósito maior gira em torno de coagir um determinado agente a não praticar uma conduta classificada como ilícita, para que assim se encontre uma melhor convivência social entre os indivíduos. Tais normas, como já dito acima, precisam ter uma sanção prevista para que tenham efetividade, tendo em vista que a motivação do agente para cumprir a prescrição trazida pela norma é, em regra, a possibilidade de fugir da respectiva consequência aplicável aos seus atos.

Portanto, a partir desta visão, é trazido a lume um importante debate acerca do conceito desta possível punição aplicável no caso de violação a prescrição jurídica, que recebe o nome técnico de sanção, que nos termos delimitado pelo Prof. Miguel Reale, significa o que abaixo se transcreve.

“Sanção é, pois, todo e qualquer processo de garantia daquilo que se determina em uma regra. Como podem ser as “sanções”? Apresentam-se tantas formas de garantia quantas são as espécies dos distintos preceitos. Examinem, por exemplo, o caso de uma regra moral. As regras morais nós as cumprimos por motivação espontânea. Mas, quando as deixamos de cumprir, a desobediência provoca determinadas consequências, que valem como sanção.” (Reale, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 2012, p. 64).

Assim, entende-se que a sanção compõe a ideia de um direito sancionador, que é aquele responsável pela administração da aplicabilidade do monopólio de poder punitivo que possui o Estado no uso das suas atribuições jurisdicionais, visando o melhor funcionamento da sociedade.

Por oportuno, entendido o debate quanto a qual sistema o ordenamento jurídico brasileiro integra, bem como a relevância do conceito das sanções jurídicas que acompanham a normas prescritas e o fato de que esse instituto integra o direito sancionador, uma nova questão que precisa ser elucidada é a que se relaciona a forma com que caberia o uso da consensualidade num contexto em que a sanção é utilizada como a expressão imediata de resposta do Estado a violação de uma prescrição jurídica.

Ora, se a sanção é uma expressão do poder punitivo estatal, não há como se enxergar em um primeiro momento a inclusão da consensualidade como algo válido, uma vez que esta solução alternativa para os conflitos consiste na possibilidade de se negociar os termos da sanção que será recebida pelo agente do ato ilícito, subvertendo de certa forma o conceito desse instituto jurídico acima definido.

Além disso, ao se aprofundar na ideia da consensualidade no direito sancionador, encontra-se inicialmente a ideia de que o acordo entra em confronto com o instituto da indisponibilidade do interesse, pelo fato de não haver a possibilidade de se negociar com aquilo que não se pode dispor. No entanto, a teoria do uso da consensualidade indica, de forma mais simples, em seu conceito originário, a convergência de vontades em prol de um objetivo comum, garantindo assim que não haja conflito entre os institutos.

Por isso, com o passar do tempo e do desenvolvimento das sociedades, os meios alternativos para solução dos conflitos – dentre os quais o uso da consensualidade ganha destaque - foi se desenvolvendo, ganhando forma cada vez mais robusta no direito, tendo em vista que propiciava maior celeridade a resolução das lides e trazia maior liberdade negocial aos integrantes da relação jurídica em questão.

Portanto, o surgimento da consensualidade não ameaçou o conceito de sanção acima discorrido, considerando que seu objetivo era a maior satisfação das partes dentro da relação conflituosa, trazendo celeridade e a possibilidade objetiva de se solucionar o

conflito de modo pacífico, não isentando o pretense condenado do ônus a ser suportado em virtude de sua conduta, mas permitindo que este participasse do processo decisório. O cuidado que se deve ter na fixação do direito sancionador é essencial para o cumprimento do seu propósito central, como veremos a seguir.

A consensualidade no direito sancionador deve ser estruturada com certo cuidado, de modo que os infratores em potencial não venham a utilizá-la, *a priori*, como mera variável no cálculo das vantagens e desvantagens de suas ações. Esse aspecto torna-se particularmente relevante se o objetivo for generalizá-la para toda e qualquer infração. O bônus decorrente da consensualidade jamais deve ser visto como um prêmio para a ilicitude. Algum ônus deve ser imposto ao colaborador. Somente em situações extremas, pela relevância das informações fornecidas e os reflexos gerados no ambiente sociopolítico, deve ser afastada, de modo amplo e irrestrito, a responsabilização do colaborador. (Garcia, Emerson. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 66. 2017, p. 37).

Aqui, se faz importante ressaltar que o uso da consensualidade não é sinônimo de ausência de sanção, onde que para defender está afirmativa, uma pequena análise quanto aos extremos da plena transação e da submissão no uso da consensualidade no direito sancionador precisa ser realizada.

Em primeiro plano, tem-se a submissão como forma do uso da consensualidade, onde uma das partes se submete plenamente aos termos do outro, seja por opção daquele que se submete ou mesmo por uma desproporcionalidade de forças entre eles, o que é bem mais comum. No que concerne a essa disparidade de forças, esses fenômenos podem ocorrer por conta do poder econômico – numa relação entre privados – por um favorecimento concedido na legislação – no caso de relação entre um ente público e outro privado – e até mesmo por diferenças políticas, nos casos que envolvem a União com os Estados membros.

No segundo momento, temos a plena transação que consiste no pacto celebrado entre as partes, em plena igualdade jurídica, onde se acordam os direitos e obrigações livremente. Neste modelo de uso da consensualidade, o que se pauta é o pleno exercício da autonomia da vontade, mas que acaba se chocando com a questão da indisponibilidade do interesse, comprometendo seus termos ao que fora estabelecido por este instituto.

Além disso, há também o modelo híbrido de utilização da consensualidade no âmbito do direito sancionador. Neste modelo, vê-se que há determinadas situações em que só se admite as características empregadas ao modelo da submissão e, em outro momento, a transação plena se aplica de forma mais adequada, onde se merece destacar que essa coexistência só é possível a partir da manifestação livre e expressa da parte que possui primazia na relação jurídica, anuindo em conferir a outra parte determinadas disposições, ou então existe determina norma que estabeleça a forma pelo qual esse regime irá se enquadrar. Sobre esse tema, vejamos a seguir:

No âmbito do direito sancionador, em razão de suas próprias características estruturais, já que o Estado deve zelar pelos bens jurídicos tutelados e o infrator pode sofrer sanções que restrinjam aspectos de sua esfera jurídica insuscetíveis de plena disposição, como a liberdade ou, a depender do sistema, a própria vida, o modelo da plena transação dificilmente será adotado. Afinal, caso houvesse total liberdade entre os pactuantes, seria plenamente possível que o Estado deixasse de estabelecer qualquer reprimenda ou afastasse por completo o dever de reparação. Ou, no extremo oposto, que o infrator incursionasse na própria essência das sanções a serem aplicadas. (Garcia, Emerson. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 66. 2017, p. 30).

Nestes termos, entendemos que a consensualidade no âmbito do direito sancionador não é uma forma de se desprezar a sanção, mas de possibilitar as partes que negociem os termos do como esta será aplicada, favorecendo de forma exponencial a economia processual, bem como a celeridade no procedimento jurisdicional, como ensina o Prof. Emerson Garcia, “a consensualidade pode visar, pura e simplesmente, à cessação de uma prática ilícita ou ao aperfeiçoamento de uma atividade, sem qualquer incursão no plano sancionador propriamente dito, destinando-se, muitas vezes, a evitar a caracterização de um ilícito passível de sanção.” (Garcia, Emerson. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 66. 2017, p. 31).

Não obstante, sistemas jurídicos como o brasileiro possuem por característica a ideia de que uma mesma conduta pode ser responsabilizada em uma pluralidade de instâncias. Por isso, é plenamente possível que o agente receba inúmeras sanções ao fim de cada relação processual, seja ela de natureza administrativa, civil ou até mesmo na

esfera penal. Neste ponto, entende-se que outro cuidado que deve ser aplicado é quanto a possibilidade de *bis in idem*, que seria uma dupla punição pela mesma conduta, cogitando-se até a avaliação de um possível excesso por parte do Estado no uso do poder de punir.

