II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho -Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-155-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II reuniu-se no II Encontro Virtual do CONPEDI, evento totalmente virtual e síncrono ocorrido entre os dias 2 e 8 de dezembro de 2020, sob a temática "Direito, Pandemia e Transformação Digital: novos tempos, novos desafios".

Com 9 meses de isolamento social e todas as dificuldades decorrentes da severa pandemia da Covid-19, o CONPEDI conseguiu contornar todas as enormes adversidades e ofereceu um evento com conferências, painéis e grupos de trabalho de excelência. Um momento marcado pela alegria do reencontro, ainda que virtual, e que ficou evidente nos debates, trocas e contribuições dos participantes do Grupo de Trabalho (GT).

Os trabalhos e debates desenvolvidos produziram grande empatia entre os participantes, a repercutir as preocupações da sociedade brasileira contemporânea e sua agudização neste momento grave de pandemia, sob os eixos do combate à corrupção e à improbidade administrativa; da regulação e controle; e da transparência e eficiência administrativa.

Os artigos destes anais gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS COM ENFOQUE À EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

2. GOVERNANÇA PÚBLICA PARA GARANTIR O FINANCIAMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA

3. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA: UM INSTRUMENTO PARA A COMPRA INTERNACIONAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

4. A ANÁLISE DAS FRAUDES AO PROGRAMA DE AUXÍLIO EMERGENCIAL DO GOVERNO FEDERAL (PANDEMIA DA COVID-19). A NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UM PADRÃO DE COMPORTAMENTO ÉTICO INSTITUCIONAL

5. MUNICÍPIO, FEDERALISMO FISCAL E DIREITOS SOCIAIS: POSSÍVEIS SOLUÇÕES A PARTIR DE UMA GESTÃO DESCENTRALIZADA E PARTICIPATIVA

6. A SUPOSTA ALTERAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO PELA NOVA REDAÇÃO DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB)

7. A POSSE E A (IM) POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS NO BRASIL

8. A TRANSPARÊNCIA E O ACESSO À INFORMAÇÃO COMO ELEMENTO NECESSÁRIO DA CAPACIDADE GOVERNATIVA: O CONTROLE SOCIAL NA LICITAÇÃO COMO FORMA DE APERFEIÇOAMENTO DO PROCEDIMENTO E NO COMBATE A PATOLOGIAS CORRUPTIVAS

9. A (IM)PRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA OBJETIVANDO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO TEMA 897 DA REPERCUSSÃO GERAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

10. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

11. FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO CONTEXTO DA DESLEGALIZAÇÃO: STF E O CASO ANVISA

12. MONOPÓLIO DO NETFLIX NO MERCADO BRASILEIRO DE SVOD - (SUBSCRIPTION VIDEO ON DEMAND)

13. GATE KEEPING E BENIGN BIG GUN NO CONTEXTO DA AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA - ANCINE E DO FUNDO SETORIAL AUDIOVISUAL - FSA

Com 15 (quinze) artigos aprovados e 13 (treze) efetivamente apresentados no GT, a presença maciça dos inscritos no evento confirma que o formato de CONPEDI Virtual veio para ficar, como mais uma modalidade possível ao lado dos eventos presenciais.

Será possível conferir nestes anais artigos científicos de elevada qualidade e pertinência acadêmica, com uma pluralidade de abordagens bastante originais e com induvidoso relevo prático.

Registramos os cumprimentos ao CONPEDI, pelo empenho e a qualidade da organização desse II Encontro Virtual - um excepcional momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito!

Assim, temos a satisfação de apresentar a presente obra a toda a comunidade jurídica, a confirmar que a Covid-19 pode até ter nos distanciado fisicamente, mas continuamos a pesquisar e difundir nossas pesquisas agora no formato virtual. Não temos a ternura do abraço presencial, mas temos o sorriso e a certeza da presença.

De Passo Fundo (RS) e de Florianópolis (SC), dezembro de 2020.

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF)

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Nota técnica: O artigo intitulado “ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL” foi indicado pelo Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense - UNIPAR, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

NON-PERSECUTION AGREEMENT

Eduardo Augusto Salomão Cambi [1]
Diogo de Araujo Lima [2]
Mariana Sartori Novak [3]

Resumo

O presente artigo situa-se no estudo de aspectos teóricos e práticos relativos ao Acordo de Não Persecução Cível, recentemente introduzido na Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), por meio do "Pacote Anticrime", que alterou o seu art. 17, §1º. O questionamento central reporta-se à lacuna deixada pelo legislador quanto aos aspectos procedimentais e materiais do acordo, já que os dispositivos que os disciplinavam foram vetados. Para que seja alcançada tal resposta, o artigo reúne um conjunto de elementos teóricos, baseado no método dedutivo, consubstanciado no exame de normas jurídicas, livros, artigos científicos e precedentes judiciais.

Palavras-chave: Patrimônio público, Improbidade administrativa, Consensualidade, Regime jurídico e microssistema de combate à corrupção

Abstract/Resumen/Résumé

This article focuses on the study of theoretical and practical aspects related to the Civil Non-Persecution Agreement, recently introduced in Law nº 8.429/92 (Administrative Improbity Law), through the "Anti-Crime Package", which amended its art. 17, §1º. The central questioning refers to the gap left by the legislator regarding the procedural and material aspects of the agreement, considering that the provisions that disciplined them were vetoed. In order to obtain such an answer, the article brings together a set of theoretical elements, based on the deductive method, embodied in the examination of legal norms, books, scientific articles and judicial precedents.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public heritage, Administrative dishonesty, Consensuality, Legal regime and microsystem to fight corruption

---

[1] Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia (Itália). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

[2] Mestrando em Direito Processual Civil e Cidadania na Universidade Paranaense (UNIPAR).

[3] Mestranda em Direito Processual Civil e Cidadania na Universidade Paranaense (UNIPAR).

1 INTRODUÇÃO

O artigo 17, §1º, da Lei 8.429/1992, em sua redação originária, vedava a celebração de qualquer espécie de transação, acordo ou conciliação em ações de improbidade administrativa.

Ocorre que, mesmo durante a vigência da redação originária, grande parte da doutrina, jurisprudência e o próprio Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução nº 179 (BRASIL, 2017), já contemplava a hipótese de consensualidade no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, seja na esfera judicial ou extrajudicial.

Essa tendência já se fazia presente tanto no Direito Penal, quanto no Direito Administrativo Sancionador.

A partir do dia 23 de janeiro de 2020, entrou em vigor o "Pacote Anticrime" (Lei nº 13.964/2019), que, alinhando-se com outras normas do chamado microssistema de proteção ao patrimônio público, suprimiu a vedação até então existente e passou a admitir expressamente a consensualidade no âmbito da improbidade administrativa por meio do Acordo de Não Persecução Cível (ANPC).

