I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

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 – Santa Catarina
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: Edith Maria Barbosa Ramos; Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-090-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

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

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II reuniu-se no Encontro Virtual do CONPEDI, que aconteceu de maneira totalmente virtual e síncrona entre os dias 23 e 30 de junho de 2020, sob a temática "Constituição, Cidades e Crise".

Em plena pandemia da Covid-19, a qual determinou a adoção de medidas de afastamento social para conter a disseminação do vírus, o CONPEDI reinventou-se. Contornando todas as adversidades deste momento tão difícil para a humanidade, fomos premiados com conferências, painéis e grupos de trabalho de excelência. Presentes, mesmo que fisicamente distantes, a alegria do reencontro ficou evidente nos debates, trocas e contribuições dos participantes do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II.

Os trabalhos e debates desenvolvidos no GT produziram grande empatia entre os participantes, especialmente porque retrataram, de forma fidedigna, as grandes preocupações da sociedade brasileira contemporânea e sua agudização neste momento grave de pandemia. São elas: a) combate à corrupção e à improbidade administrativa; b) regulação e controle; e c) transparência e eficiência administrativa.

Os artigos deste ebook gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE E RELIGIÃO: NECESSIDADE EM DELIMITAR A ATUAÇÃO DO GESTOR PÚBLICO OU MERA PERFUMARIA?

2. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DO POSICIONAMENTO CONTEMPORÂNEO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ORIENTADA POR DADOS: GOVERNO ABERTO E INFRAESTRUTURA NACIONAL DE DADOS ABERTOS

4. O PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DAS GARANTIAS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

5. O PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A FLEXIBILIZAÇÃO INTERPRETATIVA DA SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF

6. REFLEXÕES INICIAIS SOBRE POSSÍVEIS EXCESSOS DO PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM TEMPOS DE PANDEMIA (COVID-19)

7. REFORMA ADMINISTRATIVA GERENCIAL E A (RE)INTERPRETAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE EMPRESARIAL FRENTE AO SIGILO FISCAL

8. INOVAÇÕES DO TERCEIRO SETOR BRASILEIRO: O PRINCÍPIO DA CIDADANIA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PÚBLICO-PRIVADAS

9. MP 902/2019: RISCOS RELATIVOS AO FIM DA EXCLUSIVIDADE DA CASA DA MOEDA DO BRASIL NA FABRICAÇÃO DE MOEDA E PAPEL MOEDA

10. PROCESSO OU PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO: A PROCESSUALIDADE AMPLA COM RESPALDO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

11. EXIGÊNCIA DE IMPLATAÇÃO DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: PROPOSIÇÕES DE UMA ANÁLISE JURÍDICO ECONÔMICA

12. COMBATE A CORRUPÇÃO NO BRASIL: A CIDADANIA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA E DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

13. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL: UM BREVE ESTUDO SOBRE A SUFICIÊNCIA DAS INOVAÇÕES DA LEI Nº 8.429/1992 A PARTIR DA ORIGEM E DAS ESPECIFICIDADES DO FENÔMENO

14. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: REFLEXÕES À LUZ DA LEI Nº 13.964/2019

15. UM ENSAIO DOGMÁTICO SOBRE O § 1º DO ARTIGO 22 DA LINDB. A RESPONSABILIDADE DO GESTOR PÚBLICO EM CASOS DE TRAGÉDIAS ANUNCIADAS

16. UM OLHAR SOBRE A LEI MUNICIPAL N° 8.583/2019 QUE INSTITUI A OBRIGATORIEDADE DE GARANTIA EM LICITAÇÕES NO ÂMBITO DA CIDADE DE DIVINÓPOLIS-MG, AVANÇAMOS?

17. DISCUSSÃO SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE PODER PÚBLICO, CONCESSIONÁRIAS E USUÁRIOS NOS SERVIÇOS DE TELEFONIA

18. ANÁLISE CONTEXTUALIZADA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS EM FACE DA LEI Nº 13.460 DE 2017

19. A IMPRESCINDIBILIDADE DE EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO E O DIREITO AO HORÁRIO ESPECIAL PRATICADO POR SERVIDOR PÚBLICO QUE DESENVOLVE OUTRAS ATIVIDADES LABORAIS.

20. A CRISE ECONÔMICA DO FUNDO SETORIAL AUDIOVISUAL - FSA. POSSÍVEIS ESTRATÉGIAS REGULATÓRIAS PARA O SETOR AUDIOVISUAL NO BRASIL.

21. A ATUAÇÃO DO CONTROLE EXTERNO SOBRE LICITAÇÕES PARA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS E A IDENTIFICAÇÃO DE DESVIOS MEDIANTE SIMULAÇÃO DE DESONERAÇÃO DO ICMS

Com 22 (vinte e dois) artigos aprovados e 21 (vinte e um) efetivamente apresentados no GT, é possível constatar a presença quase que maciça dos inscritos no evento, o que demonstra que este formato de CONPEDI Virtual veio para ficar, como mais uma modalidade possível ao lado dos eventos presenciais.

Assim, por meio de novas formas de interação social proporcionadas pelas novas tecnologias de informação e comunicação, foi possível socializar os resultados das pesquisas desenvolvidas pela área de direito administrativo. Como resultado, será possível conferir neste ebook artigos científicos de elevada qualidade e pertinência acadêmica, com uma pluralidade de abordagens bastante originais e com induvidoso relevo prático.

Registramos os efusivos cumprimentos ao CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização desse primeiro encontro virtual - um espaço que proporcionou relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito!

Assim, é com grande satisfação que apresentamos a comunidade jurídica a presente obra. Que todos possam se valer dos valiosos ensinamentos aqui presentes.

De Florianópolis (SC), de Passo Fundo (RS) e de São Luiz (MA), junho de 2020.

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

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

Profa. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos – Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II apresentados no I 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 8.1 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 NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: REFLEXÕES À LUZ DA LEI Nº 13.964/2019

NON-PERSECUTION AGREEMENT IN ADMINISTRATIVE IMPROBITY ACTIONS: CONSIDERATIONS IN THE LIGHT OF LAW NO. 13.964/2019

Júlia Alves Almeida Machado [1]

Resumo

O objetivo deste estudo é analisar a modificação legislativa trazida pelo Pacote Anticrime na LIA, relativa à possibilidade de realização de acordo de não persecução cível. A nova regra designa a ideia de autocomposição nas ações de improbidade administrativa, cujo objetivo é solucionar a demanda de forma pactuada, a partir da imposição de sanções ao agente ímprobo. A escolha do tema justifica-se em razão de sua relevância prática e teórica, considerando-se as importantes alterações no ordenamento jurídico brasileiro trazidas pelo Pacote Anticrime. A metodologia adotada será a pesquisa teórico-bibliográfica e documental, consideradas referenciais lógico-científicos para a análise do tema exposto.