Dito isso, há o surgimento de uma divisão dicotômica entre as instâncias punitivas no ordenamento jurídico brasileiro, dividindo-se entre esfera penal e extrapenal. A primeira, por óbvio, diz respeito a violação de normas tipificadas como crime pelas leis em vigor no ordenamento, cuja sanção pode variar entre uma simples multa até a restrição da liberdade do agente que é um dos bens jurídicos de maior relevância ao direito, enquanto a segunda no direito extrapenal alcança uma pluralidade de bens jurídicos que não a liberdade, podendo ser aplicadas por órgãos que não possuem natureza jurisdicional. Sobre a esfera extrapenal, vejamos a seguir:

No direito sancionador extrapenal, a natureza do órgão responsável pela aplicação da sanção e a sistemática processual a ser adotada assumem singular importância, devendo ser consideradas juntamente com o bem jurídico a ser restringido. Assim ocorre porque, diversamente ao que se verifica em relação ao direito sancionador penal, não há um diploma normativo definindo, em relação a cada instância de responsabilização, as sanções que lhe são características. (Garcia, Emerson. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 66. 2017, p. 33).

Por fim, nota-se que a presença do direito sancionador nas esferas penal e extrapenal demonstram a vastidão no qual o instituto da consensualidade pode alcançar no âmbito do direito brasileiro, como bem veremos adiante

2.2 – A consensualidade no ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil, a consensualidade aparece de forma explícita já no preâmbulo da Constituição da República de 1988, onde se mostra o discurso de que o Estado Brasileiro se mostra piamente comprometido a “solução pacífica das controvérsias”, seja na ordem interna ou internacional. Nestes termos, mostra-se a direção pelo qual o Estado brasileiro deseja, desde o início da fundação da recente ordem Constitucional que deseja inserir o uso da consensualidade como real meio alternativo para a solução de conflitos, onde vemos que dentre as suas qualidades, podemos ressaltar o que vem a seguir.

A consensualidade é um objetivo a ser sempre perseguido. Contribui para harmonizar e pacificar as relações sociais; atenua a intensa tensão dialética entre os referenciais de lícito e ilícito; acarreta a redução de custos, inerentes à longa tramitação de certas relações processuais, administrativas ou judiciais; e tende a aumentar os índices de satisfação dos envolvidos, que ganham em certeza a celeridade, em patamares sensivelmente superiores àqueles que obteriam ao fim da relação processual. (Garcia, Emerson. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 66. 2017, p. 36).

Além disso, o uso da consensualidade pode ser abordado como um ato de desencorajamento a prática ilícita, tendo em vista que a depender da forma como se aplicar o instituto, a possibilidade da concessão real de um benefício a um infrator eventualmente detido em caso este decida por revelar aqueles que com ele praticaram eventual ato ilícito acaba por reduzir, ao menos na teoria, a associação para fins de práticas ilícitas.

No Brasil, esses meios alternativos de solução de conflitos surgiram inicialmente com mais força no âmbito do direito privado, em especial no direito material e processual de matéria civil, sendo difundido no plano infraconstitucional pelas leis específicas que previam a conciliação e a arbitragem, ganhando forma definitiva junto a mediação por advento da Lei de nº 13.105/2015, o Novo Código de Processo Civil.

Nestes termos, tendo em vista os notáveis benefícios do uso da consensualidade no âmbito do direito sancionador. sendo cada vez mais procurado como uma forma real de conferir celeridade ou até mesmo não promover uma ação judicial. Logo após, estendeu-se ao direito público por intermédio do direito penal, com advento das transações penais e o acordo de não persecução penal, chegando por último, mas de forma incisiva, no direito administrativo por advento do acordo de não persecução cível, objeto do estudo deste trabalho.

Em consonância, veremos nos tópicos seguintes o desenvolvimento desta consensualidade no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 – A consensualidade no direito civil

No Brasil, a doutrina clássica divide os métodos de solução de conflitos em três partes essenciais, que são a autotutela, autocomposição e heterocomposição. No caso da autotutela, esta se caracteriza pelo exercício de uma parte para buscar a solução do conflito independentemente do Estado, tendo por características principais a falta de um juiz distinto entre as partes, a imposição da decisão por uma das partes, e ser considerada crime no Brasil, tendo por capitulação o Art. 345 do Código Penal¹, que trata do exercício arbitrário das próprias razões.

Ora, como estudamos no tópico anterior, somente o Estado detém o monopólio do poder punitivo, sendo vedado até mesmo a ele o exercício da autotutela, sob a possibilidade de ser reconhecido o exercício arbitrário ou abuso de poder, na forma do Art. 350 do Código Penal². Nestes termos, tem-se a vedação para os meios de autotutela, ressalvado apenas a questão da autotutela administrativa, que será abordada em momento oportuno.

Em seguida, temos a autocomposição, que passa a existir quando os próprios sujeitos envolvidos no conflito, ou apenas um deles de maneira unilateralmente encontra caminho apto à pacificação. Nesse sentido, há duas formas de classificar a autocomposição: a unilateral e a bilateral, onde a primeira pode ser representada pelos institutos da renúncia do direito e da submissão, enquanto o segundo pode ser representado pelas transações em geral, já conhecidas no âmbito conciliatório do direito. Portanto, a autocomposição é uma forma alternativa de resolução de conflito que melhor representa a autonomia negocial que possuem as partes para definirem os termos para a solução delituosa.

Por último, temos a heterocomposição, que é o meio tradicional para resolução de conflitos, que consiste na utilização do processo judicial, sendo a jurisdição um meio da

¹ Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

² Esse dispositivo acabou sendo expressamente revogado pela Lei de nº 13.869/2019, mas era presente no ordenamento jurídico brasileiro.

manifestação de um poder estatal, daí essa atividade possuía as características da imperatividade e da inevitabilidade, pois os órgãos do poder judiciário podem exercer o uso racional e equilibrado da força física para vencer a resistência. Outrossim, outro método de heterocomposição é a arbitragem, onde o árbitro escolhido figura como um juiz de fato e de direito, onde a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo poder judiciário.

Dito isso, o que nos interessa aqui são os meios de autocomposição aplicáveis no âmbito do processo civil, que embora já existissem de forma indireta no direito brasileiro, foram difundidos com maior amplitude por intermédio da reforma do Código de Processo Civil em 2015. Sobre a autocomposição, ensina o Prof. Haroldo Lourenço:

A solução do conflito é negociada pelos conflitantes, sendo considerada a forma ideal de autocomposição dos conflitos, na qual um dos contendores sacrifica o interesse próprio em favor do interesse alheio. Pode ocorrer judicialmente ou extrajudicialmente. (Lourenço, Haroldo. Processo Civil Sistematizado. 2018, p. 33).

Como descrito anteriormente, a autocomposição vem sendo estimulada no direito brasileiro muito antes do que se pensa, onde um dos ensaios antes da implantação definitiva deste meio alternativo para solução de conflitos foi à possibilidade de se homologar extrajudicialmente qualquer acordo extrajudicial, na forma do art. 57, § único da Lei de nº 9.099/1995, conhecida como Lei dos Juizados Especiais.

A referida lei foi um grande avanço para inclusão da autocomposição – bem como da heterocomposição por advento da arbitragem – no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que sua proposta de rito mais célere aos processos cuja complexidade era menor favorecia a economia processual, onde os meios de autocomposição como a mediação, conciliação, acordos, arbitragens dentre outros meios eram extremamente atraentes para cumprir o propósito pelo qual tal lei foi criada. Sendo assim, uma vez que já havia sistemas processuais cuja matéria se associava a este avanço, restava apenas a legitimação deste meio alternativo de solução de conflitos por intermédio do Código de Processo Civil. Nestes termos, vejamos o que diz a doutrina ainda sobre a ideia de autocomposição.

A autocomposição pode ser uma transação (concessões recíprocas) ou uma abdicação de uma das partes em nome da outra, sendo que esta, quando feita pelo autor, recebe a denominação de renúncia, e quando pelo réu, de reconhecimento de procedência do pedido. (Lourenço, Haroldo. Processo Civil Sistematizado. 2018, p. 33).

Não obstante, outra forma de estímulo a autocomposição foi a possibilidade de processos de divórcios e inventários fossem feitos na modalidade extrajudicial, realizadas em cartório de notas sem a necessidade, em um primeiro momento, da intervenção do poder judiciário, na forma de Lei de nº 11.441/2007.

