

NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO DA NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL PREVISTO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEUS REFLEXOS NA LEI DE IMPROBIDADE EMPRESARIAL

Por Fábio Medina Osório. Advogado. Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Complutense de Madri. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Ex Promotor de Justiça. Ex Ministro da AGU. Professor nas Escolas do TRF4 e TRF2, bem como da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. fabiomedinaosorio.com.br

RESUMO

- I. *O presente artigo analisa a nova lei anticrime (13.964/2019), com foco no acordo de não persecução cível em ações de improbidade administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial. O instituto tem uma natureza de direito material bifronte: uma transação que reúne características de colaboração premiada e termo de ajustamento de conduta em ações ou investigações em improbidade administrativa ou em ações de improbidade empresarial. Em sendo assim, por envolver negociação de sanções e ilícitos (direito material), o instituto de não persecução cível gera efeitos que estabilizam relações jurídico-processuais.*
- II. *Paralelamente, analisa-se o instituto da perda alargada de bens, com suporte no direito penal e no direito administrativo sancionador. Faz-se um paralelo com a tutela de evidência do direito administrativo sancionador e o processo civil punitivo. Sustenta-se que não é possível decretar bloqueio patrimonial com base no in dubio pro societate, pois resulta necessária a comprovação documental do direito invocado pelo autor da peça acusatória e do liame entre o enriquecimento ilícito e os bens bloqueados.*
- III. *Examina-se o problema do ressarcimento integral do dano como elemento indispensável ou não para um acordo. Sustenta-se que, diante do sistema normativo vigente, não há necessidade de ressarcimento integral do dano para acordos de não persecução cível.*

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei Anticrime, surge evidentemente a necessidade de uma análise percuciente em relação à sua aplicabilidade, conceitos, escopo do legislador e ao seu alcance. Chamou-nos a atenção um ponto específico da legislação, que é sua influência na lei nº 8.429/1992, que “dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”. Há também outros elementos que, mesmo indiretamente, têm impacto nas órbitas cível e administrativa, como o caso da chamada perda alargada.

No tocante à lei nº 8.429/1992, a principal alteração foi a modificação do antigo §1º do artigo 17, com a reprodução de novo texto, agora admitindo, expressamente, a possibilidade de realização de acordo de não persecução civil em ações de improbidade administrativa. Embora a alteração seja pontual, com ela surgem reflexões e possibilidades que demandam uma análise acurada.

Noutra seara, a lei nº 13.964/2019 também produziu inovações na disciplina da colaboração premiada, que tem sido um importante instrumento negocial no direito penal contemporâneo. Muito embora não seja um instituto recente em nossa legislação, trata-se de um tema atual, que inclusive tem saído do debate jurídico e acadêmico para assumir um caráter político. Muitos criticam essa ferramenta qualificando-a como uma estratégia antiética do Estado contra o crime organizado, o que não condiz com nossa opinião. Nessa linha, a colaboração premiada também será examinada no bojo do presente estudo, pois é uma referência para o tratamento do instituto da colaboração no âmbito da improbidade administrativa, ainda que esta última tenha uma vinculação também ao instituto conhecido como termo de ajustamento de conduta.

Conforme se demonstrará, acordos de leniência com cláusulas de não persecução na esfera cível já vinham sendo celebrados, com base na Lei 12.846/13, conhecida como Lei anticorrupção empresarial ou lei da probidade empresarial. Inclusive, o Conselho Nacional do

Ministério Público e os ministérios públicos estaduais editaram Resolução para disciplinar o campo da improbidade administrativa, como é o caso da Resolução 179 do CNMP.

Com efeito, a Lei Anticorrupção Empresarial almeja não apenas o combate à corrupção, mas sim a tutela da probidade, o que significa o estímulo a práticas de eficiência e compliance nas empresas, nos setores público e privado. Nesse contexto, a Lei 12.846/13 ostenta o regime do direito administrativo sancionador, trazendo, em seu bojo, regras e princípios de direito administrativo, à semelhança da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92).

Os ilícitos desenhados nessa Lei 12.846/13 e na Lei 8.429/92 não são apenas dolosos, mas também culposos, conforme o tipo legal, sempre exigida a culpa grave (erro grosseiro), conforme preceituado atualmente pela Lei 13.655/18, em seu art.28. Quando um acordo é celebrado administrativamente, chama-se acordo de leniência, mas quando sua celebração ocorre em juízo, a nomenclatura será acordo de não persecução cível.

Assim, a proposição levantada no presente trabalho objetiva identificar aspectos da lei nº 13.964/2019 que relacionam as esferas criminal, administrativa e cível.

1. INFLUÊNCIA DA LEI Nº13.964/2019 NAS ESFERAS PENAL, CÍVEL E ADMINISTRATIVA

O estudo da lei nº 13.964/2019 demanda uma breve análise a respeito da evolução do conceito de colaboração premiada¹ para o direito pátrio, porquanto o escopo precípua da legislação em tela é aproximar o instituto da delação às esferas cível e administrativa, sobretudo ao direito administrativo sancionador, a fim de viabilizar sua aplicação nos atos tidos por ímprobos, tipificados na lei nº 8.429/1992 e também na Lei 12.846/13. Ao permitir o acordo de não persecução cível, a nova lei traz benefício àquele que colabora ou delata. Este, aliás, é

¹ Para Heráclito Mossin e Júlio Mossin, “a delação premiada é instituto de natureza penal, posto que se constitui fator de diminuição da reprimenda legal ou do perdão judicial, causa extintiva de punibilidade.” (2016, p. 29). Na lição de Márcio Adriano Anselmo, “é possível resumir a colaboração premiada como um meio de obtenção de prova, com a devida regulação em lei, que implica uma confissão que se estende aos coautores e partícipes e tem como pressuposto a renúncia ao direito ao silêncio, implicando, por outro lado, na perspectiva premial, o recebimento de benefícios por parte do Estado.” (2016, p. 31).

o entendimento de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019:23,24), ao comentarem o ainda anteprojeto de lei anticrime:

“A pretensão é de alargar o *plea bargain* no Brasil, para que a solução negociada se dê sem peias. A empolgação com a tentativa de fazer prevalecer o acordo sobre o legislado levou o proponente a sugerir mudanças também em lei de natureza civil, a de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992)

(...)

A Lei nº 12.850/2013 e outras leis contém previsão de colaboração premiada. Sem embargo, agora se quer autorizativo amplo, para que o Ministério Público negocie a aplicação imediata de penas (...).”

Verdade que os autores citados confundem a natureza da Lei de Improbidade como sendo cível, quando em realidade é de direito administrativo sancionador. Apenas o processo civil rege as ações que são propostas para aplicação da Lei de Improbidade, o que torna comum essa confusão. Aliás, em antigas cátedras havia o chamado direito judiciário, que era o embrião do processo civil e processo penal e se contrapunha ao direito administrativo. Nesse diapasão, a evolução das cátedras revelou uma dimensão material do direito administrativo, para além de seus aspectos meramente formais ligados à regulação das atividades da administração pública. Sustentamos que o direito administrativo transcende a disciplina da atividade da administração pública, alcançando também atos do Poder Judiciário e de outras instituições, tais como agências reguladoras, porque possui uma dimensão formal e outra material, tal como desenhado na Constituição. Trata-se de um direito administrativo constitucionalizado substancial e formalmente, que abarca, inclusive, o denominado direito da função pública, incluindo a teoria da probidade administrativa².

Vale lembrar que a natureza das infrações tipificadas na Lei e das sanções nela veiculadas é de direito administrativo, o que a transforma numa genuína lei de direito administrativo sancionador, conforme sustento desde 1999³. Nessa direção, vem caminhando a jurisprudência do STF e do STJ:

“(...) Impõe-se ao Poder Judiciário, por efeito do princípio republicano, como acima acentuado, o dever-poder de processar e de punir magistrados que hajam incidido em censuráveis desvios ético-

² Para o histórico da evolução do direito administrativo formal e material, sugiro consultar nossa obra *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública; corrupção; ineficiência*. 4.ed. São Paulo:Thomson Reuters Brasil, 2018.