Apesar do mérito que a inovação significou, o avanço poderia ter sido bem maior, não fosse o veto presidencial ao dispositivo que disciplinava os parâmetros procedimentais e materiais para celebração do acordo (art. 17-A da Lei nº 8.429/1992). A lacuna, se não impede a efetiva implementação do ANPC, rende ensejo a debates que poderiam perfeitamente ser evitados se houvesse uma regulamentação, ainda que mínima, sobre o tema.

Tal cenário tem suscitado intensas discussões no âmbito acadêmico, doutrinário e jurisprudencial. Cria-se um ambiente propício para buscar no ordenamento jurídico balizas que possam nortear os operadores do direito na consecução dessa espécie de acordo, a fim de conferir maior segurança jurídica ao instituto.

Na tentativa de reunir subsídios que possam contribuir com a temática, serão abordadas neste breve ensaio algumas questões como o contexto evolutivo do ordenamento jurídico que permeou a novel modificação legislativa, a ampliação dos espaços de consenso no âmbito do Direito então classificado como Público e, mais recentemente, do Direito Sancionador (penal e administrativo), aspectos gerais e regime jurídico aplicável ao ANPC.

Para tanto, será utilizado o método dedutivo, a partir do exame de normas jurídicas, livros, artigos científicos e precedentes judiciais.

2 A NOVA REDAÇÃO DO ART. 17, §1º, DA LEI Nº 8.429/1992: TENDÊNCIA DE CONSENSUALIDADE NOS CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A partir de uma breve análise do contexto histórico e normativo subjacente à inovação legislativa, é possível construir balizas que poderão subsidiar a compreensão da matéria e, especialmente, auxiliar o intérprete na delimitação dos contornos do ANPC.

A tradição jurídica brasileira foi arraigada por intensa publicização do direito, em detrimento do empoderamento do indivíduo (TAVARES, 2018, p. 31). As fontes do Direito restringiam-se aquelas produzidas exclusivamente pelo Estado. Em matéria processual, esta característica era ainda mais intensa. O cenário é bem simbolizado pelo sistema inquisitivo e pelo princípio da indisponibilidade da ação penal que vigoravam no processo penal.

No âmbito do Direito Administrativo, muitos eram os óbices que se colocavam para uma atuação consensual da Administração Pública. Entre eles, os princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público. Daí advêm as chamadas *prerrogativas* da Administração Pública, que conferem ao gestor, entre outros, o poder-dever de aplicação de sanções e limitações de direitos individuais em prol da coletividade.

O caráter indisponível do direito protegido (patrimônio público e moralidade administrativa), assim como a indisponibilidade dos interesses difusos igualmente impediam a consensualidade.

A regra primitiva do art. 17, §1º, da Lei 8.429/92 nada mais era que um natural desdobramento do princípio da obrigatoriedade da ação civil pública, que, por sua vez, resultava das particularidades da legitimação extraordinária, na qual o titular do direito de ação não pode dispor do direito material (ALVES; GARCIA, op. cit., p. 869).

A essa mesma conclusão conduz o princípio da proporcionalidade a partir de sua vertente da vedação da proteção deficiente, na perspectiva de que eventual consenso no âmbito da improbidade administrativa poderia colocar em risco a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.

Outro fundamento remete à aplicação dos critérios cronológico e especial em relação à aparente antinomia entre a Lei nº 8.429/1992, na redação originária do art. 17, §1º, e a Lei n° 7.347/1985, cujo art. 5º, §6º, permite a celebração de termo de ajustamento de conduta pelo Ministério Público e demais órgãos legitimados para propositura da ação civil pública. Como a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), que previa a vedação ao acordo, era posterior e especial, prevalecia em relação à permissividade prevista na Lei de Ação Civil Pública.

Ainda, impediam tal proceder questões como a legitimidade no controle do acordo em casos de improbidade administrativa, a ausência de balizamento mínimo normativamente expresso para regulamentar esse tipo de negociação (WANIS, 2019, p. 173) – lacuna que persiste até os dias atuais -, e a insuficiência sancionadora, já que, diferentemente da lei penal, que prevê responsabilidade criminal ao colaborador premiado que, a pretexto de colaborar com a Justiça, faz imputações ou revelações falsas (art. 19 da Lei nº 12.850/2013), não há nenhuma consequência para tal hipótese em sede de improbidade (NEGRI, 2016, p. 4).

Nada obstante, mesmo durante a vigência da redação originária do multicitado §1º do artigo 17, doutrina e jurisprudência já acenavam pela viabilidade da solução consensual na LIA.

Em abono a essa diretriz, compreendia-se que a utilização de instrumentos de consenso em matéria de direito sancionador nada mais era que uma consequência inevitável da evolução do Direito Administrativo e da própria Constituição Federal, que, ao adotar o Estado Democrático de Direito (art. 1º), contemplou implicitamente o princípio da consensualidade.

Gustavo Binenbojm alerta para o fato de que o reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituídos pela Constituição da Federal de 1988 e a estrutura maleável dos princípios constitucionais inviabilizam a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual (2005, p. 49). O texto constitucional reconhece e tutela interesses privados e coletivos como metas ou diretrizes para a Administração Pública. Dessa forma, compete ao legislador e à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, bem como buscar a sua efetivação até um grau máximo de otimização, no caso concreto, mediante o postulado da proporcionalidade (MOREIRA NETO, 2003, p. 129).

À luz de tal paradigma da atuação administrativa constitucional, o princípio da indisponibilidade do interesse público não seria obstáculo à consensualidade administrativa, na medida em que essa representaria mero instrumento para alcançar o interesse público no caso concreto, com os benefícios da maior eficiência e da legitimidade da ação administrativa.

Com efeito, ao adotar os métodos consensuais, o administrador não estaria dispondo do interesse público, e sim perseguindo-o por outro meio que não o ato administrativo unilateral e imperativo (LOPES, 2017, p. 383).Agrega-se a perspectiva do autorregramento com decorrência lógica do direito fundamental da liberdade (DIDIER, 2017, p. 149), em

ordem a permitir que a autonomia da vontade prevaleça em detrimento do paternalismo estatal regulador.

O princípio da eficiência, inserido na Constituição Federal a partir da Emenda Constitucional 19/98, também converge para a consensualidade no âmbito da LIA, considerando que os instrumentos consensuais apresentam menor custo e são melhores aceitos e implementados, se comparados com a judicialização de ações de improbidade administrativa, cujo trâmite não raramente perdura por quase uma década.[1]

Para além disso, as objeções relativas à adoção de instrumentos de consenso no direito sancionador foram superadas pelo Direito Administrativo brasileiro por diversos textos legais.[2] Nessa mesma linha, o CPC/2015 trouxe um novo paradigma de consensualidade, consubstanciado, especialmente, nos arts. 3º (incentivo à conciliação, etc) e 190 (cláusula geral dos negócios processuais).