Por fim, a era das medidas conciliatórias se consolidou por intermédio do Código de Processo Civil de 2015 que, em seu projeto, teve fortes influências de países cujo sistema jurídico adotado era o Common Law, servindo de inspiração para implantação do carro chefe dessas medidas, qual seja a mediação e conciliação. Sobre a mediação, nos ensina bem o Prof. Haroldo Lourenço, como veremos a seguir:

A mediação ocorre quando um terceiro, estranho ao conflito, é chamado para auxiliar e estimular o acordo entre as partes. Geralmente é um profissional qualificado que tenta demonstrar as causas do litígio e fazer com que os próprios litigantes descubram a melhor maneira de solucioná-lo. Muito utilizada no direito de família, no direito societário, nos conflitos internacionais etc. O terceiro não decide o conflito, apenas estimula e encaminha as negociações, para que os próprios conflitantes encontrem a melhor solução. (Lourenço, Haroldo. Processo Civil Sistematizado. 2017, p. 34).

No presente momento, tais medidas estão inseridas no nosso ordenamento jurídico, de forma regulamentada, visando promover a consensualidade neste ramo do direito, buscando cada vez mais eficiência na solução dos conflitos que demandam os relacionamentos sociais. Quanto a historicidade dessas medidas, vejamos o que ensina o Prof. Emerson Garcia:

No plano infraconstitucional, a conciliação e a arbitragem há muito foram objeto de disciplina normativa específica; a mediação, por sua vez, recebeu tratamento normativo autônomo a partir de 2015, sendo inicialmente prevista na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que veiculou o novo Código de

Processo Civil, e logo em seguida na Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. A consensualidade, portanto, é algo que permeia o sistema processual civil, alcançando, inclusive, a Administração Pública. (Garcia, 2017)

Vale lembrar, também, que todos os mecanismos acima citados compõem a possibilidade do uso da consensualidade no âmbito da Responsabilidade Civil, onde é preciso ressaltar que este instituto se trata de uma medida de responsabilização extrapenal, que pode ser utilizado até mesmo na esfera administrativa, por intermédio da Ação de Improbidade, tendo em vista que um dos objetivos principais desta ação é a responsabilização pelo dano causado ao erário. É nesse contexto que se insurge o acordo de não persecução cível como instrumento da consensualidade na responsabilização civil no âmbito da improbidade administrativa, que será tratado com mais detalhes em momento oportuno.

2.4 – A consensualidade no direito penal;

No direito penal brasileiro, a consensualidade se subdivide em duas formas: (i) consensualidade de colaboração; e (ii) consensualidade de pura reprimenda. A primeira menção do uso da consensualidade de colaboração com avaliação judicial se insurge no Brasil a partir da entrada em vigor da Lei de nº 8.072/1990, popularmente conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, onde por intermédio de um desses dispositivos nasceu a ideia de colaboração premiada, onde a partir do desejo de um dos agentes que praticaram o fato delituoso em colaborar com as investigações poderia de certa forma beneficiá-lo.

Na lei dos crimes hediondos, a consensualidade acaba se mostrando a partir do recebimento de um determinado benefício penal, como consequência do fornecimento de informações por parte do agente que possibilitaram a restauração da paz social. O benefício que aqui será aplicado está relacionado ao cálculo final da pena, necessitando por óbvio de homologação do poder judiciário par que possas produzir os efeitos pretendidos. No entanto, como dito nos tópicos anteriores, o acordo não é sinônimo da ausência de sanção, mas a mera expressão da possibilidade de se negociar a forma como esta será aplicada, bem como seus desdobramentos futuros em que, para se concretizar, se há a necessidade do cumprimento de alguns requisitos basilares.

No caso da Lei de nº 8.072/1990, as bases no qual o acordo será construído se dividem em quatro partes, que são: (i) expressa previsão penal onde a consensualidade é admitida. Ou seja, o tipo penal praticado pelo agente deve estar incluído neste rol de possibilidades para que o acordo fosse firmado; (ii) anuência do autor da infração penal em oferecer informações úteis a realização de um fim de interesse público. Logo, o infrator deve concordar em fornecer as informações para que se valide o acordo; (iii) os efeitos da consensualidade sobre a pena a ser aplicada pode possibilitar a redução ou até substituição por uma pena menos gravosa; (iv) a indispensável avaliação pela autoridade judicial competente, o que implica dizer que competirá ao Poder Judiciário avaliar a presença dos requisitos exigidos e permitir a fruição, pelo autor do ilícito, dos benefícios autorizados pela legislação.

Sendo assim, no caso específico acima narrado, o tipo de colaboração premiada em voga diz respeito àquela que carece diretamente de apreciação judicial para ser validada.

Há também outra espécie de aplicação da consensualidade de colaboração, que é àquela onde há somente uma homologação judicial. Neste caso, a grande diferença com a colaboração anterior está no fato de que, a priori, os as partes envolvidas na relação jurídica poderão não só definir sobre o alcance da colaboração, como também poderão acordar sobre os efeitos que ela produzirá, proporcionando maior natureza negocial no acordo. Aqui, os requisitos I, II e III do uso da consensualidade de colaboração por avaliação judicial também deverão ser cumpridos, e os termos serão meramente encaminhados para a homologação judicial.

Além da aplicação da consensualidade pela colaboração, existe também o instituto da consensualidade por pura reprimenda, que diz respeito ao momento em que uma imediata anuência de uma reprimenda³, que não depende do fornecimento de qualquer informação relevante fornecida autor do fato ilícito, sendo amplamente aplicada em outros sistemas jurídicos, com destaque especial para sistema norte-americano que, como muito bem expõe o Prof. Emerson Garcia:

³ Reprimenda, segundo o dicionário, faz menção a uma advertência severa, reprovação, censura, repreensão.

Trata-se de técnica de operatividade do próprio sistema, que poderia ser inviabilizado com a persecução penal de toda e qualquer infração. Essa espécie de consensualidade, é importante frisar, assume contornos de exceção, somente sendo encontrada em dois diplomas normativos do direito sancionador brasileiro: as Leis nº 9.099/1995 e nº 10.259/2011 (Garcia, 2017).

Como bem expostos acima, o grande salto evolutivo para o processo penal consensual surge no ordenamento jurídico brasileiro, assim como no direito processual civil, por advento da Lei dos Juizados Especiais, no âmbito da justiça estadual, por intermédio da Lei de nº 9.099/1995, com objetivo principal de nortear novos meios alternativos para solucionar conflitos sociais resguardados pelo direito penal, tais procedimentos adotam a junção de inúmeros instrumentos de resolução de consensualidade entre a vítima, o Estado e o agente do fato delituoso.

Dentre esses meios, podemos destacar a conciliação, negociação e mediação que visam punir a conduta infratora buscando garantir a pacificação e harmonização das relações sociais.

Por fim, merece destaque também que na busca por um direito penal sancionador no ordenamento jurídico brasileiro, institutos como a transação penal, a suspensão condicional do processo (ambos trazidos com o advento da Lei de nº 9.099/1995) como recurso alternativo para resolução de conflitos cuja ofensa possuía menor potencial lesivo, bem como o acordo de não persecução penal, que inicialmente era proposto através de uma regulamentação por intermédio do art. 18 da Resolução de nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, que veio a ser legitimado por advento da Lei de nº 13.964/2019, conhecida como pacote anticrime, inserindo este dispositivo como Art. 28-A do Código de Processo Penal. No que tange ao acordo de não persecução penal, ensina Garcia:

Esse preceito disciplinou o denominado “acordo de não persecução penal”, celebrado pelo Ministério Público com o investigado e seu advogado, o qual, uma vez cumprido, ensejará a promoção de arquivamento da investigação. Trata-se de faculdade da Instituição, não de direito subjetivo do réu. Sua celebração exige que o investigado confesse a prática da infração penal, indique provas de seu cometimento e ainda cumpra, conforme os termos do acordo, de forma cumulativa, ou não, os seguintes requisitos: (Garcia, 2017)

No que concerne aos requisitos deste acordo, será este assunto tratado em momento oportuno, sendo necessário compreender neste primeiro momento a presença marcante da consensualidade no direito sancionador até mesmo na resolução dos conflitos na esfera da responsabilização penal.

2.5 – A consensualidade no âmbito do direito administrativo sancionador

O Estado, em seu conceito originário, era o único detentor do monopólio do uso da força, uma vez que sua formação se dava por intermédio do Contrato Social, que consistia em um acordo firmado entre os indivíduos de uma sociedade, abrindo mão da sua disposição do uso da violência e entregando ao Estado, com o objetivo de se afastar do conhecido estado de natureza, que segundo Thomas Hobbes consistia em um “estado de guerra de todos contra todos”, onde cada qual estava disposto a qualquer coisa para atingir o seu interesse.