³ “Corrupción y Mala Gestión de la Res Publica: el problema de la improbidad administrativa y su tratamiento en el Derecho Administrativo Sancionador Brasileño, in Revista de Administración Pública 149, mayo-ago 1999, p.487-522.

jurídicos, ou em condutas ilícitas, ou, ainda, em comportamentos caracterizadores de improbidade administrativa, observadas, sempre, em tais procedimentos, as garantias constitucionais reconhecidas a qualquer cidadão da República, notadamente aquelas concernentes ao “due process of law” (MS 28.889-MC- -AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), que impedem o Estado de, agindo arbitrariamente, transgredir os limites cuja observância – resultante de nosso próprio estatuto fundamental – condiciona o legítimo exercício, pelo aparelho estatal, de seu magistério punitivo.(...) O reconhecimento da possibilidade de instituição de estruturas típicas flexíveis no âmbito do direito administrativo sancionador, cuja textura aberta conduz à necessidade de o órgão disciplinar – com apoio em seu prudente critério e sempre atento às limitações que derivam dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – proceder à adequada correlação entre a infração funcional e a sanção a ela correspondente prevista no estatuto jurídico-disciplinar, tem o beneplácito de autorizado magistério doutrinário (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Manual de Direito Administrativo”, p. 759/760, item n. 3, 25ª ed., 2012, Atlas; HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 145/149, item n. 5, 42ª ed., 2016, Malheiros; FERNANDA MARINELA, “Direito Administrativo”, p. 283/285, item n. 6, 10ª ed., 2016, Saraiva; ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, “Processo Administrativo Disciplinar”, p. 179/181, item n. 5.1.3.1, 4ª ed., 2013; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 464/466, item n. 7, 9ª ed., 2006, Malheiros; ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 548/549, item n. 17.3, 2012, Forense, v.g.)”⁴

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPUTAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (ART. 11, V DA LEI 8.429/92). ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADES NO CONCURSO PÚBLICO MUNICIPAL. REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL. ART. 17, § 8o. DA LEI DE IMPROBIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. ANULAÇÃO DO DECISUM PRIMEVO NO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE ATO DE IMPROBIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RESTABELECEER A SENTENÇA MONOCRÁTICA. (...)2. Segundo a orientação dominante, a inicial da Ação de Improbidade Administrativa pode ser rejeitada (art. 17, § 8o. da Lei 8.492/92), sempre que, do cotejo da documentação apresentada, não emergirem indícios suficientes da autoria ou da existência do ato ímprobo. Esse tipo de ação, por integrar iniciativa de natureza sancionatória, tem o seu procedimento referenciado pelo rol de exigências que são próprias do Processo Penal contemporâneo, aplicável em todas as ações de Direito Sancionador. (...)”⁵

⁴ MS 28799, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 04/10/2016, publicado em DJe-214 DIVULG 05/10/2016 PUBLIC 06/10/2016)

⁵ REsp 1259350/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 29/08/2014.

“ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CARACTERIZAÇÃO. CARGO OCUPADO SEM REMUNERAÇÃO. BASE DE CÁLCULO PARA FIXAÇÃO DA MULTA. SALÁRIO MÍNIMO. CABIMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. ANALOGIA IN MALAM PARTEM. IMPOSSIBILIDADE. (...)”

5. Como se trata de aplicação de penalidades, é se utilizar de um princípio geral de direito, que cuida da vedação da analogia em desfavor do sancionado. No Direito Penal, ramo em que esta norma foi melhor trabalhada, distinguem-se dois subtipos de analogia: a analogia in malam partem e a analogia in bonam partem. A primeira agrava a pena em pressupostas hipóteses não abrangidas pela lei. Já a segunda utiliza-se de situações semelhantes para solucionar o caso sem agravar a pena. 6. Ora, diante da lacuna da Lei de Improbidade Administrativa frente ao caso apresentado, pode-se utilizar da analogia para a determinação da base da pena de multa. No entanto, a analogia não pode ser aplicada in malam partem, porque no âmbito do Direito Administrativo sancionador. (...)”⁶

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. ATO DE IMPROBIDADE. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS PELA LEI N.º 8.429/92. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E TIPICIDADE.

1. O direito administrativo sancionador está adstrito aos princípios da legalidade e da tipicidade, como consectários das garantias constitucionais (Fábio Medina Osório in Direito Administrativo Sancionador, RT, 2000). 2. À luz dos referidos cânones, ressalvadas as hipóteses de aplicação subsidiária textual de leis, a sanção prevista em determinado ordenamento é inaplicável a outra hipótese de incidência, por isso que inacumuláveis as sanções da ação popular com as da ação por ato de improbidade administrativa, mercê da distinção entre a legitimidade ad causam para ambas e o procedimento, fato que inviabiliza, inclusive, a cumulação de pedidos. Precedente da Corte: REsp 704570/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, DJ 04.06.2007. 3. A analogia na seara sancionatória encerra integração da lei in malam partem, além de promiscuir a coexistência das leis especiais, com seus respectivos tipos e sanções 4. Recurso especial desprovido.”⁷

De igual maneira, o Estudo Técnico nº 01/2017 – 5ª CCR do MPF, que analisa “as inovações da Lei nº 12.846/2013 - a Lei anticorrupção (LAC) -, e seus reflexos no denominado microsistema anticorrupção brasileiro”, também reconhece a natureza jurídica de direito administrativo sancionador tanto para a Lei nº 12.846/2013 quanto para a Lei nº 8.429/1992.

⁶ REsp 1216190/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010.

⁷ REsp 879.360/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/06/2008, DJe 11/09/2008

Aliás, a Lei nº 12.846/2013 foi denominada pelo aludido Estudo de Lei de Improbidade Empresarial. O citado Estudo ainda registra que:

“o incentivo à colaboração, como forma de identificação, revelação, detecção e prova, buscada e almejada pelo sistema, depende da construção de uma base jurídica que confira segurança jurídica ao noticiante e estabilidade para as relações firmadas entre ele e o Estado sancionador, prevenindo contradições e incongruências. Nesta medida, é logicamente inconcebível, por exemplo, que, a despeito da múltipla incidência sancionatória autorizada pela ordem legal, o colaborador, cuja conduta cooperativa é incentivada pelo sistema jurídico, possa vir a receber um tratamento que lhe imponha situação negativa, em maior grau do que a resposta estatal cabível, caso não houvesse feito o acordo. O mesmo raciocínio elementar indica ser inaceitável que o noticiante possa vir a ter situação mais grave do que aquela imposta aos demais envolvidos, por ele delatados.”

Bem assentado o regime jurídico do direito administrativo sancionador à Lei de Improbidade Administrativa, ressalte-se que o acordo de não persecução cível pode ser celebrado independentemente da esfera penal e, nesse caso, assumir uma dimensão de ajustamento de conduta. Assim, há duas perspectivas para essa espécie de acordo: uma natureza de termo de ajustamento de conduta, quando transcende a celebração de acordo penal e dele não depende; uma natureza de colaboração premiada, quando se vincula ao acordo penal e traduz uma colaboração premiada em ação de improbidade administrativa. Pode-se afirmar que há uma natureza mista no acordo de não persecução civil e que essa terminologia – ao adotar a expressão cível – reporta-se tanto ao inquérito civil quanto ao processo civil, bem como a processos investigativos de modo geral.

Nessa toada, Renato de Lima Castro⁸ perfilha o seguinte entendimento:

“É possível afirmar, nessa ordem de ponderação, que se os diplomas legais que regulamentam o injusto decorrente da corrupção pública, em suas dimensões penal (Lei nº 12.850/2013) e administrativa (Lei Anticorrupção), admitem a aplicação do instituto da colaboração premiada, não há razão jurídica de se excluir a aplicação do instituto de colaboração na Lei de Improbidade Administrativa. Há regra de colmatação que admite esta aplicação analógica (art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942). Além disso, inexistente óbice legal à aplicação desses institutos ao Processo Civil, diante da regra contida no artigo 140 do Código de

⁸ CASTRO, Renato de Lima. Colaboração Premiada e Improbidade Administrativa: Aspectos Fundamentais. Disponível em: < http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1246489/Renato_de_Lima_Castro.pdf>. Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)²³, que autoriza expressamente o uso da analogia.

(...)