Palavras-chave: Improbidade administrativa, Acordo de não persecução cível, Processo coletivo, Direito administrativo, Moralidade

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this study is to analyze the legislative change brought by the Anti-Crime Package in the Administrative Improbity Law, regarding the possibility of reaching a civil non-prosecution agreement. The new rule designates the idea of self-composition in actions of administrative improbity which purpose is to resolve the demand in an agreed manner. The theme is justified due to its practical and theoretical relevance, considering the important changes in the Brazilian legal system brought by the Anticrime Package. The methodology applied will be the theoretical-bibliographic and documentary research, considered logical-scientific references for the analysis of the exposed theme.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative improbity, Civil non-prosecution agreement, Collective process, Administrative law, Morality

[1] Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna. Especialista em Processo Constitucional pela Faculdade de Pará de Minas. Graduada em Direito pela Faculdade de Pará de Minas. Professora. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como objetivo geral analisar a possibilidade de realização de acordos de não persecução cível na esfera da Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/92, modificada pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime.

A escolha do tema proposto justifica-se em razão de sua relevância prática e teórica, considerando-se que o Pacote Anticrime inaugurou profundas e importantes alterações no ordenamento jurídico brasileiro, que não se restringiram à esfera criminal. A modificação legislativa tornou incontestável a possibilidade de realização de acordo, ou seja, o consensualismo no âmbito da improbidade administrativa, tema muito discutido antes da vigência do Pacote Anticrime.

A Lei de Improbidade Administrativa tem por objetivo resguardar os princípios da administração pública, como forma de combater atos de imoralidade qualificada e de corrupção, cujo custo social é alto, principalmente no Brasil onde, infelizmente, ainda existe uma falta de sensibilidade considerável dos operadores do Direito, ainda que estas condutas representem um grau elevado de lesividade. Isso pode ser percebido a partir do momento em que se percebe que a corrupção é considerada como um fenômeno invisível, clandestino, de visualização indireta para a população, no entanto, que causa efeitos devastadores.

A Lei de Improbidade Administrativa busca qualificar a punir estes atos de grave desonestidade funcional, punindo os agentes públicos que cometem improbidade administrativa e o particular que concorre ou se beneficia com o ato ímprobo, podendo, em qualquer dos casos, sofrer as sanções previstas no artigo 12 da LIA.

Neste sentido, a pergunta-problema apresentada neste artigo é a seguinte: a nova redação do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa, que acrescentou no seu §1º a possibilidade de realização de acordo de não persecução cível, representa uma forma efetiva de combate à corrupção, conferindo maior aplicabilidade às sanções previstas na LIA ou, a contrário senso, se mostra como forma de abrandar a situação do legitimado passivo das ações de improbidade? Poderiam ser transacionados, neste acordo, direitos de caráter fundamental?

Para responder a pergunta-problema será necessário revisitar o marco regulatório da transação nas ações de improbidade administrativa, os motivos determinantes que proibiam a adoção de qualquer método autocompositivo na esfera das improbidades e o posicionamento da doutrina e jurisprudência em sentido autorizativo e, ainda, a forma de atuação do Ministério Público à luz da Resolução 179 de 2017, que previa em seu artigo 1º, §2º a

possibilidade de formalização de termo de ajustamento de conduta em sede de improbidade administrativa.

A partir desta revisitação, será realizada uma análise crítica de como esta situação será tratada a partir de agora, com a vigência do Pacote Anticrime, realizando apontamentos, reflexões e questionamentos que não foram esclarecidos pela nova legislação, sobretudo no que concerne à forma de aplicação e processamento destes acordos.

No capítulo dois, será apresentado o instituto das improbidades administrativas, apresentando o conceito de improbidade, a previsão legal, sua gênese e sistematização jurídico-legal no Brasil. Neste capítulo ainda será apresentada uma análise histórica comparativa de como a Lei de Improbidade Administrativa tratava o instituto da autocomposição e o posicionamento crítico da jurisprudência e da doutrina acerca da aplicabilidade de métodos autocompositivos nas ações de improbidade.

No capítulo três, o trabalho abordará as influências da lei 13.964/19 na esfera administrativa. Apresentará, ainda, as novas previsões do acordo de não persecução cível enquanto acordo de colaboração em ação ou investigação de improbidade administrativa, as questões que a lei deixou em aberto, podendo ser citada a ausência de procedimentalização dos acordos, já que o artigo 17-A, que estabelecia os critérios para a celebração do acordo de não persecução civil foi integralmente vetado.

Neste capítulo a discussão também abordará a natureza jurídica dos acordos de não persecução cível, os pressupostos para a realização, as sanções que podem ser convencionadas, a legitimidade para a realização do acordo, não sendo exclusiva do Ministério Público e qual o melhor momento para a realização do acordo, segundo a doutrina.

Discutir-se-á, após a análise de todos os reflexos desta nova previsão, se o acordo de não persecução cível confere uma maior efetividade das sanções previstas na LIA, apresentando, desde já, como hipótese científica, o seu sentido positivo, uma vez que, além de o acordo poder ser feito antes ou em qualquer momento da ação civil, poderá dispor sobre os aspectos da reparação do dano e as sanções administrativas, resolvendo todo o litígio nos termos da LIA. Assim, além da possibilidade de restituir o erário, poderá o agente ímprobo se submeter a uma ou mais sanções de forma pactuada em termo de ajustamento de conduta, sem que isto configure um combinado de sanções ou negociação de direitos indisponíveis, tal qual é o direito à moralidade administrativa.

Quanto à metodologia, adotou-se a pesquisa teórico-bibliográfica, para a análise crítica do tema-problema ora proposto. Desenvolveu-se, ainda, a pesquisa documental considerada referencial lógico-científico para a construção de análises teóricas e

interpretativas. O método indutivo foi utilizado para delimitar o objeto da pesquisa, partindo-se de uma concepção macroanalítica para uma visão microanalítica no que atine ao estudo do tema. Destarte, foram lançados apontamentos pertinentes acerca do tema-problema tratado nesta pesquisa, com o objetivo de, por meio do método indutivo de pesquisa, esclarecer os pontos controversos sobre a possibilidade de realização de acordo de não persecução cível na ação de improbidade administrativa.

2 A SISTEMATIZAÇÃO JURÍDICO-LEGAL DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A improbidade administrativa é caracterizada, de acordo com o dicionário da língua portuguesa, enquanto atos de desonestidade, má índole, ausência de probidade. Traduz a ideia de condutas que se alinham com a desonestidade e a corrupção. A pessoa que age a partir de atos ímprobos, também age em simétrico desrespeito às normas não somente legais, mas também àquelas que se referem aos comportamentos morais, sociais e costumeiros.

A repressão à improbidade administrativa possui matriz constitucional, que busca reprimir as violações aos princípios da administração pública no que tange à moralidade administrativa, sendo esta um "pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública", conforme dispõe Hely Lopes Meirelles (2009, p.90).