Esse panorama normativo concentra o que se chama de microssistema anticorrupção, comunicável às hipóteses de improbidade administrativa por força da Teoria do Diálogo das Fontes, de Erik Jayme (*apud* MARQUES, C.L.; BENJAMIN, A.H.; BESSA, L.R., 2009, p. 90).

O movimento pela consensualidade de algum tempo já era aplicado na seara penal (composição civil dos danos, da transação penal, da suspensão condicional do processo, etc) e, em especial, da colaboração premiada, prevista, entre outras, na Lei nº 12.850/2013, que trata das organizações criminosas.

Assim sendo, não havia lógica em se admitir a hipótese de solução consensual para sanções mais graves, como é o caso, *v.g.*, dos delitos de corrupção e de organização criminosa, mas refutá-la para sanções civis advindas do mesmo fato, a despeito de mais

[1] Em 2015, intentando realizar diagnóstico acerca dos processos de Improbidade Administrativa, mormente quanto à sua tramitação, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizou pesquisa, na qual colheu dados de 132 processos, dos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo, Mato Grosso, Rio Grande do Norte, Pará, Tribunal Regional Federal da 4ª Região e Superior Tribunal de Justiça, onde se expôs que, nesse último, a média de tramitação (dentre a data do ajuizamento e do trânsito em julgado) é de 2.666,40 dias, ou seja, aproximadamente 7 (sete) anos. O resultado da média realizada entre todos os tribunais mencionados foi de 1.855,83 dias (aproximadamente 5 anos). (BRASIL, CNJ, 2015).

[2] Destacam-se: Lei 12.529/2011 (Acordo de leniência em relação às infrações à ordem econômica); Lei 12.846/2013 (Acordos de leniência em atos contra a Administração Pública); a possibilidade de conciliação (art. 10, par. ún., da Lei 10.259/01 e art. 174 do CPC) e mediação (art. 3º da Lei 13.140/15) em causas do Estado, a ausência de ajuizamento de execução fiscal de pequeno valor (art. 20 da Lei 10.522/02 e arts. 7º e 8º, ambos da Lei 12.514/11); a possibilidade de compromisso – extrajudicial ou judicial – para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público (art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-lei 4.657/42); a possibilidade do "emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato [de concessão], inclusive a arbitragem" (art. 23-A da Lei n. 8.897/1995), entre outras hipóteses.

brandas. Ora, se a consensualidade é admitida no Direito Penal, *a fortiori* no Direito Administrativo Sancionador.[3]

À necessidade de unidade e juridicidade do ordenamento jurídico,[4] somavam-se os grandes casos de corrupção, cujo desvendamento, em larga medida, deve-se à celebração dos acordos substitutivos com os infratores (LOPES, 2017, p. 387).

Em sintonia com essa nova realidade, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) fez editar a Resolução nº 179/17, cujo artigo 1º, §2º, passou a permitir a celebração de compromisso de ajustamento de conduta na esfera da improbidade administrativa.

Esse movimento não era uma exclusividade do Direito nacional. Em países de tradição jurídica da *common law*, especialmente nos Estados Unidos, onde impera o sistema adversarial, assume destaque o *plain bargain* (ou barganha da pena). Também é possível encontrar institutos semelhantes na Itália (*pateggiamento sulla pena*), na Espanha (a *conformidade*) e na Alemanha (*Absprachen*).

Acrescentam-se compromissos internacionais assumidos pelo País autorizando a autoridade administrativa a celebrar acordos com infratores.[5]

---

[3] A questão já foi enfrentada em acórdão do Supremo Tribunal Federal em hipótese envolvendo acordo de colaboração e na qual se firmou posição de que o ajuste faz nascer para o Estado, de maneira geral, o dever de honrar os compromissos assumidos: "os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *HC 127.483*. Plenário. Relator: Ministro Dias Toffoli. Sessão de 27/8/2015. Diário da Justiça, Brasília, DF, 4 fev. 2016).

[4] Assim era o entendimento da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal: "Tem-se, pois, admitido a celebração de acordos pelo Ministério Público Federal, no âmbito da improbidade administrativa, que envolvam a atenuação das sanções da Lei nº 8.429/1992, ou mesmo sua não aplicação, a fim de dar congruência ao microssistema de combate à corrupção e de defesa do patrimônio público e da probidade administrativa, que já contempla a possibilidade de realização de acordos de delação ou colaboração premiada no âmbito criminal. Não faria, mesmo, sentido, que o Ministério Público, titular da ação penal e da ação de improbidade, pudesse celebrar acordos em uma seara e não em outra." BRASÍLIA, Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. Rel. Subprocuradora-Geral da República Mônica Nicida Garcia. Voto nº 9212/2016, no bojo do Inquérito Civil nº 1.30.001.001111/2014-42.

[5] Exemplo é a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – CNUCC –, ratificada pelo Decreto Legislativo 348/2005 e promulgada pelo Decreto Presidencial 5.687/2006, conhecida por Convenção de Mérida, e a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), promulgada pelo Decreto n° 5.015, de 12 de março de 2004. Há outras duas convenções específicas sobre o tema: a) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais: elaborada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE) – ratificada pelo Decreto Legislativo 125/2000 e promulgada pelo Decreto Presidencial 3.678/2000; e b) Convenção Interamericana contra a Corrupção (CICC), elaborada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) – ratificada pelo Decreto Legislativo 152/2002 e promulgada pelo Decreto Presidencial 4.410/2002.

Apesar do grande avanço que a inovação significou, o "Pacote Anticrime", aprovado pelo Congresso Nacional, foi vetado parcialmente pelo Presidente da República. A regulamentação do ANPC, prevista no art. 17-A, foi justamente um dos pontos vetados.[6]

Necessário, pois, estabelecer algumas premissas básicas que permitam, mais adiante, aprofundar os estudos sobre o instituto.

3 ASPECTOS GERAIS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

Pode-se compreender como ANPC, a possibilidade do legitimado à proposição da ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa realizar um negócio jurídico com o autor do fato ímprobo, na fase da investigação ou mesmo após a formulação da pretensão acusatória (antes ou após o recebimento da petição inicial), destinado a imposição de uma ou algumas sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Em contrapartida, o autor do fato ímprobo não se submete ao processo, evitando todos os ônus dele advindos, entre os quais honorários de advogado, medidas assecuratórias patrimoniais, procrastinação do processo em decorrência da morosidade da justiça.

Sob o ponto de vista da teoria do fato jurídico, concebe-se a natureza jurídica do ANPC como de um negócio jurídico bilateral e comutativo, cujo aperfeiçoamento opera com a manifestação de vontade de ambas as partes e com o estabelecimento de prestações certas e determinadas.