Assim, reputa-se inadmissível que, a partir de um mesmo fato de corrupção, os microssistemas de proteção prevejam consequências díspares para o autor deste fato, no sentido de que o direito penal e o direito administrativo sancionador possibilitem que a pessoa física e a pessoa jurídica, respectivamente, possam se valer dos benefícios da colaboração premiada (Lei nº 12.850/2013 e Lei Anticorrupção), não sendo idêntico benefício estendido ao subsistema de punição previsto na Lei de Improbidade Administrativa. De igual maneira, não passa despercebido que, nas hipóteses expressamente admitidas pelo direito penal (colaboração premiada) e direito administrativo (acordo de leniência), há, sem dúvida, explícita admissibilidade da transação, que se concretiza no exato momento que o titular da pretensão acusatória (por via de regra, Ministério Público), estabelece, com o autor do fato delituoso, os termos da colaboração premiada, renunciando, total ou parcialmente, a quantidade da sanção penal (redução ou isenção de pena, ou mesmo não imputação), para fins de investigação. É indubitoso que, em razão da proeminência para os fins de investigação, admite-se que, ao se aperfeiçoar a colaboração premiada no âmbito da Improbidade Administrativa, pode o Estado, por intermédio de seus órgãos de persecução (Ministério Público), renunciar a imposição de uma, de algumas ou de todas as sanções decorrentes dos tipos de injusto encartados nos arts. 9, 10, 10-A e 11 da Lei nº 8.429/1992, assim como minimizar a extensão dos danos, materiais ou morais, advindos da prática dos atos ímprobos.²⁶ Também não há necessidade que as sanções sugeridas na colaboração premiada sejam cumulativamente aplicadas (mas, registre-se: o grande desvalor de ação e de resultado poderão ensejar a proposição de cumulação de todas as sanções, o que pode não ser vantajoso ao agente ímprobo, que terá plena liberdade de vontade, de aceitar ou não os termos sugeridos pelo titular da pretensão acusatória), segundo expressamente admite o art. 12, caput, da Lei nº 8.429/1992, já que referidas sanções devem estar conectadas com a natureza do fato ímprobo e com a magnitude do injusto. Para concretizar o compromisso de colaboração premiada, na Improbidade Administrativa, reputa-se indispensável a propositura de ação civil pública, em face de todos os agentes ímprobos, pleiteando, em face do agente colaborador, simples provimento declaratório da prática do ato de Improbidade Administrativa, na hipótese de colaborar, integralmente e no decorrer do devido processo legal, com os compromissos assumidos na colaboração. A 26ª Promotoria de Defesa do Patrimônio Público de Londrina, na Operação Publicano, assim tem se orientado, tal como tem ocorrido na Operação Lava Jato.”

Antônio Cabral faz um histórico importante sobre a origem do instituto da não persecução civil, chamada por ele de promessa de não processar ou *pactum de non petendo*.

Diz ele:

“Existentes desde o direito romano, as promessas de não processar são conhecidas no direito estrangeiro atual. Na Europa, são teorizadas e praticadas há muito tempo. Na França, são também chamadas de ‘contratos de não oposição’. No common law, também existem previsões semelhantes. No direito norte-americano, há figura chamada de *covenant not to sue*, também praticada na Inglaterra, que grosso modo corresponde à promessa de não processar. Na África do Sul, o *pactum de non petendo* também tem aceitação jurisprudencial.

(...)

De fato, a tendência de dar às partes maior autonomia para promover o autorregramento das formalidades processuais permite que os próprios litigantes sejam protagonistas de seu destino no processo: se nada deliberarem, incide a regra legal, frequentemente impondo-lhes um procedimento rígido e ineficiente; todavia, se assim quiserem, dentro dos limites normativos do sistema, poderão as partes negociar para que seja aplicado um procedimento diferente, mais flexível, adaptado às suas necessidades e, como se pretende, mais efetivo.

Na esteira desse movimento, o Código de Processo Civil de 2015 quis empoderar as partes para que assumam esse protagonismo na formatação e na condução do procedimento. Além de fomentar a autocomposição e prever um número muito acentuado de negócios processuais típicos, o CPC disciplinou ainda duas cláusulas gerais de negociação dos artigos 190 e 200. A partir desse permissivo, as partes não ficam mais presas ao que está expressamente previsto em lei; podem, pela sua criatividade, negociar outros aspectos do procedimento, antes ou após o surgimento do litígio, prévia ou incidentalmente ao processo judicial.”⁹

Quanto à possibilidade de acordos em ações de Improbidade Administrativa, com a publicação da lei anticrime, é de bom alvitre recordar as lições de Antônio Cabral¹⁰:

“Sendo a ação de improbidade uma espécie de ação coletiva, devemos recordar que há muito tempo existem possibilidades legisladas de disposição sobre os direitos coletivos, todas estabelecendo uma margem de negociação, sendo exemplo o termo de ajustamento de conduta (previsto no art. 5º §6º da lei nº7.347/1985), o termo de compromisso (art. 11 §5º da Lei nº6.385/76; art.14 da lei nº13.506/2017), o acordo de leniência (art.86 da Lei nº12.529/2011; art.16 e 17 da Lei nº12.846/2013), o compromisso de cessação (art.85 da Lei nº12.529/2011), os acordos administrativos em processo de supervisão conduzidos pelo BACEN (art. 30 da lei nº13.506/2017) e o compromisso de certificação do art.26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, inserido pela Lei 13.655/2018.

Ora, se todas essas normas abrem espaço para negociação sobre o próprio direito material, por que não poderia reconhecer que o processo judicial para debater tais questões deveria ser também negociável?

⁹ 2020, p.2/3.

¹⁰ *op. cit.*, p.19/20.

De outro lado, a lei de improbidade administrativa foi elaborada no início da década de 1990, publicada em 1992. De lá para cá, houve uma intensa guinada do ordenamento jurídico na direção da consensualidade e convencionalidade, como vimos. Até mesmo a pretensão penal passou a ser em grande medida objeto de acordo. É verdade que um ato ilícito que leve à sanção de improbidade nem sempre repercutirá na esfera penal. Mas é muito comum que isso aconteça: normalmente, pelo fenômeno chamado aqui e ali de ‘incidência múltipla’, uma mesma conduta atrairá a incidência de normais penais, civis e administrativas, com uma intercomunicação dos respectivos regramentos processuais. Nestes casos, repita-se, frequentes no campo da improbidade administrativa, seria de fato curioso que a pretensão punitiva criminal pudesse ser transacionada, convencionaada, mas a pretensão civil da improbidade não.

Por esse motivo, muitos autores, enxergando esta incongruência e interpretando o sistema à luz das alterações legislativas que, posteriormente à edição da Lei nº8.429/92, sinalizaram para uma convencionalidade cada vez mais crescente, passaram a admitir, em algum grau, a disponibilidade no campo da improbidade administrativa. E esta possibilidade parecia-nos ainda mais evidente depois da edição da Lei Anticorrupção (Lei nº12.846/2013), que, em seus arts.16 e 17, prevê a celebração de acordos de leniência com os infratores que praticaram ato ilícito. A toda evidência, o âmbito de aplicação da Lei nº12.486/2013 tem interseção com o da Lei nº8.429/92. Não fazia sentido que a pessoa jurídica beneficiária do ato de improbidade pudesse negociar a respeito, mas o agente público ímprobo não possa, até porque se trata do mesmo fato. A correção dos atos de improbidade decorrentes de corrupção por ambas as leis denotava, outra vez, a clara opção do legislador brasileiro por permitir acordos em matéria de improbidade administrativa.

E essa tendência encontrou eco na jurisprudência e na legislação.

O STF passou a admitir acordos em improbidade administrativa, não só sobre o processo, mas também sobre as sanções do art.12 da lei 8.429/92, e essa possibilidade foi regulamentada no art.1º §2º da resolução nº179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, que permite a celebração de TAC em matéria de improbidade administrativa.”

2. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL COMO ACORDO DE COLABORAÇÃO EM AÇÃO OU INVESTIGAÇÃO DE IMPROBIDADE

O STF entende o acordo de colaboração, à luz do artigo 3º-A da lei nº 12.850/2013, como sendo o “negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe

utilidade e interesse públicos”¹¹, que tem por finalidade buscar a punição de quem faça parte de organização criminosa.

Segundo o STJ, “quanto ao aspecto processual, a natureza jurídica da colaboração premiada é de delatio criminis, porquanto é mero recurso à formação da convicção da acusação e não elemento de prova, sendo insuficiente para subsidiar, por si só, a condenação de alguém.” (Rcl 31.629/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/09/2017, DJe 28/09/2017).

A Suprema Corte, no HC 127.483, entendeu o seguinte sobre a natureza jurídica da colaboração premiada:

“4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.”

E do inteiro teor do voto condutor do acórdão acima aludido se extrai o seguinte:

“Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito penal material (ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o imputado-colaborador, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal.”