Nesse sentido, formou-se um Estado policial, onde essa força administrativa possuía liberdade e força irrestrita para solucionar os conflitos existentes naquela sociedade, mesmo que para isso fosse necessário ferir direitos individuais de outros componentes desse teatro social, não havendo obrigação legal por parte desse Estado de agir de modo vinculado a lei. É nesse contexto que conforme as sociedades foram se desenvolvendo, formou-se um Estado de Direito, que diferente do Estado policial, o detentor do monopólio do uso da violência sofre limitações, e passar a ser obrigado a agir de maneira vinculada a legislação vigente, consagrando-se aqui o princípio da legalidade.

No Brasil, o princípio da legalidade está consagrado na Carta Magna por advento do art. 37, CAPUT, junto dos demais princípios que compõem a bussola da administração pública, onde a afronta a esses princípios, em especial a moralidade administrativa, gera um ato de improbidade administrativa, devidamente explicado no capítulo anterior. Nessa esteira, nota-se que esse agir vinculado a lei faz com que a figura da administração pública deva preservar, no âmbito das relações jurídicas das quais faz parte, dois princípios fundamentais: a indisponibilidade do interesse e a conservação da primazia do interesse público.

Como trabalhado nos tópicos anteriores, o uso da consensualidade no direito sancionador trabalha exatamente no ponto da autonomia negocial, onde geralmente se precisa renunciar determinados interesses em prol da funcionalidade do acordo, e é aqui que surge um debate importantíssimo no que concerne ao uso da consensualidade no direito administrativo.

Ora, no direito penal essa anuência ou renúncia parte da vítima, bem como no âmbito civil ao autor da ação, e de modo geral pode-se dizer que parte daquele que possui a primazia na relação jurídica. Acontece que no âmbito do direito administrativo, ainda que a violação das suas normas gere responsabilização de natureza civil e até mesmo natureza penal, a parte lesada nestes casos será o próprio Estado, tendo em vista que as condutas tipificadas se relacionam com atos de ofensa aos princípios, lesão ao erário e até mesmo enriquecimento ilícito pela aparelhagem da máquina pública.

Portanto, e a grande pergunta que surge é aquela que traz a reflexão quanto ao fato de como a administração pública poderá participar de uma negociação que envolve a consensualidade tendo em vista que os interesses públicos são indisponíveis e merece primazia sobre toda relação jurídica em que este participar, salvo naqueles em que a lei permite que a administração pactue com um privado em condições jurídicas similares.

De modo objetivo, responder essa questão torna-se simples a partir do momento que como já estudo anteriormente, o uso da consensualidade não prejudica a administração pública, mas favorece em diversos sentidos, como bem será exposto. Em primeiro plano, destaca-se a economia processual nas ações de improbidade, que geralmente se arrastavam por anos causando enorme custo aos cofres públicos e muitas vezes eram encerradas sem nenhuma resolução, permitindo que o agente saísse ileso de seus atos ímprobos. Em segundo lugar, há a possibilidade de ressarcimento integral e veloz ao erário por parte do agente público que o lesou a partir de um acordo. Logo, não há violação a indisponibilidade do interesse público, e sim a busca incessante pela primazia desse interesse, buscando uma solução consensual que mais trará benefícios a curto prazo à administração pública.

No Brasil, houve inúmeros ensaios para esta utilização da consensualidade no âmbito do direito administrativo sancionador, onde um dos que podem ser citados no que

tange a tutela coletiva é o compromisso de ajustamento de conduta, inserido originalmente pelo Ministério Público ao ordenamento jurídico brasileiro, recebendo legitimidade pelo diploma legal posteriormente público, visando uma solução consensual e célere entre as partes. Sobre o TAC, vejamos o que ensina o Prof. Emerson Garcia:

A Lei nº 7.347/1985, grande marco do direito brasileiro na tutela dos interesses difusos e coletivos, não contemplou, em sua redação original, a figura do compromisso de ajustamento de conduta. Somente com o advento da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que o previu em seu art. 211, é que ocorreu a sua introdução no direito brasileiro. Pouco depois, o art. 113 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) inseriu um §6º no art. 5º da Lei nº 7.347/1985, o que permitiu a sua utilização em relação a outros interesses difusos e coletivos. (Garcia, 2017).

Esse compromisso tem de um lado um órgão da administração pública direta ou indireta, que tenha sido de alguma forma lesada e, no outro polo, um ofensor que pode ser de uma pessoa física comum até uma pessoa jurídica que componha a sociedade civil e tenha figurado como ofensora dos direitos protegidos pela tutela coletiva.

Por fim, no âmbito do direito administrativo sancionador, temos a grande novidade trazida pela Lei de nº 13.964/2019, o pacote anticrime, que revogou o dispositivo do Art. 17º da Lei de Improbidade Administrativa, qual seja a Lei de nº 8.429/1992, incluindo o acordo de não persecução cível ao ordenamento jurídico brasileiro, que é o objeto principal deste estudo, e será trabalhado no próximo capítulo.

3. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVEL: A INOVAÇÃO DO USO DA CONSENSUALIDADE NO ÂMBITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

3.1 – Visão geral

No dia 24 de dezembro de 2019, foi sancionada a Lei de nº 13.964/2019, popularmente conhecida como pacote anticrime, trazida como uma inovação ao ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de tornar mais rígidas as normas de combate ao crime organizado e a corrupção. Estas medidas causaram impacto nos mais diversos setores do direito sancionador, modificando dispositivos inerentes ao Código de Processo Penal e até mesmo da Lei de Improbidade Administrativa.

Entre as mais variadas mudanças na Lei de Improbidade, destaca-se a revogação do antigo texto do art. 17 e a publicação de um novo, onde se prevê a possibilidade da celebração de um acordo de não persecução cível, a exemplo do dispositivo inserido pela mesma lei na forma do art. 28-A do Código de Processo Penal. Nesse sentido, o acordo de não persecução cível figura como um negócio jurídico bilateral, onde dentre seus mais variados objetos encontra-se a finalidade de se impedir o início ou até mesmo encerrar uma ação civil pública proposta em virtude de um ato de improbidade administrativa.

Portanto, de forma objetiva, o acordo de não persecução cível é um pacto celebrado entre o Ministério Público - que com advento das alterações trazidas pela Lei de nº 14.320/2021 se tornou o único legitimado para propor a ação de improbidade e, conseqüentemente, para propor o acordo – e o agente praticante de um fato improprio, que responde ou está para responder uma ação de improbidade administrativa, onde este último consente nos termos a ele impostos para que assim possa receber os benefícios advindos deste acordo, que adiante serão expostos. Sobre esse conceito, ensina Renato de Lima:

Para logo, a natureza jurídica do acordo de não persecução cível é um negócio jurídico bilateral *sui generis*, que se aperfeiçoa pela manifestação de vontade em sentidos opostos; de um lado, o Ministério Público ou colegitimado, após a realização de um juízo de valoração firmado na maior ou menor magnitude

do injusto, formulara a proposta de acordo, que consistira na necessidade de reparação do dano, cumulada com uma ou mais das sanções abstratamente previstas na Lei de Improbidade Administrativa; de outro, o autor (s) do fato improbo (s), por intermédio da autodefesa e defesa técnica, poderá aceitar as propostas apresentadas, entabular contraproposta, para, assim, concretizar o negócio jurídico. (Castro de Lima, Renato. O acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade administrativa. 2020, p. 214)

Além disso, merece destaque a sua natureza enquanto negócio jurídico, tendo em vista que sua celebração depende da clara, livre e expressa manifestação de vontades das partes, onde embora se trate de um negócio jurídico *sui generis*, extraído diretamente do texto normativo, “a manifestação de vontade é o elemento central desse instituto, pois, uma vez emitida em obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, produzirá os efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico” (STOLZE, 2017).

É um negócio jurídico *sui generis* devido ao fato de que em um lado, há redução na liberdade das partes que compõem o negócio, tendo em vista que as sanções serão proporcionais a valoração do injusto improbo.

Neste prisma, se debate a impossibilidade da aplicação da teoria dos defeitos do negócio jurídico no acordo de não persecução cível, ainda que se saiba que tais defeitos (erro, dolo, coação, lesão e estado de perigo) maculam a manifestação de vontade livre e consciente do agente que celebra o negócio, vindo a surgir a possibilidade de prejudicar a validade deste acordo. Porém, ao se analisar o objeto do ANPC⁴, constata-se que a configuração de vícios por lesão, estado de perigo e fraude contra credores são inviáveis de ocorrerem, enquanto os elementos de erro, dolo e coação podem representar vícios capazes de serem alvos de anulação do negócio jurídico.