Renato de Lima Castro o considera como um negócio *sui generis* (2020), por entender que há reduzida liberdade das partes intervenientes no negócio, já que as sanções serão proporcionais à maior ou menor gravidade do injusto ímprobo.[7] De fato, o infrator não

[6] Eis a redação do art. 17-A: "O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados: I - o integral ressarcimento do dano; II - a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados; III - o pagamento de multa de até 20% (vinte por cento) do valor do dano ou da vantagem auferida, atendendo a situação econômica do agente. § 1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso. § 2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade. § 3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor. § 4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil. § 5º Cumprido o disposto no § 4º deste artigo, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação."

[7] Por outro lado, em ensaio específico sobre o projeto do Pacote Anticrime, Aury Lopes Jr., citando Schünemann, critica o suposto princípio de consenso, frequentemente invocado para legitimar o modelo negocial, taxando de "eufemismo", por trás do qual se ocultaria uma sujeição do acusado à medida de pena pretendida pelo acusador, enquanto resultado mínimo, de quem é colocado em posição de submissão através de forte pressão por parte da Justiça criminal sobre o acusado. É uma ficção, desde o ponto de vista prático, conclui.

estará irrestritamente apto a negociar todo o negócio jurídico, mas apenas parte dele. O mesmo ocorre em relação ao proponente do acordo, que não está livre para estabelecer as condições que bem lhe aprouver, estando o *Parquet* e a pessoa jurídica interessada adstritos aos princípios e normas que regem a suas respectivas atuações na defesa da probidade administrativa e do patrimônio público. Tudo sem olvidar de observar, no tocante às sanções, a proporcionalidade em relação à gravidade do fato ímprobo.

O acordo também pode assumir feição de um negócio jurídico *processual*, nas situações em que ocorre a fixação de situações jurídicas processuais, como, por exemplo, quando o autor do fato ímprobo, renunciando ao direito ao silêncio, assume o compromisso de confessar e identificar os demais envolvidos na infração, quando concorda com a redução de prazos legais, renuncia desde logo aos prazos recursais, entre outras situações.

Acerca da legitimidade para celebração do acordo parece não remanescer maiores dúvidas: os mesmos que a detém para propositura da ação de improbidade administrativa, ou seja, Ministério Público e a pessoa jurídica interessada (art. 16 da Lei nº 8.429/1992).

A celebração pode ocorrer tanto extra, como judicialmente. Se celebrado extrajudicialmente, evita a judicialização da ação civil pública de improbidade administrativa. Já, quando ele é realizado na fase judicial, determina a resolução do processo com julgamento de mérito (art. 487, inc. III, "b", CPC/2015). Em ambas as situações, havendo a homologação judicial, o acordo possui eficácia de título executivo judicial (art. 515, inc. II, do CPC/2015).

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

Nada impede, no entanto, um diálogo entre as esferas penal, administrativa e cível em ordem a autorizar que o ajuste se estenda para além dos limites da improbidade administrativa.[8] É necessário, porém, nesse caso, uma reunião entre os colegitimados na

Não existe consenso ou voluntariedade, porque não existe igualdade de partes/armas. Existe uma submissão do réu a partir de uma visão de redução de danos (para evitar o "risco" do processo). Existe semelhança com um "contrato de adesão", onde não há liberdade plena e real igualdade para negociar, apenas de aceitar o que lhe é imposto (Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno? *Conjur,* 22 de fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno> Acesso em 14 de ago de 2020).

[8] Essa atuação coordenada entre órgãos de um mesmo Ministério Público já havia sido externada em caso da Operação "Lava Jato", pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, no inquérito civil 1.30.001.001111/2014-42. Na ocasião, restou consignado: "A atuação integrada – senão concentrada no mesmo órgão, como propugnado por esta Câmara de Coordenação e Revisão, ao demandar de todas as unidades a criação dos Núcleos de Combate à Corrupção – pode garantir que os acordos interessem e sejam aproveitados tanto em uma esfera quando noutra, evitando o risco de eventuais contradições e incompatibilidades, que possam representar risco à segurança jurídica." (BRASÍLIA, 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público

“negociação”, no sentido de que participem do acordo de não persecução cível e, via de consequência, firmem o Termo de Ajuste de Conduta em conjunto, vinculando-os aos termos do acordo compromissado (CASTRO, 2020).

Feitas tais digressões, passa-se a esboçar uma proposta de regime jurídico aplicável ao ANPC.

4 REFLEXÕES SOBRE O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

O “Pacote Anticrime” permitiu a celebração do ANPC. Porém, não disciplinou o respectivo procedimento, nem os requisitos materiais, tal como ocorreu com o art. 28-A do Código de Processo Penal, que trata do acordo de não persecução penal (ANPP).

O art. 4º do Decreto-lei 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) estabelece que, quando “a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. É preciso, então, recorrer a outros diplomas normativos para buscar os contornos dessa espécie de acordo.

Nesse sentido, a partir de uma revisão doutrinária e jurisprudencial sobre a temática, exsurgem ao menos três posicionamentos acerca de qual norma deve reger o acordo de não persecução cível.

A primeira orientação remete às regras legais e infralegais que disciplinam o regime jurídico do termo de ajustamento de conduta (CAMBI, E.; SOBREIRO NETO, A.A., 2020). Entre elas, o art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/85, e a Resolução nº 179/17 do CNMP, que o regulamentou no art. 1º, §2º, com possibilidade de aplicação à improbidade administrativa.

Ainda nesse contexto, é possível valer-se igualmente de eventual ato infralegal editado pelos Ministérios Públicos Estaduais ou da União que, no exercício do poder regulamentador que lhes cabe em relação à norma geral estabelecida pelo CNMP, disponha sobre o acordo de não persecução cível. Com efeito, diante da ausência de regulamentação, nada impede que Ministérios Públicos Estaduais e da União editem ato infralegal com parâmetros procedimentais e materiais sobre o acordo, a exemplo do Ministério Público do Estado de São Paulo, que regulamentou os elementos do ANPC por meio da Resolução nº 1.193/2020.

Federal. Voto 9212/2016, inquérito civil 1.30.001.001111/2014-42, rel. Procuradora Mônica Nicida Garcia. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf. Acesso em 16 de ago de 2020).

Um segundo posicionamento seria recorrer ao microssistema anticorrupção e, por meio da Teoria do Diálogo das Fontes, buscar uma solução coordenada entre as fontes normativas que permita uma aplicação que potencialize ao máximo a efetividade da proteção do bem jurídico tutelado, qual seja, o patrimônio público e a moralidade administrativa.[9]

Nesse passo, o art. 28-A do Código de Processo Penal desponta como uma das primeiras fontes aptas a contribuir para colmatação dessa lacuna. Além da própria terminologia comum para designar soluções negociadas em diferentes instâncias de responsabilização - o que indica que o legislador, aparentemente, pretendeu estabelecer um paralelo entre os institutos -, o diálogo entre os microssistemas contribui para uma resolução coordenada, afinal, via de regra, o ilícito partir dos quais advêm consequências sancionatórias derivam de fato em comum, qual seja, a corrupção pública (CASTRO, op. cit.).