Reconhecendo a natureza transacional da delação, o Ministro Lewandowski, no aludido “habeas corpus”, votou da seguinte maneira:

“Eu penso que a delação premiada possui uma natureza de transação processual e que pressupõe - e isso foi acentuado agora pelo nosso Decano - que o ato seja celebrado com respeito à autonomia da vontade das partes envolvidas, especialmente a do delator. (...)Se for constatado, por exemplo, que seus familiares foram ameaçados, ou que foi

¹¹ O entendimento do Supremo Tribunal Federal é consolidado nesse sentido, como pode ser observado no caso do HC 127.483, quando o voto condutor acentuou que a delação “é um meio de obtenção de prova, assim como o são a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos, ou acústicos, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas ou o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal (incisos IV a VI do referido dispositivo legal).

acometido por alguma doença, alguma incapacidade somática para que pudesse exprimir livremente sua vontade, é claro que esse ato, por ter uma natureza negocial, por ser uma transação, não subsistirá.”

Eduardo Araújo Silva, citado por J. J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão¹², aborda a temática com percuciência:

“(…) portanto, na fase de investigação trata-se de um instituto puramente processual, nas demais fases, a colaboração é um instituto de natureza mista, pois o acordo é regido por normas processuais; porém, as consequências são de natureza material (perdão judicial) redução ou substituição da pena ou progressão de regime.”

Há jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a homologação do acordo deve aferir os requisitos meramente formais, não obstante a voluntariedade possa exigir um exame mais profundo das provas¹³.

Seria necessário, ao nosso ver, e sustentamos isso desde longa data, para aferir a voluntariedade, que todo o procedimento de tratativas entre o Ministério Público e investigados ou réus e seus advogados fosse filmado e anexado aos autos para eventual consulta dos julgadores e questionamentos. Tal exigência decorre do princípio da transparência que rege essa espécie de processo administrativo, que se submete aos cânones do art. 37, caput, da Constituição de 1988. Não há espaço para acordos secretos ou contatos espúrios nesse negócio jurídico, sob pena de ser questionada a voluntariedade do colaborador e, por conseguinte, a própria integridade do acordo de colaboração.

Deveras, “é preciso avaliar o grau de voluntariedade do colaborador, pois somente se admite a delação, quando feita de maneira integralmente livre de qualquer espécie de coação física ou moral”¹⁴. No mesmo sentido, é o magistério de Cezar Roberto Bittencourt e Paulo Cesar Busatto:

A delação premiada deve ser produto da livre manifestação pessoal do delator, sem sofrer qualquer tipo de pressão física, moral, ou mental,

¹² *Apud* BRANDÃO, Nuno; CANOTILHO, J. J. Gomes. *COLABORAÇÃO PREMIADA: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE OS ACORDOS FUNDANTES DA OPERAÇÃO LAVA JATO*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 133. Ano 25. Pp. 133-171. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

¹³ Trecho da ementa do mesmo “habeas corpus” citado acima: “5. A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de delibação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador.” (idem)

¹⁴ NUCCI, 2019, p. 823.

representando, em outras palavras, intenção ou desejo de abandonar o empreendimento criminoso, sendo indiferentes as razões que o levam a essa decisão. Não é necessário que seja espontânea, sendo suficiente que seja voluntária: há espontaneidade quando a ideia inicial parte do próprio sujeito; há voluntariedade, por sua vez, quando a decisão não é objeto de coação moral ou física, mesmo que a ideia inicial tenha partido de outrem, como da autoridade, por exemplo, ou mesmo resultado de pedido da própria vítima. O móvel, enfim, da decisão do delator – vingança, arrependimento, inveja ou ódio – é irrelevante para efeito de fundamentar a delação premiada.”¹⁵

Questão inçada de controvérsia na doutrina diz respeito à aferição da voluntariedade do colaborador encarcerado. Para Badaró:

“Voluntário advém do latim ‘voluntarius,a,um’, significando “que age por vontade própria”. Um agir voluntário é, portanto, um ato que se pode optar por praticar ou não. É atributo de quem age apenas segundo sua vontade. Ou, definindo negativamente: voluntário é o agir que não é forçado. Por outro lado, que prisão é coação, é o que diz a própria Constituição, assegurando o ‘habeas corpus’ para quem sofre “coação em sua liberdade de locomoção”, de modo ilegal.”¹⁶

Parece-nos, todavia, que a prisão processual, por si só, não retira a voluntariedade da colaboração, sobretudo se considerarmos que “nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público” (§ 1º do art. 3º-C da Lei nº 12.850/2013). A par disso, a coação, física ou moral, que infirma a voluntariedade do colaborador só pode ser aquela definida no art. 151 do Código Civil¹⁷.

De fato, a coação oriunda da prisão cautelar, a despeito de suprimir a liberdade do agente, não influi na intenção do colaborador de abandonar a empreitada criminosa, prestando informações valiosas aos órgãos de persecução penal.

A delação é uma espécie de colaboração, na medida em que há outras formas de colaborar. No particular, Luiz Flávio Gomes considera a expressão colaboração premiada como gênero, que se subdivide em cinco espécies:

“1ª) *delação premiada ou chamamento de corréu*: é a destinada à identificação dos demais coautores e/ou partícipes da organização

¹⁵ BITTENCOURT e BUSATTO, 2014, p.119.

¹⁶ Disponível em <<https://pt.scribd.com/doc/311381311/BADARO-Gustavo-Quem-Esta-Priso-Pode-Delatar-jota-Copiar>. Acesso em 10/02/2020.

¹⁷ “A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.”

criminosa bem como das infrações penais por ela praticadas (artigo 4º, inciso I, da Lei 12.850/13);

2ª) *colaboração reveladora da estrutura e do funcionamento da organização (da burocracia)*: é a colaboração focada na revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa. Em homenagem ao economista alemão Max Weber, que criou a Teoria da Burocracia para explicar a forma como as empresas se organizam, adotamos a nomenclatura “colaboração reveladora da burocracia”; afinal, a estrutura e a forma como as organizações criminosas se organizam é empresarial ou quase-empresarial (artigo 4º, inciso II, da Lei 12.850/13);

3ª) *colaboração preventiva*: tem por escopo prevenir infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa (artigo 4º, inciso III, da Lei 12.850/13);

4ª) *colaboração para localização e recuperação de ativos*: visa à recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa (artigo 4º, inciso IV, da Lei 12.850/13);

5ª) *colaboração para libertação de pessoas*: tem por finalidade a localização da vítima (de um sequestro, por exemplo) com a sua integridade física preservada (artigo 4º, inciso V, da Lei 12.850/13).¹⁸

Sobre o valor probatório da delação premiada, impende trazer à baila o magistério de Badaró e Bottini (2016, p. 224):

“Embora na delação premiada o delator confesse sua participação nos delitos, isso por si só não será suficiente. É necessário, também, que a delação seja acompanhada de outros elementos de prova que corroborem o seu conteúdo.”

No tocante aos benefícios premiaais extensíveis ao colaborador, a aferição do valor probatório da delação leva em conta a efetividade da narrativa do delator. Já em relação a terceiros, a colaboração premiada, em sua dimensão processual, não se confunde com a prova testemunhal, necessitando, pois, de elementos outros que confirmem o relato do colaborador.

Ao tratar da Repercussão Geral reconhecida no ARE 1.175.650, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, os autores Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch e Guilherme Pupe da Nóbrega, em excelente artigo¹⁹, aduzem o seguinte:

¹⁸ Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ha-diferenca-entre-colaboracao--e-delacao-premiada/14756>>. Acesso em 10/02/2020.

¹⁹ MUDROVITSCH, Rodrigo; NÓBREGA, Guilherme Pupe. Colaboração premiada e improbidade: o tema 1.043 de repercussão geral. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/mudrovitsch-pupe-colaboracao-premiada-improbidade>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

Com o recurso pendente de julgamento, a União atravessou petição requerendo ingresso como amicus curiae, creditando a pertinência de sua intervenção ao fato de, além de ser legitimada para o ajuizamento de ações de improbidade, estar “envolvida em inúmeras ações que visam a obter o ressarcimento do erário por danos que lhes (sic) foram causados em virtude de improbidade administrativa.”

No mérito de sua manifestação, propriamente dito, a União externou razões muito bem fundamentadas em favor da conciliação do instrumento da colaboração com as ações de improbidade, pontuando, por exemplo, a aplicabilidade do Código de Processo Civil àquele procedimento especial, mais especificamente o artigo 3º, §§ 2º e 3º, que insta o Estado a estimular e a conciliar, sempre que possível.