Portanto, embora o ANPC tenha natureza jurídica no âmbito cível, ele deve ser interpretado à luz do microsistema da tutela coletiva, sobretudo no que concerne as disposições inerentes à improbidade administrativa, não podendo ser descrito de acordo com as regras comuns, a exemplo da inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 178, do Código Civil. Sobre a ideia de o acordo como negócio jurídico bilateral, vejamos:

⁴ Sigla que faz menção ao acordo de não persecução cível.

Apesar de não restar dúvida de que se trata de negócio jurídico material, cujo foco de acerto é, fundamentalmente, o direito material - a recomposição do patrimônio público lesado e o sancionamento do agente ímprobo -, o ANPC também poderá ostentar funcionalidades processuais (ex.: previsão de inversão dos honorários periciais em caso de rescisão do acordo seguida do ajuizamento de uma ação de improbidade administrativa, renúncia ao direito de recorrer por parte do agente ímprobo etc.). Por outras palavras, nada impede que num ANPC as partes também estipulem convenções de natureza processual. (“Nota Técnica nº 02/2020 -PGJ- CAOPP”)

Sendo assim, a própria natureza de negócio jurídico bilateral reforça que as partes possuem autonomia na propositura da ação, não estando o Ministério Público – único legitimado para propor o acordo – obrigado a oferecer à medida consensual, tão pouco ao agente do fato ímprobo está compulsado a aceitar a oferta.

O Ministério Público pode, a partir de uma valoração dos critérios de conveniência e oportunidade, ajuizar a ação de improbidade administrativa ou ofertar ao agente ímprobo o ANPC. Para isso, deve-se avaliar qual a situação é mais adequada, de acordo com as peculiares do caso concreto. Em outros termos, no espaço de discricionariedade normatizada – que consiste no poder-dever - que lhe concede o texto normativo e a própria definição do que vem a ser o ANPC, o Ministério Público poderá usar de sua faculdade, recusando-se a formular proposta ao pretense réu, ou mesmo poderá recusar a proposta apresentada pelo agente ímprobo, pois deverá valorar de forma antecipada fundamentar se o acordo concede maior preservação a supremacia do interesse público ao invés do ajuizamento da ação civil por ato de improbidade administrativa ou seu prosseguimento.

Por conseguinte, é importante destacar que a expressão acordo de não persecução cível introduz a ideia de autocomposição na seara da improbidade administrativa, tornando desnecessária a propositura ou a manutenção de ações destinadas a punir o agente do fato ímprobo. De modo objetivo, consolidou-se o aspecto normativo do instituto da consensualidade e cooperação que propicia medidas consensuais em diversos momentos na ação de improbidade administrativa, onde trataremos adiante sobre as peculiares que vestem este acordo no ordenamento jurídico brasileiro.

Outra questão que permeia a discussão do conceito e natureza jurídica do acordo do ANPC, é a que envolve a ideia de que sua existência no ordenamento jurídico brasileiro gere direito subjetivo ao réu, obrigando que o Ministério Público forneça esta possibilidade a todos aqueles que se enquadrem nos pressupostos do acordo, o que não merece prosperar nos termos da própria nota técnica escrita pelo próprio MP.

Como já pontuado, não há razão para retirar o feito da pauta virtual, uma vez que, além de não ser o acordo de não persecução cível um direito subjetivo do réu, o presente processo já ultrapassou a fase de análise dos fatos e provas (primeira e segunda instâncias), já tendo sido até mesmo julgado o agravo em recurso especial submetido a exame desta Corte Superior (que não ultrapassou sequer a admissibilidade recursal). O recurso extraordinário interposto na sequência já teve, por isso mesmo, o seguimento negado por esta Vice-Presidência, o que apenas pende de confirmação pela Corte Especial na sessão virtual que se iniciará em 6/5/2020 (AgInt no RtPaut no AgInt no RE nos EDcl no AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.341.323 – RS, j. 05.05.2020). (NOTA TÉCNICA, MP-SP, 2020).

Nestes termos, fica clara a exposição de que a mera existência no acordo de não persecução cível não gera ao réu direito subjetivo, mas extrai-se de uma mera faculdade dada pelo texto normativo ao Ministério Público para oferecer celeridade aos processos que os eventuais enquadrados nos requisitos possam desfrutar.

3.2 – O acordo de não persecução cível como expressão da consensualidade na Lei de Improbidade Administrativa;

A redação original da Lei de nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), vedava expressamente qualquer tipo de acordo ou transação realizada no âmbito do direito administrativo sancionador, tendo como apoio o princípio da indisponibilidade do interesse público, fazendo com que nenhuma medida consensual protegesse de forma incisiva esse princípio, como se vê no texto antigo abaixo transcrito:

Art. 17. 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. §1º **É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.** (Grifamos)

No entanto, mesmo sob o prisma dessa vedação, a doutrina já entendia a favor da mitigação desta proibição de se celebrar acordos, conciliações ou transações nas ações de improbidade administrativa, com a inserção, ainda que restrita à gradação de determinadas sanções como a proibição de contratar com o poder público, dos institutos do acordo de leniência e da colaboração premiada no âmbito do direito administrativo sancionador, além do próprio TAC – termo de ajustamento de conduta. Neste sentido, vejamos o entendimento do Prof. José dos Santos:

“A LIA veda expressamente a *transação*, o *acordo* e a *conciliação* nas ações de improbidade (art. 17, § 1º), vale dizer, impede qualquer tipo de solução negociada nesse tipo de demanda. O fundamento consiste em que, tratando-se de ofensa ao princípio da moralidade, não haveria ensejo para acordos. No entanto, a legislação vem, a cada dia, admitindo mitigações ou exclusões de penalidades, para permitir que o Estado conquise benefícios de maior amplitude, mediante informações de infratores. Nesse sentido, os instrumentos do *acordo de leniência* previsto na Lei nº 12.846/2013, sobre responsabilidade de pessoas jurídicas (art. 16) e da *delação (ou colaboração) premiada*, prevista na Lei nº 12.850/2013, para efeitos penais (arts 4º a 6º). Considerando tais aspectos e os valores que passaram a sobressair na matéria, a doutrina tem defendido a possibilidade de solução consensual na ação de improbidade, embora limitando as benesses do acusado apenas a certas sanções, como a multa civil, a proibição de contratar e a vedação de receber benefícios fiscais; nunca, porém, haveria isenção da obrigação de ressarcimento do dano”. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 1228).

Por oportuno, ainda que superado o tema das relações do princípio da indisponibilidade do interesse público, tratado no capítulo anterior, frisando-se ainda que ficou mais que claro que a ideia da consensualidade não contraria a indisponibilidade do interesse público, mas o torna mais eficiente, ainda faltava uma expressão ativa da consensualidade no texto da lei de nº 8.429/1992, que foi trazida finalmente com o advento da Lei de nº 13.964/2019, incluindo o texto que trata do ANPC.

Neste prisma, o acordo de não persecução cível tem sido entendido como um espaço que regulamente a via consensual na esfera disciplinar, principalmente quanto as infrações de menor gravidade, tendo em vista que os processos administrativos de

natureza disciplinar possuem custos astronômicos, mesmo a gravidade do ato improprio sendo de natureza baixa, além dos riscos iminentes desses procedimentos serem alcançados pela prescrição.

Não obstante, o principal benefício oriundo do ANPC é o fato de que, uma vez homologado e devidamente cumprido, declara-se encerrada a ação de improbidade administrativa e fica extinta a punibilidade do agente quantos atos ímprobos ali denunciados. Além disso, dependendo do momento processual em que o acordo for proposto, é possível evitar a decretação de constrição no patrimônio do agente, implicando em uma resolução com maior celeridade, quando comparada ao trâmite comum de uma ação de improbidade.

Urge salientar, ainda, que os benefícios oriundos do ANPC são única e exclusivamente para a responsabilização no âmbito da improbidade administrativa, não afastando eventual responsabilidade de natureza civil ou penal que decorram dos atos ímprobos debatidos na ação que fora extinta.

Sendo assim, fica claro que a inclusão do acordo de não persecução penal na Lei de Improbidade administrativa representou um grande avanço para a concretização da consensualidade no âmbito do direito administrativo sancionador, mas que infelizmente ficou marcado por suas infundadas controvérsias, como será abordado mais adiante.