A defesa da moralidade administrativa envolve interesses difusos e coletivos, merecendo, assim, a tutela coletiva, razão pela qual se justifica a aplicação do microssistema das ações coletivas como um todo, na busca da proteção desses direitos.

Realizando inicialmente uma breve sistematização jurídico-legal das ações de improbidade no Brasil, país em que, infelizmente existe um histórico comumente ligado aos grandes escândalos de corrupção e, ainda, tendo-se em vista o atual cenário político que se apresenta na Administração Pública, é possível aferir que a defesa da moralidade administrativa já vinha sendo tratada por leis até mesmo anteriores à Constituição Federal de 1988, podendo ser citada a Lei de Ação Popular (LAP), que foi a primeira lei criada no Brasil com o objetivo de tutelar direitos coletivos, dentre eles, a moralidade administrativa.

A referida lei, embora não tenha deixado clara a sistematização da proteção da moralidade administrativa, já apresentava como objetivo a tutela do patrimônio público, onde qualquer cidadão tinha legitimidade para postular em juízo pela invalidação/anulação de atos administrativos praticados pela administração pública direta e indireta, que venham a atingir o patrimônio público e a moralidade administrativa de forma lesiva.

Posteriormente, a Lei de Ação Civil Pública, citada pela primeira vez pela Lei Complementar Federal de nº 40 de 1981 (Lei Orgânica do Ministério Público), mas com entrada em vigor no ano de 1985, surgiu com o objetivo de tutelar quaisquer outros direitos difusos e coletivos, dentre eles, a moralidade administrativa, no entanto, a referida lei não tratou de forma específica os atos de improbidade administrativa, mas também representou um importante avanço legislativo no que tange à proteção de direitos difusos, coletivos de individuais homogêneos.

Foi em 1988, com a Constituição da República Federativa do Brasil, que o legislador originário se preocupou, objetivamente, em reprimir atos de improbidade administrativa, visando o respeito ao princípio da moralidade e, também, combater os atos de improbidade administrativa, de modo que inseriu no artigo 37 da CF/88 a determinação de que a administração pública direta e indireta dos Poderes da União, Estados e Municípios obedecerão ao princípio da moralidade, penalizando de maneira incisiva aqueles que praticarem atos de improbidade administrativa, com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo ainda da ação penal cabível.

O aludido artigo, de forma implícita, também trouxe consigo o objetivo de diminuir a discricionariedade administrativa, onde a faculdade do administrador público ficou limitada pelo princípio da legalidade e nos demais princípios orientadores da Administração Pública.

Destarte, apesar das punições pela prática de ato de improbidade administrativa já constarem expressamente no artigo 37 da CRFB/88, após o advento da Constituição Federal de 1988, editou-se a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), de número 8.429, de 02 de junho de 1992, que veio com a finalidade de conferir proteção e efetividade às normas constitucionais trazidas pelo artigo 37, sobretudo àquelas que dizem respeito à probidade administrativa. Foi a LIA que apresentou as previsões sobre os atos que configuram a improbidade administrativa, bem como, quais as condições e sanções constitucionalmente previstas serão aplicadas ao jurisdicionado que praticou os atos naquela lei previstos.

A necessidade de proteção da moralidade administrativa no Brasil decorre do grande custo social da corrupção, primeiramente causado pela falta de sensibilidade dos operadores do direito para a corrupção, ainda que essas condutas sejam de grande lesividade, sendo esta situação justificada pela clandestinidade dos atos de corrupção, que ficam invisíveis aos olhos da coletividade, e ainda, pelo efeito “buraco negro” da corrupção, que se trata de fenômeno invisível, de visualização indireta e de efeitos devastadores, onde os mais afetados são as

pessoas mais vulneráveis da sociedade, que dependem, em maior monta, dos recursos públicos desviados.

A improbidade administrativa também possui um custo econômico devastador, haja vista que afeta os diversos setores do país, reduzindo o incentivo ao investimento produtivo de empresas no Brasil (as empresas estrangeiras, ao considerar investir em algum lugar, levam em conta os dados relativos à corrupção no país, de modo que, quanto maior for o grau de corrupção, menor o grau de investimento), gera a redução nas receitas arrecadadas do governo, acarretando perdas orçamentárias e reduz a possibilidade de financiamento de gastos produtivos. Tudo isso desestabiliza o ambiente de negócios do país, colocando-o em desvantagem em relação aos seus competidores. Além disso, os atos de improbidade e corrupção geram a ineficiência na administração pública, a partir da distorção da composição dos gastos públicos, atingindo de maneira negativa todo o patrimônio público.

2.1 A moralidade administrativa e o patrimônio público enquanto direitos indisponíveis e a configuração da improbidade administrativa na perspectiva constitucionalizada

A constitucionalização dos princípios da Administração Pública descritos no artigo 37 da CRFB/88 são verdadeira limitação ao exercício do seu poder discricionário do administrador público. Os princípios limitam a atuação do agente público, que deve pautar suas condutas nos aludidos princípios, de forma a proteger o patrimônio público e a moralidade administrativa.

O conceito legal de patrimônio público foi descrito no artigo 1º, §1º, da Lei de Ação Popular, designando-o como o complexo de bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico pertencentes à União, ao DF, aos Estados aos Municípios e aos respectivos órgãos da administração indireta. Por esta razão, pela própria previsão constitucional e infraconstitucional, a moralidade administrativa se enquadra como direito indisponível da coletividade, e merece ser tutelada por instrumentos capazes de inibir atos de improbidade.

O patrimônio público defendido pela referida lei, compreende a parcela econômica, sendo o complexo de bens e direitos de valor econômico, abrangendo o erário (recursos públicos, a saber: o tesouro e o conjunto de recursos econômico-financeiros em espécie da administração pública, provenientes de sua atividade fiscalizatória, arrecadatória, tributária; exploratória de atividade econômica; aluguel de bens; dentre outros) os bens públicos com conteúdo econômico (bens móveis e imóveis se inserem nessa categoria); e a parcela não-

econômica, sendo o complexo de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico ou turístico.

Visando a manutenção de uma "boa" administração, proba e eficiente, nasceu o princípio da moralidade administrativa, e foi com a Constituição de 1988 que a moralidade administrativa ganhou os pressupostos máximos do sistema constitucional, sendo essência da democracia.

A etimologia do termo moral vem do latim, *morale*, que é relativo aos bons costumes. Já o termo improbidade, de igual forma vem do latim, *improbitate*, que significa desonestidade. O conceito de improbidade administrativa pode ser definido como imoralidade administrativa qualificada, sinônimo de desonra, desonestidade, má índole.