Indo além, assentou a União que a previsão da colaboração premiada na Lei n. 12.830/2013 inaugurou a possibilidade de transação em sede criminal, de modo que seria um contrassenso negar essa possibilidade na seara sancionadora.

Outro argumento interessante apontado pela União foi o de que o paradigma da indisponibilidade do interesse público tem sofrido uma releitura no sentido de que a transação, não raramente, importa forma precisamente de se atingir o interesse público de forma mais célere e eficaz. Em verdade, essa indisponibilidade, mesmo em idos tempos, nunca foi absoluta, como denuncia o artigo 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/1985, a admitir desistência de ação civil pública pelo autor e, fundamentadamente, o não prosseguimento nela por parte do Ministério Público.

Finalmente, concluiu a União, em linha com o que já defendemos mais de uma vez neste espaço, que o artigo 36, § 4º, da Lei n. 13.140/2015, implicou revogação tácita do artigo 17, § 1º, da LIA.

Em que pesem a justificável intervenção da União e os bem ponderados argumentos que alinhavou, o Ministro relator indeferiu seu ingresso; a manifestação, porém, seja como for, integra os autos e, esperamos, possa fomentar os debates, mercê, como dito, de sua sólida fundamentação.

De outro turno, o parecer da Procuradoria Geral da República nos autos do Processo acima citado, da lavra do Procurador-Geral Augusto Aras²⁰, consigna que “a chamada colaboração premiada constitui, destarte, negócio jurídico formado pela exteriorização das vontades de acusado e acusador, com consequências jurídicas de caráter material e processual”.

E conclui:

“O acordo de colaboração premiada é, portanto, negócio jurídico formado pela comunhão de vontades do acusado em colaborar, oferecendo informações sobre a investigação, e do acusador em conceder, nos limites da lei, tratamento especialmente protegido ao

²⁰ STF. ARE 1.175.650/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes. J. 26.04.2019. DJe 07.05.2019.

colaborador.”

Antônio Celso Campos de Oliveira Faria, por sua vez, ressalta o seguinte:

“Embora a lei de improbidade preveja a vedação a transação, acordo ou conciliação nas ações respectivas (art. 17, par. 1º da Lei 8.429/92), a colaboração premiada não implica em transação ou acordo, mas na possibilidade de serem aplicados os arts. 13 e 14 da Lei 9.807/1999, os quais têm a seguinte redação:

‘Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços”²¹

O posicionamento doutrinário e o Parecer da Procuradoria Geral da República agasalham orientação da Suprema Corte no sentido de que a colaboração premiada é inegável negócio jurídico.

Nessa quadra, não é demais lembrar que o instituto do negócio jurídico processual previsto no novo Código de Processo Civil traz especificações bem delineadas a esse respeito. Basta lembrar o teor dos arts. 63, 190, 373, §3º, e 432 do CPC.

Acerca da definição de negócio jurídico, é oportuno salientar o escólio de Miguel Reale:

“negócio jurídico é espécie de ato jurídico que, além de se originar em um ato de vontade, implica em declaração expressa da vontade, instauradora de uma relação entre dois ou mais sujeitos tendo em vista um objeto protegido pelo ordenamento jurídico.”²²

²¹ FARIA, Antônio Celso Campos de Oliveira. Colaboração Premiada e Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Congresso%20PatPublico/Teses/COLABORA%C3%87%C3%83O%20PREMIADA%20E%20LEI%20DE%20IMPROBIDADE%20ADMINISTRATIVA.docx>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

²² REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 208/209.

Para Fredie Didier:

“Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento. Sob esse ponto de vista, o negócio jurídico é fonte de norma jurídica processual e, assim, vincula o órgão julgador, que, em um Estado de Direito, deve observar e fazer cumprir as normas jurídicas válidas, inclusive as convencionais. O estudo das fontes da norma jurídica processual não será completo, caso ignore o negócio jurídico processual.”²³

O negócio jurídico que é a colaboração premiada, em verdade, tem finalidades processuais e consequências jurídicas de direito material, diferentemente do que ocorre com o negócio jurídico processual contemplado no novel Digesto Processual Civil. A propósito, o art. 190 do CPC cuida da previsão do negócio jurídico processual atípico, “*verbis*”:

“Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”

É bom que se diga que há os negócios típicos e atípicos, de tal modo que os primeiros são aqueles que tem previsão legal (exemplos: arts. 63, 373, §3º, e 432, par. único, do CPC) e os atípicos aqueles realizados com base no permissivo geral inserido no art. 190 do CPC. Este, aliás, é o entendimento de Eduardo Talamini em artigo sobre o tema:

“(…) Se alguma dúvida ainda havia quanto à existência de negócios jurídicos processuais, ela foi de todo sepultada pelo art. 190 do Código de Processo Civil de 2015, que autoriza a celebração de convenções entre as partes a respeito do procedimento judicial ou das próprias posições jurídicas processuais (direitos, ônus, deveres processuais…) (…)

São exemplos de negócios processuais típicos: a cláusula de eleição de foro (CPC/15, art. 63), a cláusula de inversão do ônus da prova (CPC/15, art. 373, § 3º), a desistência da ação (CPC/15, art. 485, § 4º: antes da contestação, é um negócio unilateral; após, é bilateral), a retirada dos autos de documento objeto de arguição de falsidade (CPC/15, art. 432, par. ún.), a convenção arbitral (Lei 9.307/96, art. 3º e ss.)

²³ DIDIER, Fredie. Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais. 1.ed. Juspodivm, 2018, p.25.

Mas o art. 190 veicula uma cláusula geral autorizadora dos negócios processuais. Permitem-se negócios processuais atípicos. O ajuste de vontade das partes poderá modular o procedimento ou posições jurídicas processuais em outras hipóteses, que não apenas aquelas taxativamente previstas em lei. Assim, atribui-se ampla liberdade às partes para, em comum acordo, modularem o processo judicial, ajustando-o às suas necessidades e expectativas concretas. (...) É para os negócios processuais em sentido estrito, sejam eles típicos ou atípicos, que se põe, propriamente, o pressuposto da admissibilidade de autocomposição. Como há a direta interferência sobre posições jurídicas previstas no modelo processual judiciário, tal espécie de convenção apenas é admissível nos casos que poderiam ser resolvidos até mesmo sem a intervenção judiciária.”²⁴

O Código de Processo Civil trata de negócios jurídicos processuais em sentido estrito. No entanto, “não se trata de negócio sobre o direito litigioso – essa é a autocomposição, já bastante conhecida. No caso, negocia-se sobre o processo, alterando suas regras, e não sobre o objeto litigioso do processo”²⁵.

Ainda segundo Eduardo Talamini, há negócios jurídicos que, conquanto processuais, são de direito material, pois celebrados no bojo do processo e igualmente geradores de consequências processuais e materiais. Confira-se:

“Há alteração do próprio resultado jurídico substancial – e não do mero modo de solução do conflito. Por isso, o próprio direito material precisa ser disponível. Nesses casos, importa definir se o próprio bem jurídico objeto da disputa é disponível – e não a questão jurídica ou fática em si”²⁶

Desse modo, 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. Nessa esteira, é pacífica a jurisprudência do STJ:

²⁴ TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/228734/um-processo-pra-chamar-de-seu-nota-sobre-os-negocios-juridicos-processuais>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

²⁵ DIDIER, Fredie. Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais.1.ed. Juspodivm, 2018, p. 30.

²⁶ TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/228734/um-processo-pra-chamar-de-seu-nota-sobre-os-negocios-juridicos-processuais>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

“(…) 5. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que as disposições do Código de Processo Civil aplicam-se de forma subsidiária às normas insertas nos diplomas que compõem o microsistema de tutela dos interesses ou direitos coletivos (composto pela Lei da Ação Popular, Lei da Ação Civil Pública, Lei de Improbidade Administrativa, Mandado de Segurança Coletivo, Código de Defesa do Consumidor e Estatuto da Criança e do Adolescente) e, em algumas situações, tem feito prevalecer a norma especial em detrimento da geral (REsp 1452660/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 27/04/2018). (AgInt no REsp 1733540/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2019, DJe 04/12/2019)”

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 convençionem acerca de aspectos procedimentais, excluindo normas de ordem pública indisponíveis, tais como as normas que versem sobre competência. Nesse sentido, Didier e Bonfim entendem viável a “colaboração premiada e o acordo de leniência como negócios jurídicos atípicos no processo de improbidade administrativa (art. 190 do CPC c/c o art. 4º da Lei nº 12.850/2013 e com os arts. 16-17 da Lei nº 12.846/2013)”²⁷.