3.3 – Classificações do acordo de não persecução cível

Inicialmente, é importante destacar que com alteração no dispositivo do Art. 17, §1º da Lei de nº 8.429/1992 pelo pacto anticrime, o ANPC foi previsto sem delimitação dos seus contornos da abrangência de sua aplicação, por isso para realizar essa delimitação se faz preciso analisar seus pressupostos, tornando o acordo de não persecução cível como um gênero que contém as demais espécies consensuais previstas nos textos normativos, tais como: compromissos de ajustamento de conduta, acordo de não persecução em sentido estrito não instrumental, acordo de não persecução cível em sentido estrito e acordo de não persecução cível de natureza instrumental.

Em primeiro plano, destaca-se o acordo de não persecução cível em sentido estrito não instrumental, que não exige participação direta do agente do ato improprio. Ora, uma vez que o ato de improbidade administrativa é considerado de baixo potencial lesivo e daquilo que se denomina como escasso desvalor de comportamento e resultado, permitem que o Ministério Público, sob a égide dos princípios da proporcionalidade e eficiência administrativa, munido de devida motivação de seu poder discricionário, determine como suficiente o imediato ressarcimento ao erário e eventual pagamento de multas como sanções cabíveis. Neste caso, pactua-se um instrumento que se concretiza no próprio ato do acordo de não persecução cível, junto do adiantamento da respectiva sanção, sempre proporcional a magnitude do injusto improprio praticado, podendo ser firmado na fase de investigação ou, no caso de ação de improbidade, até o momento da contestação.

Em segundo lugar, há a hipótese do acordo de não persecução cível em sentido estrito, onde objeto de negociação permeia os atos de improbidade administrativa vestidos de média ou grande gravidade, onde o órgão legitimado irá ponderar as sanções que poderão ser propostas, e as apresentarão de forma discriminadas no acordo. Dentre as sanções mais graves, pode-se destacar a proibição de contratar com o poder público e até mesmo a suspensão dos direitos políticos, se o caso concreto envolver um agente político. Nesta modalidade de acordo, o grande debate se insurge quanto a avaliação da necessidade ou não da confissão. Sobre a necessidade da confissão, vejamos:

Digno de registro, outrossim, que embora a confissão possibilite o reconhecimento da prática do ato de improbidade administrativa, o que autoriza e legitima a incidência do microsistema punitivo do Estado, com as correspondentes limitações ou restrições aos direitos fundamentais do autor do fato improprio (assunto a ser oportunamente tratado), e plenamente possível normativamente estabelecer sua necessidade ou desnecessidade, a vista de determinadas condicionantes estabelecidas na legislação. (Castro de Lima, Renato. O acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade administrativa. 2020, p. 213).

Portanto, ainda que não haja consenso doutrinário sobre a necessidade ou não da confissão no âmbito do ANPC – tendo em vista que figura como requisito obrigatório no acordo de não persecução penal – sua presença ou não acaba sendo não muito relevante, tendo em vista que os agentes que admitem o acordo e cumprem com os requisitos nele

formulado, não oferecendo resistência quanto a imposição das sanções, permitindo que o erário seja ressarcido dos danos causados por suas supostas condutas vestidas de improbidade administrativa. Além disso, esse instituto sequer foi mencionado nas alterações realizadas na lei de improbidade administrativa, que inclusive foram responsáveis pela inclusão dos novos requisitos para proposição do ANPC;

Nota-se que todas as sugestões normativas subsequentes se destinam a dar robustez ao direito administrativo sancionador, tornando-o mais célere e eficiente, proporcionando duração aceitável de seus processos, com uma satisfatória solução conflituosa de modo consensual.

Em terceiro, temos a classificação do acordo de não persecução cível de caráter instrumental, muito bem definido por Renato Castro de Lima, como:

“(...) espécie do acordo de não persecução cível, de caráter instrumental, seria a colaboração premiada na improbidade administrativa e do acordo de leniência, que se materializam no poder do titular da pretensão acusatória (ou outro colegitimado), em decorrência de colaboração premiada firmada com o autor do fato delituoso ou fato ímprobo, ou com a pessoa jurídica que, por meio de seus representantes, pratica ato ilícito, renunciar uma, algumas ou todas as espécies de sanção decorrentes da improbidade administrativa ou previstas na Lei Anticorrupção, já que a importância dos elementos probatórios apresentados pelo colaborador são fundamentais ao deslinde da investigação.” O acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade administrativa. 2020, p. 215).

Neste escopo, esta última modalidade de acordo de não persecução cível, é admissível a total disponibilidade das sanções previstas de maneira abstrata na Lei de nº 8.429/1992, uma vez que sua natureza corresponde a um instrumento concedido aos órgãos de persecução estatal com a finalidade de ampliar seu poder investigatório para revelar os fatos ímprobos. Portanto, têm-se aqui as classificações das possíveis divisões do ANPC, bem como a natureza de sua aplicabilidade a partir dos estudos realizados por promotores de justiça, professores e doutrinadores do direito administrativo no ordenamento jurídico brasileiro.

3.4 – Momento para propositura do acordo de não persecução cível;

Para melhor compreensão desse tópico, é preciso se entender inicialmente que a presença de uma limitação temporal para propositura do acordo é de extrema necessidade para a conservação do seu propósito, qual seja o respeito ao princípio da economia processual, da duração razoável dos processos e eficiência administrativa, além da preservação da lealdade dos sujeitos envolvidos. Nesse aspecto, permitir uma longa discussão de natureza probatória para só aí propor ou não o ANPC desvirtuaria completamente o seu propósito doutrinário inicial. Nestes termos, comenta Castro Lima:

Portanto, embora esta disposição legal constante no pacote anticrime tenha sido vetada pela Presidência da República, entende-se que o final do aperfeiçoamento de acordo de não persecução cível deve ser até a contestação. Assim, contestada a ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa, passa a ser inadmissível a formulação do acordo, já que o Estado não pode permitir que, de um lado, o autor do fato improprio aguarde o término da instrução para aquilatar a conveniência/oportunidade de realizar o acordo de não persecução em sentido estrito ou leniência, já que isso implica, também, violação da eficiência administrativa, economicidade e contribui ainda mais para a morosidade da prestação jurisdicional. (Castro, 2020).

Ora, com o inicial veto da presidência no ponto em que estabelecia o momento correto para propositura do acordo, se insurgiram celeumas doutrinárias para delimitar essa data, admitindo-se que o fato era que não havia uma limitação temporal específica definida por lei para a propositura do acordo de não persecução cível, permitindo que houvesse essa interpretação de que, à luz dos princípios que regem esse procedimento, bem com o seu objetivo principal, seria de suma importância que este limite fosse estabelecido até o momento em que fosse possível se oferecer contestação.

No entanto, com o advento das alterações trazidas na Lei de Improbidade Administrativa pela lei de nº 14.320/2021, o novo texto do Art. 17-B, § 4º ficou com a seguinte redação: “§ 4º *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*”. (grifamos)

Em um primeiro momento, a exegese extraída desse artigo admite a ideia de que o acordo de não persecução cível pode ser proposto em qualquer momento da relação jurídica de improbidade, seja na esfera extraprocessual, processual e até mesmo na executória, surpreendendo muitos doutrinadores, haja vista que de modo objetivo pode-se dizer de que não há delimitação temporal para propositura do acordo. Ora, a questão a ser sanada aqui é a que indica a contradição entre o propósito de instituição do ANPC (celeridade e economia processual), frente a esta ausência de delimitação temporal.

3.5 – Pressupostos para a propositura do acordo de não persecução cível

Os requisitos necessários para a propositura do ANPC, na forma da nova Lei de Improbidade administrativa, se dividem em duas partes: a primeira diz respeito aos resultados esperados com a celebração do acordo, presentes na redação do Art. 17-B, incisos I e II, e os requisitos fundamentais para que o acordo seja celebrado, presentes no Art.17-B, §1º, incisos I, II e III, todos da Lei de nº 8.429/1992. Para uma boa análise, comecemos pelos resultados esperados.

3.5.1 – O integral ressarcimento do dano causado; (Art. 17-B, I, da Lei de nº 8.429/1992).