Pode-se também dizer que a improbidade é configurada pela afronta não só do princípio da moralidade administrativa, mas também do princípio da legalidade, da publicidade, da impessoalidade e da eficiência, na medida em que se trata de afronta aos princípios norteadores da administração pública. Para Mauro Ferreira Gomes de Mattos,

> [...] improbidade administrativa é aquele em que o agente público pratica o ato comissivo ou omissivo com devassidão (imoralidade), por meio de uma conduta consciente e dolosa. É a prática de ato lesivo ao erário, ou que demonstre uma moralidade qualificada. (MATTOS, 2010, p. 31).

Percebe-se que o autor se refere a uma ação ou omissão imoral, contudo, ressalta que esta ação ou omissão deve ser necessariamente consciente e dolosa por parte do agente que a pratica. Já para Hely Lopes Meirelles:

> [...] a moralidade administrativa integra o Direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em fator de legalidade. [...] o desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei ou, em outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal." (MEIRELLES, 2009, p. 92-115).

A partir desta observação, denota-se que a integralização dos valores internos do administrador são fundamentos de validade de sua ação, de modo que a imoralidade dever-se-á, portanto, ser observada a partir da intenção do agente, uma vez que o desvio da moralidade está diretamente vinculado à ideia de desvio de poder ou de finalidade. Em consonância com esta ideia, Maria Sylvia Zanella Di Pietro traz considerações acerca do descumprimento da moralidade administrativa ensinando que:

> [...] sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa. (DI PIETRO, 2015, p. 112)

De acordo com a autora, é papel da Administração Pública atender aos fins da sociedade, assumindo efetivamente esta responsabilidade e cumprindo-a segundo os padrões normativos da justiça e da probidade, norteados pelos valores éticos que revelam a moralidade. Na mesma perspectiva, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que o princípio da moralidade administrativa é aquele em que

> [...] a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. (MELLO, 2006, p. 107)

Ou seja, o princípio da moralidade administrativa nada mais é do que uma determinação de conduta proba, que guarde conformidade aos princípios éticos e com aqueles que regem a própria Administração Pública. Já na visão de José dos Santos Carvalho Filho:

> [...]o princípio da moralidade impõe que o administrador não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. 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. [...] o princípio da moralidade está indissociavelmente ligado à noção do bom administrador, que não somente deve ser conhecedor da lei como dos princípios éticos regentes da função administrativa. [...] A falta de moralidade administrativa pode afetar vários aspectos da atividade da Administração. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 21-22)

Fábio Medina Osório (2007, p. 87-89), observa que a falta de probidade administrativa gera um problema que "tem que ser visto no universo da ética pública, no contexto de normas jurídicas especificamente protetoras das funções públicas, dos valores imanentes às Administrações Públicas e os serviços públicos", e complementa que improbidade "é uma imoralidade administrativa qualificada [...] toda improbidade deriva de uma imoralidade administrativa, mas nem toda imoralidade constitui uma improbidade administrativa".

Percebe-se, portanto, que, na perspectiva doutrinária, vários são os autores que coadunam com a ideia de que a improbidade administrativa está intimamente ligada com a afronta ao princípio da moralidade administrativa, por meio de um ato desonesto, que ocorre

fora da observância dos padrões normativos da justiça e justeza, da ética e da boa administração.

Apesar da divergência doutrinária, deve ser recepcionado o conceito mais amplo de improbidade administrativa, entendendo que a LIA abrange a lesão culposa no dano ao erário, desviando-se da etimologia e vai além da desonestidade ou imoralidade, abrangendo a culpa. Portanto é um conceito mais amplo que o conceito decorrente da origem da palavra, entendendo ser toda ação ou omissão dos agentes públicos desleal ou inepta que promove enriquecimento ilícito, causa dano ao erário ou ofende os princípios da Administração Pública.

Destarte, mister relembrar que a Lei de Improbidade Administrativa não traz um conceito fechado sobre a improbidade administrativa propriamente dita, mas apenas elenca atos que podem assim ser configurados, por meio de seus artigos 9º ao 11, ficando, pois, a cargo da doutrina e da jurisprudência a sua interpretação e a aplicação do texto legal no caso concreto.

Nesta mesma linha de preocupação, a Constituição Federal estabeleceu, em seu art. 37, § 4º, sanções por atos de improbidade administrativa, com o objetivo de punir os responsáveis por ato de improbidade, sendo a Lei de Improbidade Administrativa o instrumento legal que designará a forma objetiva de combater atos que afrontem a moralidade administrativa e que afetem a coisa pública (patrimônio público), prevendo a aplicação de penalidades para aqueles que afrontarem os princípios da Administração Pública, possuindo, assim, um caráter punitivo.

2.2 A Lei de Improbidade Administrativa pós Pacote Anticrime

As hipóteses de cabimento da ação de improbidade administrativa estão previstas nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA, os quais também apresentam quais os atos passíveis de configurar atos de improbidade administrativa, sendo aqueles que importem em enriquecimento ilícito, lesão ao erário e qualquer ato que atente contra os princípios da administração pública.

O ponto sensível desta lei é que a mesma não definiu, de forma expressa, quais os elementos essenciais dos atos de improbidade, limitando-se a elencar tais atos de forma ampla no texto legal, bem como suas respectivas sanções, de modo que sua utilização se fundamenta em interpretações amplas dos elementos nucleares dos tipos descritos nos artigos 9º a 11, sendo utilizado de maneira equivocada e indiscriminada.

MATTOS (2010, p. 28) observa ainda que “a lei em questão se assemelha à norma penal em branco, por possuir conteúdo incompleto e cujo aperfeiçoamento fica por conta de quem interpreta a lei de improbidade administrativa”.

É exatamente esta possibilidade aberta de interpretação da lei que pede atenção quanto à sua utilização, uma vez que seus dispositivos trazem hipóteses exemplificativas de condutas que podem levar a atos de improbidade administrativa, e mais ainda, pede atenção do magistrado quando do julgamento de ações desta natureza, uma vez que a ausência de explicitação legal do núcleo da improbidade administrativa pode levar ao ajuizamento de ação de improbidade para casos que não comportem o devido enquadramento.

Destarte, é a própria Constituição quem repugna falhas legislativas como esta, assim, “somente os casos que se enquadrem em seus comandos de forma clara e expressa é que deverão submeter-se à liturgia da Lei nº 8.429/92” (MATTOS, 2010, p.30), de forma a evitar o manejo de ação de improbidade administrativa indevidamente.

Por outro lado, é importante destacar que o ato de improbidade nem sempre será um ato administrativo, podendo ser também qualquer conduta comissiva ou omissiva praticada pelo agente público no exercício de sua função ou até mesmo fora dela.

Isto porque o artigo 5º da LIA determina que “ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano” (Lei 8.429/92), e ainda, o artigo 6º determina que para os casos de enriquecimento ilícito, “perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio”. (Lei 8.429/92). Assim percebe-se que os atos de improbidade nem sempre serão atos administrativos, uma vez que podem ser praticados por terceiro que se beneficiam do resultado do ato de improbidade inicialmente praticado pelo agente público, que pode estar em exercício ou não de suas funções.