Sendo a corrupção um ilícito multifacetário, que gera consequências penais, civis e administrativas, seria, nessa ótica, viável transportar, guardadas as devidas proporções, os critérios exigidos para celebração do ANPP, para o instituto do ANPC. Afinal tanto as sanções penais, quanto as da LIA, integram o chamado Direito Sancionador, que, em última análise, versam sobre restrições de bens e direitos em prol de interesses públicos fundamentais.

Outro ponto comum é que, seja no acordo de não persecução penal, seja no cível, a celebração não está condicionada a nenhum proveito para a investigação; basta a mera confissão. Esta, aliás, é uma das principais notas distintivas do ANPP em relação aos institutos de direito premial,[10] para os quais não basta a mera confissão. É preciso ir além e colaborar efetivamente com os órgãos de investigação, trazendo resultados úteis e eficazes em termos investigatórios.

O transporte da exigência da confissão para o ANPC, consoante Landolfo Andrade (2020), encontra fundamento na própria racionalidade do sistema jurídico, pois não abonaria o raciocínio lógico sustentar que um agente público que fraudar uma licitação poderá celebrar um acordo de não persecução cível na esfera da improbidade administrativa, pela prática de ato lesivo ao erário (art. 10, VIII, da LIA), independentemente de confissão, mas, na esfera

[9] Como explica Cláudia Lima Marques, ao tratar do direito do consumidor, "Erik Jayme, em seu Curso Geral de Haia de 1995, ensinava que, em face do atual 'pluralismo pós-moderno' de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurge a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento (…). O uso da expressão do mestre, 'diálogo das fontes', é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada 'coerência derivada ou restaurada' (cohérence dérivée ou restaurée), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a 'antinomia', a 'incompatibilidade' ou a 'não coerência.'" (Op. cit, p. 90).

[10] Como exemplos de institutos de direito premial, citam-se os acordos de leniência celebrados com os autores de atos lesivos à administração Pública (Lei 12.846/2013) ou ofensivos à ordem econômica (Lei 12.529/2011), e os acordos de colaboração premiada, celebrados com os integrantes de organização criminosa (Lei 12.850/2013).

criminal, esse mesmo agente somente poder celebrar um acordo de não persecução penal, pela prática do mesmo fato, se confessar sua participação no ilícito (artigo 89 da Lei 8.666/1993). Haveria aí uma verdadeira contradição axiológica, um defeito de lógica legislativa, no plano deontológico (GARCIA, 2017, p. 542).

Dessa forma, partindo de tal premissa, aplicar-se-ia o artigo 28-A do Código de Processo Penal naquilo que for compatível com a natureza do ato de improbidade administrativa. Por exemplo, a exigência de reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima, presente no art. 28-A, seria cabível apenas e tão somente à hipótese de improbidade administrativa que causa dano ao erário, capitulada no art. 10, *caput*, e seus incisos, da Lei nº 8.429/1992, mas não naquelas especificadas em seus arts. 9º e 11, cujo ilícito não envolve diretamente a produção de dano ao erário (CASTRO, 2020).

Por último, o terceiro posicionamento entende cabível utilizar a Lei 12.846/2013,[11] cujo artigo 16 e respectivos parágrafos estabelecem parâmetros e condições para a celebração do acordo de leniência, que poderiam ser complementados, no que couberem, pelas disposições da Lei 12.529/2011 (CADE), da Lei 12.850/2013 (colaboração premiada) e por convenções internacionais adotadas pelo Brasil.[12]

O fundamento que ampara tal orientação reside essencialmente no fato de que as disposições da Lei nº 12.846/2013 compõem um microssistema sancionatório de combate à corrupção e defesa do patrimônio público e probidade administrativa, cujas normas, por versarem sobre responsabilização civil-administrativa, mais se aproximam do contexto subjacente à Lei de Improbidade Administrativa.

As opiniões doutrinárias até então levantadas aparentemente divergem entre si. No entanto, o que se percebe é que elas se autocomplementam.

Não se pode perder de vista, antes de mais nada, que o termo de ajustamento de conduta se trata de instrumento jurídico afeto à tutela de direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos de outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público e que tem por finalidade a "[…] adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração", a teor do art. 1º da Resolução n.º 179/2017 do CNMP.

---

[11] Nesse sentido, entre outros: GAJARDONI, Luiz Fernando "et al", *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª Edição. São Paulo: RT, 2020.

[12] BRASÍLIA. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Voto 9212/2016, inquérito civil 1.30.001.001111/2014-42, rel. Procuradora Mônica Nicida Garcia. Disponível:<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf.> Acesso em 16 de ago de 2020.

Deflui-se, daí, que o termo de ajustamento de conduta (TAC) é o instrumento adequado a veicular obrigações de fazer, não fazer, de dar (contemplando-se nessa a de pagar quantia certa). Trazendo essa perspectiva para o ANPC, parece-nos inadequado cogitar do TAC (na acepção técnica do instituto) para estabelecer sanções como suspensão dos direitos políticos e perda da função pública. É bem verdade que poderiam ser traduzidas em cláusulas de obrigação de fazer (Ex.: exonerar-se do cargo), mas, ainda assim, o posicionamento não se alteraria, ante a inadequação do TAC para veicular sanções outras da LIA que não as meramente pecuniárias, sob pena de extrapolar o próprio conceito legal e dogmático do instrumento.

Em linhas gerais, portanto, e mantendo coerência técnica com o instituto, conclui-se possível tomar de empréstimo o regime jurídico do TAC para os casos de improbidade administrativa que envolvam obrigações de fazer (Ex.: adotar política de *compliance*), de não fazer (Ex.: abster-se de contratar servidores temporários para determinada área) e de dar, traduzida, não raro, em sanções de caráter pecuniário (multa, etc).

Tal hipótese teria lugar em casos de improbidade de baixa gravidade,[13] assim considerados como aqueles cujas consequências não desbordem do plano da improbidade administrativa (ex.: publicidade que viola o princípio da impessoalidade), ou mesmo que gerem repercussão na esfera penal que se limite a infrações de natureza leve, compreendidas como aquelas que admitem composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo.[14] Pode-se dizer que seriam, essencialmente, as hipóteses do art. 11, *caput*, da LIA.