Neste primeiro resultado, é importante destacar que a recomposição do patrimônio público lesado não constitui sanção propriamente dita, mas sim uma consequência forçosa relativa ao prejuízo causado ao erário. No contexto jurisprudencial, o STJ já estabeleceu o entendimento de que o ressarcimento ao erário não possui natureza de sanção, mas de mera compulsão reparadora dos danos causados. Neste ponto, ensina a nota técnica 02/2020 do MP-SP:

Da mesma forma, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente ímprobo não representa verdadeira sanção, pois buscará unicamente reconduzir o agente à situação anterior à prática do ilícito. Assim, caracterizada a improbidade administrativa por enriquecimento ilícito ou danos ao erário, a devolução dos valores é imperiosa. Essa exigência é reforçada pelo artigo 1º, § 2º, da Resolução 179/2017-CNMP: “§ 2º 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”. (NOTA TÉCNICA, MP-SP, 2020, p. 9).

Portanto, o primeiro resultado esperado com a celebração do ANPC é o integral ressarcimento do dano causado pelo agente improbo aos cofres públicos.

3.5.2 - A reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados. (Art. 17-B, II, da Lei de nº 8.429/1992)

Neste resultado, a ideia que se emprega novamente numa exegese inicial do tema é a que pondera a questão da reintegração das vantagens ilícitas obtidas por agentes ímprobos diretamente a pessoa jurídica em que eles obtiveram vantagens indevidas, buscando compensar o prejuízo sofrido por esses personagens por advento da intervenção delituosa destes agentes. Como exemplo desta reversão, podemos citar como exemplo alguns acordos celebrados no âmbito da operação lava jato, onde alguns recursos financeiros apreendidos foram destinados novamente aos cofres desta sociedade de economia mista.

Dito isso, passemos agora a análise dos requisitos processuais para a propositura do ANPC.

3.5.3 – Da oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação; (Art. 17-B §1º, I, da Lei de nº 8.429/1992)

Uma das alterações trazidas pela lei de nº 14.320, devidamente trabalhada no primeiro capítulo, foi a concessão da exclusividade do Ministério Público como legitimado para proposição da ação de improbidade administrativa, fazendo com que surgisse essa previsão específica onde embora o ente lesado não possua legitimidade ativa para participar da ação, será obrigatoriamente ouvido durante a celebração do acordo, trazendo maior interação entre todas as partes que compõe a cadeia de responsabilização.

3.5.4 - 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; (Art. 17-B §1º, II, da Lei de nº 8.429/1992)

De modo objetivo, esse requisito disciplina o prazo que o Ministério Público possui para apreciar eventuais promoções de arquivamento de inquéritos civis em caso o acordo de não persecução cível seja proposto em momento anterior ao ajuizamento da ação de improbidade administrativa. Neste escopo, esta medida salienta um dos requisitos que não dependem do agente improbo para ser concretizado.

3.5.5 - De homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa. (Art. 17-B §1º, III, da Lei de nº 8.429/1992)

No período anterior as alterações trazidas pela lei de nº 14.320/2021, a homologação judicial só era necessária nos casos em que o acordo de não persecução cível era proposto no curso da ação judicial, e aqueles que eram oferecidos ainda na fase de investigação eram homologados somente pelo Conselho Nacional do Ministério Público. No entanto, buscando conceder maior segurança jurídica ao pacto celebrado, o novo texto normativo prevê a obrigatoriedade desta homologação tanto no ANPC celebrado antes, quanto no celebrado depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa. Sobre a necessidade do olhar apurado da jurisdição, vejamos:

Estas sugestões normativas se destinam, a um só tempo, dotar o direito administrativo sancionador do Estado de maior celeridade e eficiência administrativa, o que propiciara uma duração razoável do processo, com a correspondente satisfação dos direitos por meio de soluções consensuais. O magistrado, equidistante das partes, fiscalizara e exercera os poderes inerentes a jurisdição, sempre que assim se fizer necessário para a busca de uma solução justa. (Castro, 2020).

Portanto, o olhar apurado da jurisdição, ainda que com o funcionamento meramente fiscalizador, é essencial para a melhor garantia do funcionamento da proposta por detrás do acordo de não persecução cível.

3.6 – Questões relevantes sobre o novo texto da Lei de nº 8.429/1992;

A primeira questão relevante consiste na redação do Art. 17-B, §2º, que identifica requisitos subjetivos a serem avaliados no agente improbo antes do oferecimento do ANPC, quais sejam: 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. Logo, não só os requisitos objetivos do ponto anterior bastam para a concessão do ANPC, devendo também serem alcançados os de natureza subjetiva.

Em segundo plano, há a relevância da questão da forma como será apurada a magnitude do dano causado ao erário trazido pela redação do Art. 17-B, § 3º, dispondo que 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 a contar do requerimento.

Este ponto é fundamental para que seja obtido de fato os valores que o agente improbo deverá ressarcir ao erário, tendo em vista que um dos requisitos obrigatórios para que haja concessão do ANPC é a concretização desse ressarcimento integral do dano causado. Para tanto, a apuração do tribunal de contas competente se mostra fundamental à obtenção do benefício maior.

Por último, merece destaque como relevante a redação do Art. 17-B, §7º, dispondo que em caso de descumprimento do acordo de não persecução cível, o investigado ou o demandado ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 5 (cinco) anos, contado do conhecimento pelo Ministério Público do efetivo descumprimento. Sendo assim, qualquer deslize que enseje no descumprimento dos termos do acorde celebrado impedirá que o beneficiado celebre novo pacto pelo tempo determinado pelo dispositivo legal.

3.7 – As controvérsias na implantação do acordo de não persecução cível;

O acordo de não persecução cível, como dito no início do capítulo, foi inserido no âmbito da Lei de Improbidade por intermédio da Lei de nº 13.964/2019 (pacote anticrime), que trazia consigo a expressa previsão dos requisitos necessários para implantação deste acordo. No entanto, um veto presidencial derrubou alguns artigos da lei referente o pacote anticrime, onde um dos dispositivos eram aqueles que

complementavam a redação do Art. 17-B da Lei de nº 8.429/1992, justo aqueles que previam tais requisitos.

Nesse sentido, a tão sonhada inovação que marcava o avanço da consensualidade no direito administrativo sancionador fora quebrada, tornando-se uma norma jurídica de eficácia limitada. Ainda assim, por se tratar de um instrumento tão relevante para o ordenamento jurídico brasileiro, e considerando que o seu equivalente na esfera penal não recebeu vetos, as instituições que eram legitimadas para propositura da ação de improbidade e, conseqüentemente, do ANPC, começaram a se movimentar para dar eficácia a essa norma, tendo em vista a ausência de uma norma geral regulamentadora.

Como primeira solução, os promotores de justiça se valeram dos mesmos requisitos utilizados no acordo de não persecução penal, que aqui chamaremos pela sigla ANPP, previsto no Art. 28-A do Código de Processo Penal. Sendo assim, os requisitos para celebração deste acordo foram importados para o âmbito cível para que assim fosse possível a regulamentação de sua celebração.

O grande problema é que a ausência de regulamentação gerou um caos generalizado, trazendo enorme insegurança jurídica para aqueles que recebiam as propostas vindas deste acordo, uma vez que embora houvesse uma tentativa no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, por intermédio de portarias e resoluções, para uniformizar a aplicação deste instituto, cada promotoria dos entes federados decidia regular um ponto específico da implantação do ANPC, fazendo com que este não possuísse um modelo base a ser seguido, variando de acordo com quem o propunha.

Neste contexto, a jurisprudência dos tribunais superiores se comportava da seguinte forma, no que concerne a limitação temporal da propositura do ANPC:

PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTOS. IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. AUSÊNCIA. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO. FASE.