Para a aplicação das sanções previstas na LIA, a Lei nº 8429/92 vedava expressamente a realização de acordos, transações ou ajustamentos de conduta em sua esfera. Segundo a redação antiga do artigo 17, §1º, ficava vedada a realização de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa.

No entanto, em 2019 foi promulgada a Lei n º 13.946/2019, conhecida por “Pacote Anticrime”, que entrou em vigor em janeiro de 2020 e trouxe em seu conteúdo alterações significativas nas legislações penal e processual penal e, também, na legislação de improbidade administrativa.

Uma das alterações mais importantes trazidas pelo Pacote Anticrime no que se refere à Lei de Improbidade Administrativa foi a autorização expressa para a realização de

autocomposição, afastando, pois, a vedação até então vigente, conferindo nova redação ao §1º do artigo 17 da Lei 8.429/92. Esta nova previsão se mostra como novo um marco regulatório da transação em sede de improbidade administrativa, tendo em vista que antes do Pacote Anticrime esta temática era controvertida, haja vista que alguns estudiosos e aplicadores do direito entendiam pela aplicação da vedação expressa da LIA e outros, tais como o próprio Ministério Público, entendia pela possibilidade de transação.

Embora o Pacote Anticrime tenha alterado substancialmente esta questão em sede de improbidade administrativa, esta mudança representa mais um capítulo de uma longa discussão sobre este tipo de acordo. Isto porque o artigo 17-A e parágrafos do Pacote Anticrime, que previa a procedimentalização dos acordos de não persecução cível, foi vetado pelo Presidente da República, uma vez que os dispositivos permitiam que apenas o Ministério Público celebrasse acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa. O referido artigo foi vetado por se considerar que não seria justificável atribuir essa competência exclusivamente ao MP, já que outras pessoas jurídicas de direito público, vítimas do ato de improbidade, também possuem legitimidade ativa para esta ação.

O veto representa, para a maioria da doutrina, uma decisão acertada do Presidente da República, posição endossada nesta pesquisa, no entanto, é necessário ressaltar que a ausência de regulamentação legal acerca do procedimento de realização dos acordos de não persecução cível pode acarretar à diversas problemáticas, podendo ser citado o questionamento em relação ao conteúdo, no sentido de se argumentar se seria possível realizar acordos que versem sobre direitos fundamentais do legitimado passivo, como a possibilidade de suspensão de seus direitos políticos; se a realização deste acordo constitui motivo hábil a afastar qualquer persecução criminal; se a previsão de restituição do dano constitui requisito essencial para a formalização do acordo de não persecução cível; se os acordos podem versar sobre o conteúdo das sanções ou sobre apenas o seu modo de cumprimento. Neste sentido, Fabiana Lemes Zamalloa do Prado argumenta que:

> A disciplina do acordo, com seus delineamentos e requisitos foram estabelecidos no artigo 17-A, o qual foi vetado pelo Presidente da República. As razões do veto restringiram-se à legitimação exclusiva do Ministério Público para a celebração do acordo, o que conflitaria com o sistema vigente, em que a legitimação para a ação de improbidade administrativa é concorrente. Com o veto, o instituto resultou sem disciplina, o que está a impor, ao aplicador do direito, a árdua tarefa de buscar, no sistema vigente, a partir de uma interpretação coordenada e sistemática, o preenchimento da lacuna deixada pelo veto presidencial. (PRADO, 2020, p.1).

Embora exista esta lacuna legislativa, que decorre do veto presidencial, é necessário destacar que se extrai da leitura do artigo vetado que o legislador pretendeu instituir a possibilidade de realização de acordos nos quais apenas se negociam as condições de cumprimento das sanções, e não a negociação da aplicação destas por meio de acordo, instrumentalizado ou não por Termo de Ajustamento de Conduta.

Verifica-se, portanto, que as lacunas deixadas podem ser objeto de novos problemas e de diversas possibilidades de questionamentos destes acordos, já que a alteração legislativa não deixou clara a forma de realização. Esta problemática será objeto de análise no decorrer deste artigo.

3 AS INFLUÊNCIAS DO PACOTE ANTICRIME NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

É necessário reconhecer que o Pacote Anticrime trouxe mudanças importantes e necessárias às legislações infraconstitucionais, sobretudo, no que tange ao permissivo legal do consensualismo nas ações de improbidade administrativa, que antes da vigência do Pacote Anticrime, vedava expressamente a realização de acordos, sem qualquer ressalva, neste tipo de ação.

O argumento anteriormente utilizado para sustentar a vedação caminhava no sentido de que a LIA não objetivava, apenas, a reparação do dano, mas, também, punir o agente público ou afim pela prática de atos considerados ímprobos, ratificando a sua natureza civil-administrativa e sancionatória. Ou seja, além do dever de reparar, o agente ímprobo submetia-se as diversas sanções administrativas do artigo 12 da LIA. Por tais razões não se admitia a formalização de TAC, pela proibição expressa de se negociar castigos.

No entanto, para a doutrina, não fazia sentido uma vez que, além da possibilidade de restituir o erário, poderia o agente se submeter a uma ou mais sanções de forma pactuada em TAC e, até mesmo, se submeter ao pagamento de multa.

Embora a LIA tenha até então vedado expressamente essa realização de acordo, além da doutrina, o próprio Ministério Público considerava incoerentes as vedações, haja vista que a realização de acordos poderia aumentar as chances de ressarcimento ao erário e de solucionar as demandas de forma mais célere e efetiva. Ademais, já existia a possibilidade do acordo de leniência da Lei Anticorrupção que também trazia reflexos na LIA[1], uma vez que a

[1] Relembre-se: o acordo de leniência é voltado apenas para pessoas jurídicas e os mecanismos de solução consensual previstos na Lei de Mediação e na LINDB poderiam encontrar resistência por parte do Judiciário e do

Lei de corrupção empresarial (nº 12.846/13) permitia o referido acordo em caso de improbidade administrativa.

Por esta razão, e deixando de forma ostensiva a sua discordância com a vedação legal, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 179/17, que admitiu a celebração de compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses de improbidade administrativa elencadas pela LIA.

Com fundamento na incongruência do sistema e nas situações de perplexidade dela decorrentes, aliada à inércia do legislador em saná-las, o CNMP editou a referida resolução no ano de 2017, que autorizou de forma expressa que os membros do Ministério Público Brasileiro celebrassem termos de ajustamento de conduta – TAC - no âmbito da improbidade administrativa. Segundo o artigo 1º da referida resolução, seria 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.