Cumpre salientar que tal parâmetro decorre de uma interpretação analógica das regras do acordo de não persecução penal, previstas no art. 28-A do CPP, cujo §2º, inciso I impede a proposta de ANPP quando cabível a transação penal de competência dos Juizados Especiais, e, ao mesmo tempo, de uma interpretação sistemática da legislação penal extravagante, especialmente das normas que tratam do instituto despenalizador do *sursis* processual. Neste último caso, a inovação implementada pelo "Pacote Anticrime" permite uma releitura da classificação de crimes quanto ao potencial lesivo, pois se, antes,

[13] A respeito da valoração da conduta do agente ímprobo para fins de imposição de sanção, oportuno citar Fábio Osório Medina:"Para a reprovação de uma conduta, interessa não só a vontade na ação, mas também seus efeitos […]. Deve-se ter em conta a finalidade protetiva da norma, assim como a vontade do autor. Um olhar aos atos de improbidade – atos ilícitos em geral – põe de ar manifesto que o conteúdo do modelo de conduta proibida não vem dado exclusivamente pela lesão ou pela exposição a perigo (uma espécie de lesão formal), do objeto do tipo, mas também pelo modo e forma da realização do fato, a estrutura formal da transgressão. Essa dinâmica é aberta, e permite amplos espaços de valoração por parte do intérprete, em busca do juízo fundamentado de censura. Semelhante panorama releva que a ação ou omissão ilícitas devem submeter-se a um juízo de desvalor ético-normativo, redundando na configuração do suporte para incidência da norma tipificatória da improbidade" (2007, p. 286).

[14] Arts. 74, 76 e 89, *caput*, respectivamente, da Lei nº 9.099/95.

consideravam-se infrações de médio potencial ofensivo aquelas que admitiam suspensão condicional do processo, que tem entre seus requisitos a exigência de pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano, agora, com a possibilidade de ANPP para delitos sancionados com até 4 (quatro) anos, deixaram de sê-lo, deslocando-se a classificação ao nível anterior da escala de gravidade pautada no potencial ofensivo do crime.

Agrega-se o fato de que tais institutos despenalizadores advêm de uma matriz comum do sistema de consenso processual penal americano, o *nolo contendere*, que tem como essência a "[…] declaração de que não será contestada a acusação, sem que haja, com isto, o reconhecimento de culpa do acusado, em que pese a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade também" (BRANDALISE, 2016, p. 54), cenário que se coaduna com o contexto normativo do TAC, cuja celebração, como visto, não se condiciona ao reconhecimento de culpa e confissão do agente ímprobo.

Tal conjectura presta-se apenas como diretriz ao operador do direito mercê do absoluto vazio normativo em que se situa a questão, mas não despreza a necessidade de submeter o resultado da interpretação do caso concreto a um juízo de desvalor ético-normativo à luz das finalidades que permeiam a Lei 8.429/1992, a fim de identificar se realmente os fatos ímprobos e o regramento jurídico aplicável para aquele nível de valoração se mostram adequados para o caso concreto.

Diferentemente, em se tratando de fatos ímprobos de média gravidade, assim considerados como aqueles a partir dos quais possam advir sanções da Lei de Improbidade Administrativa e também penais, mas, neste caso, restrito as hipóteses que admitem proposta de ANPP (pena mínima inferior a 4 anos, ausência de violência ou grave ameaça, etc), parece-nos adequado tomar de empréstimo as regras do art. 28-A do CPP para os casos do art. 17, §1º, da LIA. O exemplo mais emblemático dessa hipótese remete ao delito de corrupção passiva, capitulado no art. 317 do Código Penal, que igualmente pode configurar ato de improbidade administrativa que gera enriquecimento ilícito (art. 9º, I, da LIA).

Essa proposta evita a ilogicidade jurídica a que alude Landolfo Andrade (2020), quando menciona a exigência da confissão para fins de acordo de não persecução penal, mas não para o de persecução cível.

Além disso, não há como negar que a mera previsão de sanções da Lei 8.429/1992, desacompanhada de qualquer reconhecimento de culpa do agente – como é o que ocorre na simples celebração de TAC -, colocaria em risco princípios e regras dos mais comezinhos da

Constituição Federal, especialmente os da proteção ao patrimônio público e da proporcionalidade, em seu viés da vedação da proteção deficiente.

A exigência de confissão, frise-se, advém da própria origem do instituto cuja solução se toma de empréstimo. Logo, se é para fazer um paralelo entre ANPP e ANPC, é preciso minimamente preservar sua gênese.

O modelo de consensualidade no âmbito do direito penal sancionador já é aplicado de longa data por diversos países, especialmente nos países de tradição jurídica do *common law*, máxime no processo penal americano. Também é possível, como fora anteriormente referido, encontrar institutos semelhantes na Itália (*pateggiamento sulla pena*),[15] na Espanha (a *conformidade*)[16] e na Alemanha (*Absprachen*)[17].

De acordo com Rodrigo da Silva Brandalise, o sistema de consenso processual penal americano trabalha com duas grandes percepções: o *guilty plea*, quando a confissão leva ao reconhecimento de culpa pelo acusado e a consequente pena que lhe decorre; e o *nolo contendere*, já citado, que é a declaração de que não será contestada a acusação, sem que haja,

---

[15] Sobre o sistema italiano, leciona Brandalise, que nele também "[…] as partes pedem a aplicação de uma sanção substitutiva ou de uma pena pecuniária, com as diminuições cabíveis. Também é possível a aplicação de uma pena detentiva, também reduzida, quando não superar os 5 anos (art. 444 e seguintes do CPP italiano, de maneira sucinta). Por força de uma decisão exarada pela Corte Constitucional italiana (Sentença 313 de 1990), o juiz deve aferir a adequação da pena imposta (14) e da qualificação jurídica dos fatos – acusação já proposta, portanto -, além da voluntariedade e consciência do acusado (situações que também estão previstas no Projeto (15)). Aliás, de ser dito que, no direito italiano, o Ministério Público é obrigado a propor a ação penal, nos termos do art. 112 da Constituição de lá." (O acordo penal: plea bargaining e outros comentários iniciais, publicado site CONAMP, em 8 de fev. 2019. Disponível em: <O acordo penal: plea bargaining e outros comentários iniciais>Acesso em 15 ago 2020). Em complemento, Aury Lopes Junior, adiciona: "Na Itália, cujo modelo civil law é similar ao brasileiro e que sempre serviu de orientação doutrinária, jurisprudencial e legislativa, o patteggiamento sulla pena (artigo 444 e seguintes, CPP italiano) é uma negociação entre acusado e MP, que não permite negociação sobre a imputação (correlação) e que tem um limite demarcado: com a redução de 1/3, a pena não pode superar 5 anos. Esse é um limite muito próximo e que orientou a redação do artigo 283 do projeto de CPP que tramita atualmente" (Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno? Conjur, 22 de fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno> Acesso em 14 de ago de 2020).