A delação premiada existe em nosso ordenamento jurídico desde o final dos anos 1980 e, a partir de então, passou por inúmeros momentos, que culminaram por desaguar no atual tratamento jurídico da matéria. Realizando um levantamento simples, percebe-se, a título meramente exemplificativo, que a lei nº 9.807/99, que trata de programa especial de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, já trazia em seu bojo, nos artigos 13 a 15, a possibilidade de se conceder perdão judicial ou mesmo redução de pena de até 2/3 (dois terços) para réus colaboradores, mediante cumprimento de certos requisitos. De igual modo, o instituto da delação é previsto nas leis nºs 8.072/90 (lei de crimes hediondos); 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro); 8.137/90 (delitos tributários) e 12.850/2013 (crime organizado), dentre outras. Portanto, não se trata de novidade em nosso ordenamento jurídico.

A lei 13.964/2019, disciplina mais recente sobre o tema, foi publicada em 24 de dezembro de 2019 e entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020. Além de trazer inovações no campo penal e processual penal, a nova legislação, dentre inúmeras modificações que

²⁷ DIDIER; BONFIM, 2017, p. 118.

operou, acabou por alterar a lei nº 8.429/1992, a chamada Lei de Improbidade Administrativa, introduzindo em seu texto a possibilidade de acordo de não persecução civil. Desse modo, agora consta autorização expressa para a transação em processos de improbidade administrativa, por força do teor de seu artigo 17, §1º, que se transcreve:

“Art. 17.

§ 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, *nos termos desta Lei*.

.....

§ 10-A. 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.(NR)

.....”

Ora, nessa linha de raciocínio, importante registrar que determinados atos ilícitos têm influência em áreas diversas do direito, afigurando-se possível, à guisa de ilustração, que um fato tipificado como crime também seja considerado improbidade administrativa ou ato punível como infração administrativa “stricto sensu”, a ensejar, por conseguinte, a responsabilização do indivíduo nas esferas penal e administrativa. Embora possa parecer, em um primeiro olhar, uma ofensa ao princípio do “ne bis in idem”, não o é²⁸, pois aqui a punição ocorre em campos dogmáticos diversos. Não se trata, pois, de duas punições tautológicas pelo mesmo fato, mas de uma criminal e outra administrativa, sem prejuízo das consequências cíveis.

Justamente por isso, existem há algum tempo em nossa sistemática processual regramentos e exceções legais que permitem a influência de uma área em outra, malgrado sejam independentes entre si. É o caso (i) da sentença penal absolutória ante o reconhecimento da não

²⁸ Para Hely Lopes Meirelles “a punição disciplinar e a criminal têm fundamentos diversos, e diversa é a natureza das penas. A diferença não é de grau; é de substância. Dessa substancial diversidade resulta a possibilidade da aplicação conjunta das duas penalidades sem que ocorra bis in idem. Por outras palavras, a mesma infração pode dar ensejo a punição administrativa (disciplinar) e a punição penal (criminal), porque aquela é sempre um minus em relação a esta. Daí resulta que toda condenação criminal por delito funcional acarreta a punição disciplinar, mas nem toda falta administrativa exige sanção penal” (2016, p.146). Sem embargo, sustentamos que são elementos puramente dogmáticos que separam as sanções penais das administrativas, e as disciplinares são espécies de sanções administrativas, inexistindo, portanto, essa diferença substancial. Fizemos um largo histórico sobre esse tema e essa discussão em nosso Direito Administrativo Sancionador. É possível, desde o ponto de vista dogmático, que uma sanção administrativa cause maiores efeitos aflitivos do que uma sanção penal, pelos mesmos fatos, ou mesmo maior gravame a direitos fundamentais. Ao legislador cabe configurar, discricionariamente, ilícitos penais e administrativos, à luz do princípio democrático.

autoria do fato ou da não existência do evento criminoso (artigo 386, incisos I e IV, do Código de Processo Penal), que faz coisa julgada no cível, por força do artigo 935 do Código de Processo Civil; (ii) da sentença absolutória devido ao reconhecimento de excludentes de ilicitude, desta vez em razão da disposição contida no artigo 65 do Código de Processo Penal; e (iii) da sentença penal condenatória, em que estejam comprovadas a materialidade do crime e a autoria, conforme prescrevem os artigos 515 do Código de Ritos, 91, inciso I, da Lei de Reprimenda e 63 do Digesto Processual Penal.

É verdade que um fato pode ser julgado na instância penal como atípico e, desse modo, interferir na própria tipicidade da infração administrativa, a depender de como tal elemento consta do tipo infracional e da redação da peça acusatória. E o inverso é também verdadeiro, porquanto essa interdependência das instâncias guarda relação íntima com o problema da tipicidade dos fatos e a influência das decisões administrativas e penais. Isso, porque as peças acusatórias podem fazer referência a elementos típicos que dependem de outras instâncias e suas respectivas decisões.

Dessa forma, a inovação legislativa em comento acaba por se qualificar como nova modalidade de interferência nas searas criminal, cível e administrativa. Agora, um acordo de colaboração premiada celebrado na área criminal pode, eventualmente, resultar no compromisso de não persecução cível, consoante disposto no novo artigo 17 da lei nº 8.429/1992. Esse acordo de não persecução aparentemente ostenta uma dimensão estritamente processual, mas suas raízes podem deitar no direito material também, por força da natureza do acordo.

Com efeito, um acordo tem como consequência a atenuação ou até mesmo a extinção de sanções, o que diz respeito ao campo do direito material.

No entanto, Antônio Cabral²⁹ parece enxergar natureza de direito processual no *pactum de non petendo*. Diz ele tratar-se de um acordo cujo objeto relaciona-se com a exigibilidade do direito, ou seja, uma pretensão. Sustenta que a promessa de não processar “não interfere em nada no direito material, não tem efeitos de remissão de dívida, não impacta a pretensão material (art.189 do CC), portanto tampouco pode ser assemelhada à obrigação natural.” Diz,

²⁹ *ibid.*, p.7/8.

ainda, Antônio Cabral que “as partes continuam podendo exercer seus direitos (e exigi-los) fora do processo, utilizando-se de outras formas de cobrança e pressão para o pagamento”.

Para traçar um paralelo entre o acordo de não persecução cível e o acordo de não persecução penal, cabe lembrar que, na forma da lei 12.850/2013, instituiu-se no processo penal consensual e negociado, o chamado negócio jurídico, para muitos um verdadeiro contrato, que permite que os envolvidos negociem diversos aspectos do direito penal material, do procedimento criminal atual e futuro, de acordo com Antônio Cabral³⁰.

Conforme previsto no artigo 3º-A, da lei 12.850/2013, na redação dada pela lei 13.964/2019, assevera Cabral³¹, a colaboração seria um instrumento negocial e pode ter disposições acerca do direito material, no que tange, por exemplo, às penas e regimes de cumprimento, bem como sobre processo penal, no que diz com o direito ao recurso, ao silêncio, à apresentação de provas obrigatórias, recorrer ou não ou a obrigatoriedade (ou não) de que sejam alegadas certas questões.

Nesse contexto, o acordo de não persecução penal, prossegue Antônio Cabral³², disciplinado no artigo 4º, §4º, da lei 12.850/2013 e regulamentado na resolução nº181/2017, do CNMP, e também previsto genericamente no artigo 28-A do Código de Processo Penal, e ainda no artigo 1º, §3º, da lei 8.038/90, para os crimes praticados por autoridades com foro por prerrogativa de função da competência originária do STF e do STJ, com redação dada pela lei 13.964/2019, deve ser corretamente compreendido.

Antônio Cabral³³, rechaçando a tese do STF, entende que se trata de um acordo de imunidade por meio do qual o ministério público promete não ajuizar a pretensão punitiva em juízo em desfavor do colaborador em troca de sua colaboração. Essa imunidade seria uma proteção formal, ao que parece, e não material.

Emerson Garcia, por sua vez, entende que o acordo baseado na resolução 181/2017 do CNMP, não impede, na seara penal, o ajuizamento de ação penal pela vítima, pois seria possível que a “vítima, valendo-se do disposto no art. 5º, LIX, da Constituição da República, ajuíze ação penal privada subsidiária da pública, em razão do não oferecimento da denúncia, pelo

³⁰ *ibid.*, p.14.