Segundo Fabiana Lemes Zamalloa do Prado (2020, p. 2):

> [...] a disciplina instituída pelo CNMP, entretanto, ao prever, de forma genérica, a possibilidade de celebração de TAC na improbidade administrativa, mediante o ressarcimento ao erário e "aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei", além de desconsiderar a natureza dúplice da ação de improbidade administrativa, não levou em conta aspectos constitucionais e legais de grande relevância, a envolver a aplicação de sanções na seara da improbidade administrativa, em especial a disciplina constitucional e legal da suspensão dos direitos políticos, bem como o delineamento legal do TAC no sistema brasileiro.

A autora considera ser indiscutível a possibilidade da celebração do TAC para o ressarcimento ao erário. Mas afirma que a utilização desse instrumento para a "aplicação de sanções", conforme proposto pela Resolução 179 do CNMP, seria de questionável constitucionalidade, diante da ausência de previsão expressa, tanto na Lei de Ação Civil Pública, quanto na Lei de Improbidade Administrativa, da possibilidade do uso desse instrumento para uma finalidade tal, especialmente diante da sua natureza de título executivo extrajudicial. (PRADO, 2020, p. 3).

Ministério Público, vez que sem a alteração promovida pela lei 13.964/19, seria preciso entender que a redação do parágrafo 1º do art. 17 da lei 8.429/92 teria sofrido revogação tácita. E, diante do risco de tal interpretação, haveria grande redução da atratividade para adesão de particulares a acordos da espécie, porquanto remanesceria toda uma discussão sobre especialidade ou generalidade das normas, sobre supostas especificidades da ação de improbidade no particular e sobre disponibilidade das consequências específicas da espécie processual, situação que resta superada pela inversão do sentido do parágrafo 1º do art. 17 da lei 8.429/92. (ARAÚJO, 2020).

A edição desta resolução pelo CNMP levou a vários Ministérios Públicos à regulamentação da utilização do TAC com a finalidade de promover a aplicação de sanções na esfera da improbidade administrativa. Por não haver qualquer delineação específica sobre o seu procedimento, cada um era realização a seu modo, respeitando-se, apenas, as delineações genéricas propostas pelas referida resolução.

Com a edição do Pacote Anticrime e a alteração deste tema nas leis de improbidade, a questão ficou pacificada no sentido da possibilidade de realização dos acordos de não persecução cível. No entanto, ganhou contornos mais problemáticos, haja vista que o veto presidencial ao artigo 17-A deixou uma lacuna legislativa em relação ao procedimento, ficando defasada de delineamentos legais específicos do novel instituto.

Reconhecendo-se o caráter singelo do dispositivo que permitiu de forma expressa o acordo de não persecução cível nas ações de improbidade, haja vista que não detalha como este acordo será formalizado nas ações de improbidade administrativa, é necessário reconhecer, também, que a permissão do consensualismo mediante a sua introdução expressa na LIA será de notável utilidade para os operadores do direito, considerando que a previsão trouxe maior segurança jurídica ao tema, bem como ampliou o espectro de aplicação das soluções concertadas nas ações de improbidade.

3.1 Natureza jurídica do acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa

Por se tratar de instituto novo, ainda se discute sobre a natureza jurídica dos acordos de não persecução cível. Destarte, é necessário compreender que não existe um direito subjetivo do legitimado passivo para a celebração de um acordo de não persecução cível, considerando, inclusive, as premissas que pautam o consensualismo, admitindo a recusa da celebração, tanto por parte do ente público (devidamente fundamentada), quanto por parte do legitimado passivo.

> Justamente em razão da sua natureza consensual bilateral, não estão os legitimados obrigados a propor o acordo, assim como não se pode obrigar o agente ímprobo a firmá-lo. Por exemplo, pode o Ministério Público, a partir de um juízo de conveniência e oportunidade, ajuizar a ação de improbidade administrativa ou formalizar o acordo de não persecução cível. Deve-se verificar qual a situação mais adequada, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. É claro que se as condições se mostrarem favoráveis à celebração do acordo, deve-se privilegiar essa forma de solução do conflito, sendo dever tanto do Ministério Público como da Administração Pública buscar a solução negociada de forma exaustiva. Todavia, não

> existe para o agente ímprobo um direito subjetivo à celebração do acordo. (ANDRADE, 2020).

A inserção de instrumentos de consensualidade no direito sancionador implica a adoção de novas posturas interpretativas na aplicação de leis punitivas sob a égide constitucional[2]. Assim, embora não se trate de direito subjetivo do réu, a necessidade de adoção destas novas posturas levam ao entendimento de que o consensualismo deverá ser, a partir de agora, a primeira alternativa a ser proposta, uma vez que a resolução da demanda pela via consensual é o meio que se mostra mais eficaz para a satisfação do interesse público, principalmente quando for possível a integral restituição ao erário.

Sobre a sua natureza jurídica, Fábio Medina Osório (2020, p. 18) argumenta que:

> [...] tendo em vista que a Lei de Improbidade é de direito administrativo sancionador, só nos resta concluir que o negócio jurídico disposto no artigo 17, §1º, da lei nº 8.429/1992 não se afigura típico nem atípico, porquanto não se confunde com aquele previsto no CPC. Isso não significa, todavia, que o negócio jurídico processual, típico ou atípico, instituído pelo novel Código de Ritos, não possa ser entabulado no bojo da ação de improbidade administrativa, por força da aplicação subsidiária do CPC à Lei 8.429/1992. [...] Assim sendo, revela-se possível, por exemplo, que as partes e o juiz, em uma ação de improbidade, fixem, de comum acordo, calendário para a prática de determinados atos processuais (art. 191 do CPC), bem como convencionem acerca de aspectos procedimentais, excluindo normas de ordem pública indisponíveis, tais como as normas que versem sobre competência.

A interpretação sistemática da lei leva ao entendimento de que o acordo pode ser realizado em qualquer momento da ação civil. O acordo deve dispor sobre os aspectos da reparação e das sanções, bem como será resolvido nos termos da Lei de Improbidade Administrativa. Para Fábio Medina Osório, o acordo de não persecução possui consequências diretas na medida repressiva no campo do direito sancionador, afetando diretamente na pretensão punitiva Estatal, atraindo o instituto para a órbita material. Segundo o autor,

> É preciso registrar, neste norte, que a natureza jurídica do acordo de não persecução cível é de curial importância, pois terá consequências diretas na vida prático/processual. E tanto o acordo de não persecução penal, quanto o acordo de não persecução cível, tem natureza de direito material, implicando renúncia à pretensão punitiva e negociação de sanções, sendo esta sua finalidade primária. Nessa medida, essas espécies de acordos traduzem óbices a que outros colegitimados adotem iniciativas subsidiárias frente à suposta inércia do titular estatal do acordo, eis que a sanção terá sido objeto de renúncia e negociação. (OSÓRIO, 2020, p. 23).

[2] Nota Técnica 1/17 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF.

Neste sentido, segundo o autor, a realização de acordo por um dos legitimados impede a realização de acordo pelos demais, pelos mesmos fatos e com o mesmo fim.