[16] De acordo com Aury Lopes Junior, na Espanha, a Ley de Enjuiciamiento Criminal prevê o instituto da conformidad nos artigos 695 e seguintes e depois nos artigos 787 e 801, onde o acusado se conforma com a pena pedida pelo Ministério Público, abreviando assim o procedimento e aceitando a imputação, desde que a pena privativa de liberdade não seja superior a 6 anos. O precitado processualista acrescenta que no processo penal português, existe o arquivamento em caso de dispensa da pena (artigo 280 do CPP português) e o instituto da "suspensão provisória do processo" (artigo 281), similar à nossa suspensão condicional do processo, para crimes punidos com pena não superior a 5 anos. Nesse caso, o processo ficará suspenso por um período máximo de 2 anos ou de 5 anos (casos previstos no artigo 281. 6 e 7), e, uma vez cumpridas as condições, será arquivado (artigo 282). Esse é o espaço negocial (*Ibdem*).

[17] Na Alemanha, de acordo com Rodrigo da Silva Brandalise, "[…] o acordo se dá sobre as consequências legais (notadamente, com a indicação dos limites máximos e mínimos de pena (13)), sobre medidas procedimentais ou sobre o comportamento das partes durante o julgamento. Da mesma forma como o acordo penal, a culpa não pode ser objeto de negociação, nem mesmo as medidas a serem aplicadas em razão dela (sua modulação pode ser). É o que se depreende do StPO, § 257c, 2 e 3" (*Ibdem*).

com isto, o reconhecimento de culpa do acusado, a despeito da possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade (2016, p. 55).

O ANPP aproxima-se do sistema do *guilty plea*, na medida em que exige, como condição do ajuste, o reconhecimento de culpa pelo acusado por meio da confissão. Já os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, como exposto, aproximam-se do *nolo contendere*, na medida em que independem do reconhecimento da culpa do agente, sem prejuízo da possibilidade de aplicação imediata de pena privativa de liberdade.

Dessa maneira, se é para fazer um paralelo entre os institutos e manter a coerência, imprescindível que também no ANPC se preserve um dos principais pressupostos do ANPP que é a confissão do agente, sem prejuízo de manter, no que cabível, para aquele, as referenciais condicionantes desse.

Resta, então, examinar se nos casos de fatos ímprobos considerados graves e infrações penais correlatas, assim compreendidos como aqueles que extrapolam os limites do ANPP, seria possível trabalhar com a hipótese de consensualidade.

É preciso ter presente que as hipóteses de acordos substitutivos não se restringem àquelas elencadas no art. 28-A do CPP. É possível, *v.g.*, que o agente não preencha determinada condicionante de tal preceito normativo, mas faça jus à colaboração premiada. Assim é que tanto o Direito Penal quanto o Direito Administrativo Sancionador trabalham com institutos do chamado direito premial, no qual o coautor ou partícipe do ilícito, visando a obtenção de algum prêmio, coopera com os órgãos de investigação.

Nessas situações, dada a maior intensidade na violação ao bem jurídico, o ordenamento não se contenta com a simples confissão, exige-se uma postura proativa de efetiva colaboração com as autoridades responsáveis pelas investigações na obtenção de informações, em especial sobre outros partícipes e/ou coautores e apresentação de provas materiais de autoria. Em outras palavras, não basta confessar, é preciso ir além, trazendo efetivo proveito para a investigação.

Entre os resultados esperados dessa colaboração, destacam-se: a identificação dos demais envolvidos na infração (art. 86, I, da Lei nº 12.529/2011, art. 16, I, da Lei nº 12.846/2013 e art. 4º, I, da Lei nº 12.850/2013), a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação (art. 86, II, da Lei nº 12.529/2011 e art. art. 16, II, da Lei nº 12.846/2013), a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa (art. 4º, II, da Lei nº 12.850/2013), a prevenção de infrações penais

decorrentes das atividades da organização criminosa (art. 4º, inc. III, da Lei nº 12.850/2013), e a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa (art. 4º, inc. IV, da Lei nº 12.850/2013).[18]

Da mesma forma, as Convenções de Mérida[19] e Palermo[20], ao tratarem dos acordos de leniência e de delação premiada, igualmente trazem importantes referenciais que podem ser utilizadas nos ANPC.

A solução, mais uma vez, prestigia a lógica e coerência jurídica. Ora, se é possível transigir no próprio âmbito do Direito Penal, considerado a *ultima ratio* do ordenamento

[18] Nesse sentido, Christiano Jorge Santos e Silvio Antonio Marques sintetizam os principais elementos que o instrumento do ANPC deve conter:
a) objeto específico que trate claramente das irregularidades cometidas, para que o ajuste não se torne uma espécie de "cheque em branco" ou "salvo-conduto" a fim de que a pessoa física ou jurídica compromissária possa se livrar de todos os tipos de ilícitos já praticados ou futuros; b) previsão de restituição de valores decorrentes de prejuízo, sobrepreço, pagamento de propina, "caixa 2" e outros; c) aplicação de, pelo menos, uma das cominações por ato ímprobo, como multa, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o poder público, nos termos do art. 12 da LIA e art. 1º da Resolução 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público; d) prazo de pagamento dos valores que representem o prejuízo ao erário, multa e eventual dano moral coletivo, bem como o índice de correção e juros ou, ainda, da execução das obrigações de fazer ou não fazer; e) cláusula relativa à homologação judicial do ajuste; f) obrigações de entregar documentos, informações ou senhas de arquivos digitais, de revelar a verdade e de pagar despesas com testemunhas, consultores, peritos e outros; g) previsão sobre a validade das provas, caso haja descumprimento do ajuste, inclusive contra o compromissário (vale dizer: na hipótese de descumprimento do acordo, as provas poderão ser utilizadas na instrução do processo); h) previsão sobre a execução ou rescisão unilateral decorrente do descumprimento do ajuste pela compromissária ou, inclusive, pelo cometimento de novos atos ilícitos; e i) previsão de compartilhamento de provas, caso haja adesão da autoridade que receber os documentos quanto às condições do ajuste. (2020, p. 291).

[19] Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – CNUCC –, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 348/2005 e promulgada pelo Decreto Presidencial 5.687/2006, conhecida por Convenção de Mérida. Em seu art. 37 dispõe:
Artigo 37
Cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei
1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto.
2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.
3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.
4. A proteção dessas pessoas será, mutatis mutandis, a prevista no Artigo 32 da presente Convenção.
5. Quando as pessoas mencionadas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontrem em um Estado Parte e possam prestar cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes interessados poderão considerar a possibilidade de celebrar acordos ou tratados, em conformidade com sua legislação interna, a respeito da eventual concessão, por esse Estrado Parte, do trato previsto nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.