³¹ *ibid.*, p.15.

³² *Ibid*, p.15.

³³ *Ibid.*

Ministério Público, no prazo legal. Afinal, se há prova da materialidade, e o investigado confessou a prática da infração penal, indicando outros elementos probatórios que corroborem sua narrativa, muito provavelmente as investigações serão concluídas”. É verdade que Emerson Garcia disse que a lei processual ignorava esse ajuste e foi em cima disso que arrematou sua conclusão, mas também asseverou que, em razão de tratar-se de um acordo, não seriam sanções, mas sim de outra natureza as medidas aplicadas³⁴.

A respeito do tema, importante transcrever o ensinamento de Fredie Didier Junior e Daniela Bonfim³⁵:

“As partes também negociam e definem a consequência jurídica que será irradiada em favor do colaborador (a vantagem que irá obter em razão da prestação de colaboração); em razão da prestação a que se obriga, o colaborador terá como vantagem um tipo de decisão material penal (que haverá com a homologação do acordo), que poderá ser de perdão judicial, de redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou de sua substituição por restritiva de direitos.”

A nosso sentir, o acordo de não persecução tem consequências diretas na medida repressiva no campo do direito sancionador, afetando, desta forma, a pretensão punitiva Estatal, o que acaba por atrair o instituto para a órbita do direito material. 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.

Neste sentido, a título de exemplo, se celebrado um acordo entre o investigado e algum dos colegitimados a propor Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, este por certo afetará a propositura de ação pelos demais colegitimados. Ora, se houve um negócio jurídico que resultou na mitigação da sanção ou até mesmo no completo perdão, a ação, ao menos para esse fim, não poderá ser proposta pelos demais legitimados. Por certo, doutrina e

³⁴ Garcia, Emerson. O acordo de não persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro número 68, abril/junho 2018.

³⁵ Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. Vol. 62, 2016.

jurisprudência deverão desenvolver soluções para casuísticas como a presente, como um instrumento de adesão. Na lacuna dessa espécie de ferramenta, não há que se prejudicar investigados ou réus. À vista disso, sendo de natureza jurídica de direito material, o que nos parece correto, a possibilidade de propor ação pelos mesmos fatos por parte de outros colegitimados acabará afetada, quando houver colaboração premiada em ações de improbidade. Tampouco há que se falar, em acordos na seara penal, na possibilidade de ações privadas subsidiárias das públicas.

A propósito, o Estudo Técnico nº 01/2017 – 5ª CCR do MPF supracitado já tratava sobre a possibilidade de colaboração premiada no âmbito das ações de improbidade administrativa e empresarial, reportando-se aos efeitos do acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846/2013, no campo da legitimação do Ministério Público.

Segundo o mencionado Estudo, para os novos paradigmas de atuação estatal no aprimoramento do controle e repressão da corrupção e da improbidade administrativa, seria necessária a ampliação do âmbito de incidência de institutos negociais de colaboração premiada, seja na esfera criminal, seja no acordo de leniência, seja em outras modalidades, estendendo-os para o âmbito cível “lato sensu”.

No ponto, importante abrir um parêntese para afirmar que também nos parece acertado registrar que nada obsta que um acordo de não persecução cível, celebrado nos autos de inquérito civil, procedimento investigatório ou em uma ação de improbidade, repercute no campo penal, na medida em que, por vezes, um ato de improbidade administrativa também configura um ilícito penal. Dependerá, nesses casos, da apreciação soberana da autoridade com atuação na instância penal, evidentemente, à luz dos princípios reitores do direito penal e processual penal.

Que tipo de acordo poderá ser celebrado na instância competente para apreciar atos de improbidade, quando houver acordo na seara penal? Entendemos que deve ser um acordo de colaboração premiada na esfera da improbidade administrativa. A priori, é claro que as informações produzidas na seara penal podem, desde logo, ser úteis à resolução da ação ou investigação de improbidade e, nesse contexto, ensejar o acordo de não persecução cível. Trata-se de uma colaboração premiada na improbidade, como instrumento investigatório e, ao mesmo tempo, meio de defesa.

O parágrafo primeiro do art. 17, revogado pela nova legislação, tinha preceito em sentido diametralmente oposto, vedando a transação ou conciliação em matéria de improbidade administrativa, o que já vinha sendo desafiado pela Lei 12.846/13, cuja natureza jurídica de direito administrativo sancionador teria derogado esse dispositivo, no nosso entendimento e também na compreensão do Ministério Público brasileiro.

O óbice legal do art.17 da Lei de Improbidade, em sua versão primitiva, portanto, encontrava divergências doutrinárias³⁶ e jurisprudenciais³⁷, visto que havia entendimentos na direção de que o referido parágrafo teria sido tacitamente revogado, quando do advento das leis que estimularam esse tipo de acordo, como é o caso da lei nº 12.486/2013, que permitiu os acordos de leniência, e também da lei nº 13.140/2015. No que concerne ao tema, colhe-se o escólio de Freddie Didier Junior e Daniela Santos Bonfim (2016):

“Mas há ainda um argumento dogmático mais simples para defender a revogação do art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade. O § 4º do art. 36 da Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação) expressamente admite a autocomposição em ação de improbidade administrativa: “ § 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator. Finalmente, na dimensão ressarcitória/desconstitutiva da ação de improbidade, que é idêntica a qualquer ação civil pública ou ação popular, a autocomposição não apresenta qualquer problema. Especialmente se considerarmos que o CPC apresenta a possibilidade de homologação de autocomposição parcial (art. 354, par. unico, CPC).”

É verdade que a Lei número 13.140/2015 admitiu a autocomposição em matéria de improbidade porque a Lei 8.429/92 já havia sido derogada pela Lei 12.846/13. Agora, o acordo é mais abrangente, pois envolve também outros colegitimados e não apenas o Ministério Público.

De qualquer sorte, durante esse período, acabou-se por criar uma esfera de incerteza e insegurança jurídica no jurisdicionado. No judiciário e em todo cenário próprio de discussões acadêmicas, o assunto passou a ser aventado com certa frequência e de diversas maneiras. Observe-se que o Partido Trabalhista Brasileiro aviou ação direta de inconstitucionalidade³⁸,

³⁶ Ver MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade administrativa**. 4. ed. São Paulo:Saraiva, 2009. p. 415.

³⁷ A título de exemplo de excerto que reconhecia a existência da vedação para transação, temos: AgInt no REsp 1.654.462/MT, PRIMEIRA TURMA, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 07/06/2018, DJe 14/06/2018.

³⁸ A ação por certo perdeu o objeto, em razão da novel legislação.

tombada sob nº 5.980. De acordo com notícia veiculada no site do Supremo Tribunal Federal (2018):

“O Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) questionou no Supremo Tribunal Federal (STF) dispositivo que veda transação, acordo ou conciliação nas ações que discutem suposta prática de atos de improbidade administrativa. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5980, a legenda contesta o parágrafo 1º do artigo 17 da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).”

Não obstante, é de sabença geral que compromissos de ajustamento de conduta já vinham sendo pactuados pelo Ministério Público, inclusive com autorização expressa da Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, conforme se infere da dicção do seu artigo 1º, § 2º. Inúmeros acordos foram levados a efeito no país, ficando mais conhecidos aqueles no âmbito da operação Lava Jato. Os ajustes viabilizaram a devolução de milhões de reais ao erário, bem como a não persecução civil do infrator pela prática dos atos de improbidade administrativa, em que pese a cristalina redação do revogado artigo 17, § 1º, da lei nº 8.429/1992. Em decisão emanada da 5ª Vara Federal da Subseção Judiciária Curitiba³⁹, consta o seguinte raciocínio:

“O art. 17, §1º, da Lei 8.429/92 veda a ‘transação, acordo ou conciliação’ nas ações de improbidade administrativa. Se em 1992, época da publicação da Lei, essa vedação até se justificava tendo em visa que estávamos engatinhando na matéria de combate aos atos ímprobos, hoje, em 2015, tal dispositivo deve ser interpretado de maneira temperada.”