Já Landolfo Andrade (2020), caminhando no mesmo sentido, sustenta que o acordo de não persecução cível possui natureza jurídica de negócio jurídico, uma vez que depende da clara e livre manifestação da vontade das partes. "Embora os efeitos mais importantes deste negócio jurídico estejam previstos na lei, a declaração de vontade, [...] tornará específica a forma de incidência da norma no caso concreto, vinculando os pactuantes aos efeitos expressos no ajuste". (ANDRADE, 2020).

Sobre a terminologia, muito se discute se o acordo de não persecução cível seria um acordo de colaboração ou se seria a formalização de um termo de ajustamento de conduta na esfera da improbidade administrativa. Neste sentido, Landolfo Andrade (2020) assevera que, aparentemente, o legislador objetivou estabelecer um paralelo com o instituto do "acordo de não persecução penal", inaugurado, também, pelo Pacote Anticrime, padronizando as terminologias. No entanto, a diferença reside no fato de que o agente infrator não precisa colaborar com as investigações.

Assim, os institutos se diferenciam na medida em que no caso da improbidade administrativa, ao contrário do que acontece nos acordos de colaboração presentes no Processo Penal, os acordos de não persecução cível dispensam essa colaboração. Fábio Medina Osório afirma que "[...] o acordo de não persecução cível, insculpido no art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992, na prática, também traz a positivação do compromisso de ajustamento de conduta." (2020, p. 29), devendo ser assim compreendido.

Sendo tratado enquanto negócio jurídico, enquanto acordo de colaboração ou ainda, enquanto termo de ajustamento de conduta, é possível perceber que, com o passar dos anos, a nova realidade no que tange ao combate aos atos ímprobos, sobretudo diante do atual cenário político-administrativo, foi sendo modificada, e a positivação da possibilidade de realização de acordos na esfera da improbidade administrativa representa um importante avanço legislativo que, embora não seja isento de lacunas, se mostra como necessária merece o reconhecimento positivo por parte do legislador infraconstitucional.

3.2 A ausência de procedimentalização dos acordos de não persecução cível - críticas

Uma das críticas já levantadas em relação aos acordos de não persecução cível se refere à falta de procedimentalização dos acordos, ou seja, a falta de previsão legal dos delineamentos específicos dos acordos de não persecução cível.

Isto porque, o artigo que descrevia a forma de realização do acordo, foi integralmente vetado pelo Presidente da República, com o argumento de que o artigo 17-A inserido pelo Pacote Anticrime, ao determinar que caberá apenas ao Ministério Público a celebração de acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa, contraria o interesse público e gera insegurança jurídica, no momento em que é incoerente com a própria Lei de Improbidade Administrativa, que determina que a ação judicial pela prática de ato de improbidade pode ser proposta pelo Ministério Público e/ou pessoa jurídica interessada, vítima do ato de improbidade. Desta forma, ao excluir o ente público lesado da possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível, o artigo 17-A representa retrocesso da matéria, haja vista se tratar de real interessado na finalização da demanda, além de não se apresentar harmônico com o sistema jurídico vigente. Todavia, embora o veto tenha se mostrado acertado, a Lei de Improbidade Administrativa ficou com uma lacuna em relação ao procedimento do acordo de não persecução cível[3].

Em relação ao momento para a realização, tem-se entendido que pode ser realizado em qualquer momento da ação civil, de forma ampla e irrestrita nas ações de improbidade, sem se preocupar, de forma implícita, com as razões específicas do veto do §2º do art. 17-A da LIA. Desta forma, a interpretação que se tem feito é a de que o acordo poderá ser feito tanto na fase extrajudicial e, também, no curso da ação civil pública de improbidade administrativa. Tal interpretação coaduna com as disposições do § 10-A do artigo 17, que leciona que, havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias. Assim, pressupõe-se que, aqui, já existe uma ação em curso que será interrompida, se verificada a possibilidade de solução consensual. Neste sentido:

> O acordo de não persecução cível poderá ser celebrado: na fase extrajudicial: antes do ajuizamento da ação civil de improbidade administrativa, as partes interessadas podem celebrar o acordo, que será formalizado, como regra, num termo de compromisso de ajustamento de conduta. Na hipótese de o acordo ser celebrado por empresa pública ou sociedade de economia mista, conforme visto, o correspondente termo de compromisso deverá ser homologado em juízo, na forma do artigo 515, III, do CPC; ou na fase judicial: a LIA autoriza a celebração do acordo de não persecução cível no curso da ação de improbidade administrativa, cuja eficácia fica condicionada à homologação judicial, na forma do artigo 515, inciso II, do CPC. [...] A Lei Anticrime inseriu a possibilidade de solução negociada na LIA, mas não delimitou um momento estanque para a celebração do acordo de não persecução cível. Conclui-se, assim, que a medida pode ser levada a cabo a qualquer tempo, nos termos do artigo 139, V, do CPC[vi]. Vale dizer, o acordo de não persecução cível

[3] Razões do veto, disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2019/lei-13964-24-dezembro-2019-789639-veto-159755-pl.html>. Acesso em 13 abr. 2020.

> poderá ser celebrado e homologado judicialmente enquanto o processo estiver pendente. (ANDRADE, 2020).

Quanto aos pressupostos para a realização, Landolfo Andrade (2020) afirma que o acordo de não persecução cível somente poderá ser celebrado quando estiverem presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: (i) confissão da prática do ato de improbidade administrativa; (ii) compromisso de reparação integral do dano eventualmente sofrido pelo erário, sendo requisito essencial para a formalização do acordo de não persecução cível; (iii) compromisso de transferência não onerosa, em favor da entidade lesada, da propriedade dos bens, direitos e/ou valores que representem vantagem ou proveito direto ou indiretamente obtido da infração, quando for o caso; e (iv) aplicação de uma ou algumas das sanções previstas no artigo 12 da LIA, sob pena de desvirtuamento da função e do papel da Lei de Improbidade Administrativa, que, idealizada como instrumento de punição, transvestir-se-ia em mera demanda reparatória.

Desta forma, é possível chegar à conclusão de que, ainda que esses acordos versem sobre mitigação de eventual direito fundamental, a exemplo, a imposição de pena de suspensão de direitos políticos, esta convenção é viável, haja vista o poder de ampla negociação, que deve ser pleno nesse âmbito de persecução civil, a fim de fazer cumprir a própria previsão do artigo 12 da LIA, que possui caráter sancionador.

Acerca das sanções, o acordo de não persecução cível poderá prever a aplicação imediata de quaisquer das sanções previstas no artigo 12 da LIA, uma vez que o artigo 17, § 1º, da LIA não estabelece qualquer tipo de limite ao acordo, autorizando as partes interessadas a convencionarem a aplicação de toda e qualquer sanção prevista no artigo 12 da LIA, por meio do acordo de não persecução cível. Assim, o acordo pode versar sobre o conteúdo das sanções e sobre o seu modo de cumprimento.