[20] Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), promulgada pelo Decreto n° 5.015, de 12 de março de 2004. Em seu artigo 26 preconiza:
Artigo 26
Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei
1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados:

jurídico e com sanções mais gravosas dos atos de corrupção (penas privativas de liberdade de natureza criminal), não seria lógico, nem razoável, vedar que a autoridade competente pudesse fazê-lo com relação às sanções cíveis, decorrentes dos mesmos fatos.[21]

Destarte, não é de se excluir, também para ilícitos ímprobos graves, a possibilidade de acordo substitutivo, mantendo-se a congruência com o microssistema anticorrupção que contempla a possibilidade de celebração de acordos no âmbito criminal, sem restrições ao *quantum* de pena abstratamente cominado, em uma via de mão dupla, variável conforme o grau de contribuição às investigações por parte do interessado.

Diante da ausência de regulamentação de aspectos procedimentais e materiais do ANPC, propõe-se colmatar a lacuna, por meio de um diálogo entre os sistemas penal e administrativo sancionador, a fim de se estabelecer uma escala gradual de gravidade de fatos mediante um paralelo entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, para, então, encontrar o regime jurídico que melhor se adéqua à hipótese, iniciando pelas regras que

---

a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente

i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados;

ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados;

iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar;

b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.

2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um argüido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

4. A proteção destas pessoas será assegurada nos termos do Artigo 24 da presente Convenção.

5. Quando uma das pessoas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontre num Estado Parte e possa prestar uma cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes em questão poderão considerar a celebração de acordos, em conformidade com o seu direito interno, relativos à eventual concessão, pelo outro Estado Parte, do tratamento descrito nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo

[21] Oportuno, nesse sentido, registrar a opinião de Andrey Borges de Mendonça, que trata da extensão dos efeitos da colaboração premiada para o âmbito da improbidade administrativa, ainda sob os influxos da vedação originária prevista no art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92: "Aqui, como lembra Vladimir Aras, podemos invocar o brocardo ubi eadem ratio ibi eadem ius. Não há sentido em fornecer benefícios para alguém colaborar no âmbito criminal e esse mesmo agente ser punido pela Lei de Improbidade, exatamente em razão dos mesmos fatos. A incoerência na atuação estatal – reconhecendo benefícios em uma seara e negando em outra – demonstra até mesmo deslealdade do Poder Público com aquele que contribuiu para a persecução dos agentes ímprobos, abrindo mão de seu direito a não se autoincriminar. Esta incoerência é reforçada quando a Ação de Improbidade se baseia justamente nos elementos desvelados pelo colaborador. Ademais, estamos tratando de um benefício para o réu, de sorte que não há vedação ao uso de analogia em seu favor. Por fim, a interpretação teleológica nos conduz nesse mesmo sentido. É induvidoso que a vedação da lei de improbidade visa impedir que o interesse público seja lesionado. Porém, em casos de colaboração, sobretudo quando auxilia na recomposição no patrimônio público lesionado, o interesse público está sendo mais bem protegido, pois a Administração atingida é a mesma, as partes são as mesmas e o acordo acelera a reparação do dano causado ao erário e recuperação de ativos. Tanto isso é verdade que a Lei 9807/99 estabelece, como objetivo da colaboração, a recuperação total ou parcial do produto do crime, o que está em perfeita sintonia com o objetivo da ação de improbidade, conforme lembra Januário Paludo" (*Roteiro de Colaboração Premiada*. São Paulo: Mimeo, 2012).

disciplinam o termo de ajustamento de conduta, passando pelas normas que regulamentam o ANPP até chegar nas regras do acordo de leniência e da colaboração premiada.

5 CONCLUSÃO

A nova redação dada pela Lei 13.964/2019 ao artigo 17, §1º da LIA representou um grande avanço no combate à corrupção.

O legislador, no entanto, perdeu a oportunidade de encerrar de vez com as discussões acerca da solução consensual no âmbito da improbidade administrativa, mediante o equacionamento de outro aspecto que até então vinha gerando grave insegurança jurídica: a ausência de regulamentação de aspectos procedimentais e materiais dessa espécie de acordo.

Isso, porém, não impede a efetiva implementação do Acordo de Não Persecução Cível, cuja consecução pode ser dar por meio de uma construção hermenêutica e de interpretação sistemática com outros institutos semelhantes, por meio da Teoria do Diálogo das Fontes.

Para tanto, mediante um paralelismo entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, propõe-se a regulamentação da matéria a partir de uma escala gradual de gravidade de fatos, iniciando pelas regras que disciplinam o TAC, passando pelas do ANPP, até chegar nas do acordo de leniência e da colaboração premiada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões. *Gen Jurídico.* Publicado em 05/03/2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel/>. Acesso em 17 de ago. de 2020.

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

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada. Negociação de sentença criminal e princípios processuais penais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016.

_____, O acordo penal: plea bargaining e outros comentários iniciais, publicado site CONAMP, em 8 de fev. 2019. Disponível em: <O acordo penal: plea bargaining e outros comentários iniciais>Acesso em 15 ago 2020.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n° 5.208 de 10 de maio de 2016. Disponível em:<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F5E1D8BB266B0FA06B2B4BF7CDE0D808.proposicoesWebExterno2?codteor=1456182&filename=PL+5208/2016> Acesso em: 19 de ago de 2020.

_____, Supremo Tribunal Federal. *HC 127.483*. Plenário. Relator: Ministro Dias Toffoli. Sessão de 27/8/2015. Diário da Justiça, Brasília, DF, 4 fev. 2016.

_____, Conselho Nacional de Justiça. Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. 1ª Edição Série Justiça Pesquisa. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assagra de Almeida; *et al*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/1ef013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf> Acesso em: 23 ago. 2020.

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

BRASÍLIA, 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. *Voto 9212/2016, inquérito civil 1.30.001.001111/2014-42,* rel. Procuradora Mônica Nicida Garcia. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf.> Acesso em 16 de ago de 2020.

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

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

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Resolução nº 1193/2020*, de 11 de março de 2020. Disciplina o acordo de não persecução cível no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo, regulamentando o disposto no 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92 e no art. 7°, § 2º da Resolução n° 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/RESOLUCOES/1193.pdf. Acesso em 7 de set. 2020.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil.* Vol. 1. 19ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

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

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

LOPES JR, Aury. Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno? *Conjur.* 22 de fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno> Acesso em 14 de ago. de 2020.

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

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

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Roteiro de Colaboração Premiada.* São Paulo: Mimeo, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, nº 231, jan./mar. 2003.

NEGRI, Moreira Rafael. *A (Im)possibilidade de o Ministério Público Transacionar em Ação de Improbidade Administrativa*. Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2016.Disponível:<https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdfRafaelBarrosoMoreiraNegri.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência.* São Paulo: RT, 2007.

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

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

WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. A defesa da sociedade contra os atos de improbidade administrativa: análise crítica e desafios para a atuação eficiente do Ministério Público. – *Coleção Direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise.* Coordenação: Gregório Assagra de Almeida. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.