De acordo com o que dispõem o art. 1.021, § 1º, do CPC/2015 e a Súmula 182 do STJ, a parte deve infirmar, nas razões do agravo interno, todos os fundamentos da decisão atacada, sob pena de não ser conhecido o seu

recurso.2. Hipótese em que a recorrente não se desincumbiu do ônus de impugnar, de forma clara e objetiva, os motivos da decisão ora agravada. 3. O pedido de sobrestamento decorrente da possibilidade de acordo advinda com a Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), **no âmbito da ação de improbidade, deve ocorrer até a apresentação da contestação**, evidenciando o esvaziamento da pretensão formulada pelo recorrente, à vista da atual fase processual.4. Agravo interno e pedido de sobrestamento não conhecidos. (AgInt no REsp 1659082/PB, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020) (grifamos)

Noutro vértice, tem-se também o comportamento da jurisprudência no que concerne a homologação do ANPC, neste caso a requerimento do Ministério Público de Goiás, senão vejamos:

Acordo no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.467.807 – GO (2019/0072743-3) RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS AGRAVADO : HYULLEY AQUINO MACHADO AGRAVADO : MOZARTO DIAS MACHADO ADVOGADOS : THIAGO SANTOS AGELUNE E OUTRO(S) – GO027758 DEMÓSTENES LÁZARO XAVIER TORRES E OUTRO(S) – GO007148 INTERES. : NIVALDO ANTONIO DE MELO INTERES. : MANOEL INACIO D ABADIA AQUINO DE SA FILHO ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS – SE000000M DECISÃO Trata-se de pedido de homologação de acordo celebrado entre as partes, com extinção do processo, nos termos do artigo 487, inciso III, alínea “b”, do Código de Processo Civil (fls. 1052-1053, e-STJ). Conforme estabelece o art. 487, III, “b”, do CPC/2015, a homologação da autocomposição das partes acerca do objeto litigioso resulta na resolução do mérito. Diante do exposto, julgo prejudicado o agravo interno das fls. 940-987, e-STJ, por perda de objeto, homologo o acordo noticiado às fls. 1.052-1.061, e-STJ, e extingo o processo com resolução do mérito. Após o trânsito em julgado, encaminhem-se os autos à origem. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 19 de maio de 2020. MINISTRO HERMAN BENJAMIN Relator (STJ – Acordo no AREsp: 1467807 GO 2019/0072743-3, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Publicação: DJ 02/06/2020).

Neste escopo, percebemos que mesmo diante deste déficit de uniformização, os órgãos legitimados perseguiram a possibilidade de utilizar o instituto até criarem modos de viabilizá-lo. Contudo, a partir da entrada em vigor da Lei de nº 14.320/2021, objeto do nosso estudo, que trouxe a expressa regulamentação deste acordo, as controvérsias

começaram a ganhar ainda mais força, através de dispositivos que previam a não aplicabilidade de um limite temporal, a inviabilização da confissão como requisito para celebração do acordo (que até então era um dos carros chefes da analogia), bem como deixou tantas outras dúvidas a serem sanadas, permitindo ainda assim que novamente houvesse nova onda de celeumas doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto.

Por fim, fato é que a lei de nº 14.320/2021, trouxe consideráveis avanços na implantação das soluções consensuais no âmbito das ações de improbidade administrativa, à medida que estabelece os tão sonhados critérios para que este acordo recebesse uma uniformidade na sua implantação. Por óbvio, em se tratando de um instituto novo, a desconfiança paira sobre ele, principalmente diante das controvérsias de determinados pontos relevantes, como dito acima.

No entanto, o importante a ser ressaltado é que o acordo de não persecução cível é um instrumento promissor para consolidar, por fim, a consensualidade no âmbito do direito administrativo sancionador como um real meio para solução dos conflitos, proporcionando vantagens reais tanto para o acusado de envolvimento em atos de improbidade administrativa, quanto para o erário que terá seu dano dirimido.

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou contribuir com o debate acerca da implantação dos modelos de consensualidade no âmbito do direito administrativo sancionador através do acordo de não persecução cível.

No primeiro capítulo, abordamos o instituto da improbidade administrativa, buscando trazer uma visão geral acerca de seus desdobramentos, seu conceito, sua natureza jurídica, onde se entendeu que o agente público está vinculado ao agir honestamente no gozo de suas funções, devendo praticar somente os atos ditos como

probos. Dito isso, pode-se entender que quando o agente praticar atos vinculados a administração que não observem os princípios que regem a administração pública, com destaque para o da moralidade, tais atos poderão se caracterizar como lesivos ao patrimônio público, sendo classificados assim como atos de improbidade administrativa. Além disso, se buscou também esclarecer que a responsabilização dos agentes públicos e seus equiparados por intermédio da lesão ao patrimônio público por atos de improbidade administrativa são mais antigos que a Constituição Federal em vigor. A preocupação do legislador no combate a improbidade administrativa é muito anterior ao diploma legal de 1992, estando presente e influenciando o poder constituinte originário ao longo da história legislativa brasileira.

Observando também as possíveis sanções aplicáveis e a tipificação taxativa das condutas que geram responsabilização por improbidade administrativa, que de acordo com o rol taxativo que expõe as condutas que tipificam a violação em questão se faz presente no Art. 10, da Lei de nº 8.429/1992, nos quais podemos destacar a ideia de facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a indevida incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, de rendas, de verbas ou de valores integrantes do acervo patrimonial das entidades públicas, bem como permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades que compõem a administração pública direta ou indireta, bem como tantas outras condutas que concorram neste rol.

No segundo capítulo, a busca foi por elucidar o que de fato seria esse direito sancionador, e como a consensualidade se demonstra através das mais diversas ramificações do direito, onde o uso da consensualidade pode ser abordado como um ato

de desencorajamento a prática ilícita, tendo em vista que a depender da forma como se aplicar o instituto, a possibilidade da concessão real de um benefício a um infrator eventualmente detido em caso este decida por revelar aqueles que com ele praticaram eventual ato ilícito acaba por reduzir, ao menos na teoria, a associação para fins de práticas ilícitas.

No Brasil, esses meios alternativos de solução de conflitos surgiram inicialmente com mais força no âmbito do direito privado, em especial no direito material e processual de matéria civil, sendo difundido no plano infraconstitucional pelas leis específicas que previam a conciliação e a arbitragem, ganhando forma definitiva junto a mediação por advento da Lei de nº 13.105/2015, o Novo Código de Processo Civil. Nestes termos, tendo em vista os notáveis benefícios do uso da consensualidade no âmbito do direito sancionador. sendo cada vez mais procurado como uma forma real de conferir celeridade ou até mesmo não promover uma ação judicial. Logo após, estendeu-se ao direito público por intermédio do direito penal, com advento das transações penais e o acordo de não persecução penal, chegando por último, mas de forma incisiva, no direito administrativo por advento do acordo de não persecução cível, objeto do estudo deste trabalho.

Por fim, tratamos no terceiro capítulo sobre o Acordo de Não persecução cível, esclarecendo que seu conceito diz respeito, de forma objetiva, a um pacto celebrado entre o Ministério Público - que com advento das alterações trazidas pela Lei de nº 14.320/2021 se tornou o único legitimado para propor a ação de improbidade e, conseqüentemente, para propor o acordo – e o agente praticante de um fato ímprobo, que responde ou está para responder uma ação de improbidade administrativa, onde este último consente nos termos a ele impostos para que assim possa receber os benefícios advindos deste acordo

Concluimos assim que ainda existem muitos desafios a serem superados no ordenamento jurídico brasileiro para uma plena implantação da consensualidade, inclusive no próprio dispositivo do acordo de não persecução cível, entendendo que a nova realidade dos sistemas jurídicos impulsiona cada vez mais as relações jurídicas para a busca da solução consensual dos conflitos.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASTRO, Renato de Lima. **Colaboração Premiada e Improbidade Administrativa**. In: Revista do Ministério Público/Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, no 66, out./dez. 2017.

CASTRO, Renato de Lima. **Acordo de não persecução cível na lei de improbidade administrativa**. In: Revista do Ministério Público/Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 77, Jul/Set. 2020.

GARCIA, Emerson. **A Consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: Potencial de Incidência no Âmbito da Lei nº 8.429/1992**. In: Revista do Ministério Público/Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 66, out/dez. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo/José dos Santos Carvalho Filho**. – 31. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2017

MINISTÉRIO PÚBLICO (São Paulo). **NOTA TÉCNICA: 02/2020 – PGJ- CAODD: FORNECE SUBSIDIOS AOS MEMBROS DO MPSP PARA CELEBRAÇÃO DE ACORDO**, São Paulo, 10 fev. 2022. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal!/PORTAL.wwwpob_page.show?_docname=2676665.PDF. Acesso em: 10 fev. 2022.

FERNANDO, DRUMMOND. **Acordo de não persecução cível: solução para os processos de improbidade?**. **CONJUR**, [S. l.], p. 1-14, 17 jan. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-09/drummond-acordo-nao-persecucao-civel-improbidade#:~:text=Como%20funciona%20o%20acordo%20de,atos%20de%20improbidade%20ali%20debatidos>. Acesso em: 10 fev. 2022

Lei nº 13. 964 de 2019. “Pacote Anticrime”. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, dez 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 15 jan 2021.

Lei nº 8. 429 de 1992. “Lei de Improbidade Administrativa”. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 10 fev 2022.