Por fim, em relação à legitimidade para a realização do acordo, a vedação presidencial do artigo 17-A deixa claro que não só o Ministério Público terá legitimidade para propor o acordo de não persecução cível mas, também, todos os legitimados à propositura da ação de improbidade administrativa e as pessoas jurídicas interessadas estão autorizados a buscar uma solução negociada junto ao agente ímprobo.

As lacunas existentes referentes à procedimentalização do acordo ficarão a cargo da jurisprudência, que deverá realizar uma interpretação sistemática da lei com o microssistema das ações coletivas para trazer maior efetividade à previsão legal, no que tange à formalização e efetivação destes acordos e, ainda, a fiscalização jurisdicional daqueles que forem realizados.

4 CONCLUSÃO

A partir do que já foi estudado, é possível concluir que os acordos de não persecução cível traz a possibilidade de restituição mais célere do dano ao erário, bem como permite que o agente ímprobo se submeta, de forma pactuada, à uma ou mais sanções previstas no artigo 12 da LIA, cumprindo com o caráter sancionatório da lei.

A nova redação do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa, que acrescentou no seu §1º a possibilidade de realização de acordo de não persecução cível, além de coadunar com o posicionamento anterior da doutrina e do próprio Ministério Público, ratificando e conferindo segurança jurídica à matéria, representa uma forma efetiva de combate à corrupção, conferindo maior aplicabilidade às sanções previstas na LIA.

Esta pesquisa, portanto, posiciona-se de acordo com as lições do Professor Landolfo Andrade (2020), que afirma que a negociação em sede de improbidade administrativa, tendo sido positivada a partir do Pacote Anticrime, trouxe reflexo positivo na concretização do interesse público, uma vez que não deixa o agente público ímprobo eximido da obrigação de ressarcir integralmente o dano causado pela prática da conduta ilícita e, ao mesmo tempo, viabiliza a imediata aplicação das sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, na medida proporcional, necessária e suficiente para a devida prevenção e repressão dos atos de improbidade nela descritos. Ademais, o acordo permite, no caso concreto, conferir efetividade e celeridade ao implementar, de forma pactuada, aquilo que se alcançaria apenas ao final da ação de improbidade, mediante o percurso de toda a instrução processual da ação civil.

Assim, a hipótese científica levantada nesta pesquisa segue no sentido do caráter positivo da nova redação do artigo 17, §1º da Lei de Improbidade Administrativa, reconhecendo-se por outro lado, que a ausência de regulamentação dos delineamentos específicos do acordo de não persecução cível trata intensos debates entre os estudiosos e aplicadores do Direito.

É natural que a implementação de uma nova regra que, até então, era de relevante controvérsia doutrinária e jurisprudencial, gere diálogos conflituosos, no entanto, também é necessário levar em consideração que o instituto da autocomposição deverá ser aplicado em consonância com as normas regem as ações de improbidade administrativa e que, ao mesmo tempo, compõem o microssistema das ações coletivas que versem sobre a tutela do patrimônio público. Ademais, a previsão expressa do acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa merece ser elogiada, uma vez que conferiu segurança

jurídica ao tema, necessitando, apenas, de um trabalho de sistematização e procedimentalização que traga harmonia à legislação.

Respondendo, pois, à pergunta-problema levantada na pesquisa, a possibilidade de realização de acordo de não persecução cível, além de não abrandar a situação do legitimado passivo, eis que possui pressupostos básicos para a sua realização, dentre eles, a aplicação expressa das sanções do artigo 12 da LIA, representa uma forma eficaz no combate aos atos de improbidade, além de ser célere, no momento em que a consensualidade confere maior aplicabilidade às sanções previstas na LIA e à própria restituição do dano ao erário.

Sobre a transação de direitos fundamentais, alinhando-se com o posicionamento do Professor Landolfo Andrade, o acordo de não persecução cível pode trazer conteúdo de mitigação de direitos fundamentais, a exemplo da suspensão dos direitos políticos (que afeta a cidadania do agente ímprobo), que pode ser aplicada num acordo de não persecução cível.

Isto porque, além do artigo 17, §1º prever expressamente a solução negociada, não trouxe quaisquer limitações materiais sobre o conteúdo do acordo. Ademais, o art. 15 da CRFB/88 prevê de forma expressa que o ato de improbidade administrativa gera, entre as demais hipóteses, a suspensão dos direitos políticos de forma temporária. Ademais, a própria Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu em seu artigo 37, § 4.º, que os atos de improbidade administrativa importarão, dentre as demais hipóteses, na suspensão dos direitos políticos. Foi em razão do próprio comando constitucional que a LIA inseriu em seu artigo 12, incisos I a IV, a sanção de suspensão dos direitos políticos, enquanto sanção pelos atos de improbidade administrativa.

Por tais razões a nova previsão trazida pelo Pacote Anticrime representa um importante avanço legislativo, trazendo contornos mais positivos do que negativos, estes últimos, serão resolvidos com base na proporcionalidade a razoabilidade, a partir da análise dos casos de forma específica, devendo o consensualismo ser, doravante, incentivado.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. *Acordo de não persecução cível: primeiras impressões.* In: Migalhas de Peso. Disponível em: < https://www.migalhas.com.br/depeso/322104/acordo-de-nao-persecucao-civel-primeiras-impressoe>. Acesso em 14 abr. 2020.

ANDRADE, Landolfo. *Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões.* In: Gen Jurídico. Disponível em: < http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel/>. Acesso em 14 abr. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992: Lei de Improbidade Administrativa.* Diário Oficial da União, Brasília, 02 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 12 abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.* Diário oficial da União de 2 de agosto de 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 14 abr. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.* Diário Oficial da União, Brasília, 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 14 abr. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* 27. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017.*

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MACHADO, Júlia Alves Almeida. *Indisponibilidade de bens na ação de improbidade Administrativa: uma análise à luz da processualidade democrática.* In: Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/roj0xn13/8tggtsv1/BHtRi3dt7wk91JIc.pdf>. Acesso em 10 abr. 2020.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da Improbidade Administrativa: comentários à lei nº 8.429/92.* 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Inquérito Civil Público e Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa: Limites de Instauração.* Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 35. ed. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão, corrupção e ineficiência.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Natureza jurídica do instituto da não persecução cível previsto na lei de improbidade administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial.* Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/8A049E343B44ED_Artigopacoteanticrimeeimprobid.pdf>. Acesso em 14 abr. 2020.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *Reflexões sobre o acordo de não persecução cível.* In: Boletim do MP de Goiás. Disponível em <http://www.mpgo.mp.br/boletimdompgo/2020/02-fev/artigos/artigo-FabianaLemes.pdf>. Acesso em 14 abr. 2020.