O Supremo Tribunal Federal também validou tais acordos. O tema foi discutido no agravo regimental no inquérito 4.420/DF, onde se determinou que no inquérito civil “deverão ser respeitados os termos do acordo em relação à agravante e aos demais aderentes, em caso de eventual prejuízo a tais pessoas”. No corpo do voto condutor, consta o teor da cláusula de não persecução civil, senão vejamos:

“d) a não propor qualquer ação de natureza cível ou sancionatória, inclusive ações de improbidade administrativa, pelos fatos ou condutas revelados em decorrência deste Acordo de Leniência, contra a COLABORADORA, empresas de seu grupo econômico, Aderentes, enquanto cumpridas integralmente as cláusula estabelecidas neste Acordo, salvo se, por necessidade de interromper a prescrição, for oferecida com pedido exclusivamente declaratório, caso em que, em

³⁹ *Apud* Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch e Guilherme Pupe da Nóbrega, em artigo intitulado *Improbidade e transação são institutos excludentes*.

seguida à propositura, far-se-á requerimento de suspensão de seu trâmite, nos termos do §3º da Cláusula 8ª.”

Demais disso, a Suprema Corte também reconheceu a repercussão geral da discussão a respeito da constitucionalidade da referida norma⁴⁰. O próprio instituto da repercussão, que leva em consideração a admissão de questões constitucionais de relevância política, social, econômica ou jurídica, que transcendem os interesses subjetivos da causa⁴¹, demonstra a amplitude do debate e da situação jurídica relacionada ao tema em análise. No caso em questão, o debate girou em torno especificamente da aplicabilidade do instituto da colaboração premiada ao campo da improbidade administrativa.

Como se denota, uma nova realidade, em se tratando de interpretação da lei nº 8.429/1992, já vinha sendo moldada pelo Ministério Público, com o aval do Poder Judiciário, que, ainda com reservas, vinha chancelando a possibilidade de entabular acordos nos processos de improbidade administrativa.

As Casas Legislativas também não passaram ao largo da discussão, na medida em que tanto na Câmara⁴² Federal quanto no Senado⁴³ tramitavam, antes mesmo do pacote anticrime, projetos de lei que buscavam modificar o antigo teor do artigo 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa, justamente para admitir a viabilidade de acordos em processos dessa ordem.

Nesse diapasão, a nova lei, apesar de deixar dúvidas atinente aos métodos e procedimentos para se implementar o acordo de não persecução no espectro do processo ou inquérito civil, veio colocar fim ao debate e viabilizar o instituto que, a nosso sentir, atuará de modo a dinamizar o trâmite de ações cíveis por ato de improbidade administrativa. Isso, porque os acordos tendem a descongestionar o judiciário e, ao mesmo tempo, viabilizar distribuição de justiça fora dos tribunais, alinhando o direito penal e o direito administrativo sancionador na modelagem de colaborações premiadas.

⁴⁰ “Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a questão acerca da utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §§ 4º e 5º) e da legitimidade concorrente para a propositura da ação (CF, art. 129, §1º) . 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC.” (*op. cit.*)

⁴¹ Esse é o teor do artigo 1.035, §1º, do código de processo civil.

⁴² Projeto de lei nº10.887 de 2018, que no artigo 17-A traz o seguinte texto: “O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados: (...)”

⁴³ É o caso do projeto de lei nº3.359 de 2019, que traz a previsão no artigo 17-A.

3. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL COMO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA EM AÇÕES OU INVESTIGAÇÕES POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A lei AntiCrime, como se sabe, foi inicialmente proposta pelo ministro da justiça, como parte de um pacote anticrime, com a finalidade de combater a criminalidade e o crime organizado em nosso país. O projeto proveniente da pasta da justiça era diverso daquele que restou aprovado nas casas legislativas. Em sua fase embrionária, a proposta de mudança do artigo 17, §1º, rezava o seguinte:

“Mudança na Lei n.º 8.429/1992:

Art.

17.
.....

§ 1º A transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata este artigo poderão ser celebradas por meio de acordo de colaboração ou de leniência, de termo de ajustamento de conduta ou de termo de cessação de conduta, com aplicação, no que couber, das regras previstas na Lei n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013, e na Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013.

.....
.....” (NR)

A proposta, naquele tempo, se aproximava mais da previsão contida na Resolução nº 179 do Conselho Nacional do Ministério Público, pois previa a possibilidade de termo de ajustamento de conduta em casos de improbidade administrativa.

Ademais, impende gizar que, conquanto não haja previsão de celebração de “compromisso de ajustamento de conduta” com o órgão ministerial no texto aprovado, tal possibilidade não ficou vedada, de sorte que a Resolução nº 179 em apreço permanece produzindo seus regulares efeitos. Aliás, foi neste mesmo sentido que concluiu o próprio relator do pacote anticrime na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, senador Marcos do Val, em seu parecer (2019) apresentado perante a comissão:

“O art. 6º do Substitutivo promove alteração no art. 17, § 1º, da Lei n.º 8.429, de 1992, para prever o acordo de não persecução cível, nos casos de improbidade administrativa. O projeto anticrime previa

“transação, acordo ou conciliação”, não havendo diferença sensível em relação ao Substitutivo.”

Com efeito, 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 previsto no art. 1º, § 2º, da Resolução nº 179, “*verbis*”:

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

O compromisso de ajustamento de conduta, por seu turno, foi introduzido no direito brasileiro pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), consoante se depreende do seu artigo 211. Posteriormente, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), foi acrescido o § 6º ao art. 5º lei 7.347/1985⁴⁴, que trata da ação civil pública. A partir de então, o Ministério Público e os demais legitimados passaram a ter a faculdade de celebrar os compromissos de ajustamento.

No que atine às origens do instituto em comento, curial trazer o ensinamento de Mazilli:

“De fato, nas décadas que antecederam a edição dessas leis, principalmente nas comarcas do interior, já vinha o Ministério Público brasileiro mantendo a saudável experiência do atendimento ao público. Questões criminais, de família, de menores, de trabalhadores, de vizinhos, entre outras, sempre lhe eram trazidas à sua presença (não raro até mesmo informalmente), para uma orientação, um conselho, uma admoestação ou até mesmo uma providência policial ou judicial. Assim, como fruto dessa realidade, muito antes de 1990 já se vinha cogitando de conferir ao Ministério Público o poder de homologar acordos extrajudiciais. Nas questões trabalhistas, a hipótese, aliás, ocorria há décadas, pois a rescisão do contrato de trabalho já podia ser assistida e homologada pelo Ministério Público, onde não houvesse órgãos próprios.” (MAZILLI, p. 3, 2006).

Sobre a natureza jurídica do TAC, Mazzilli dizia, antes das modificações introduzidas pelas novas Leis, que:

⁴⁴ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

(...)

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

“O compromisso de ajustamento de conduta não tem natureza contratual, pois os órgãos públicos que o tomam não têm poder de disposição. Assim, não podem ser considerados uma verdadeira e própria transação, porque a transação importa poder de disponibilidade, e os órgãos públicos legitimados à ação civil pública ou coletiva, posto tenham disponibilidade do conteúdo processual da lide (como de resto é comum aos legitimados de ofício, como substitutos processuais que são), não detêm disponibilidade sobre o próprio direito material controvertido. Nesse sentido, o art. 841 do Código Civil corretamente dispõe que “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”.

Assim, o compromisso de ajustamento de conduta é antes um ato administrativo negocial (negócio jurídico de Direito Público), que consubstancia uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a do particular (o causador do dano, que concorda em adequar sua conduta às exigências da lei). (MAZILLI, p. 12, 2006).”

Evidente que houve radical transformação no sistema de tutela dos bens jurídicos. Atualmente, há disponibilidade quanto à possibilidade de transação de direitos patrimoniais e não patrimoniais, inclusive ligados à liberdade. Não por outra razão, assentou-se que se trata de transação. A natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, também conhecido como termo de ajustamento de conduta, já foi alvo de pertinentes debates no seio do Superior Tribunal de Justiça⁴⁵, como se extrai do seguinte excerto:

“(…) 3. O Termo de Ajustamento de Conduta é título executivo extrajudicial, conforme dispõe o art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985, e o seu descumprimento permite ajuizar Ação de Execução. Contudo, o Ministério Público pode optar por homologar judicialmente o acordo entabulado no TAC, art. 475-N, V, do CPC, pois obterá título executivo judicial, instrumento mais célere e efetivo para a proteção dos direitos coletivos.

4. É importante salientar que a elaboração do TAC não põe fim ao litígio, porque não afasta a obrigação do Poder Judiciário de homologar o termo assinado pelos interessados. Precedentes: AgRg no AREsp 248.929/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5/8/2015; AgRg no AREsp 247.286/PB, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 5/12/2014) e REsp 1.150.530/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 8/3/2010).”

O Superior Tribunal de Justiça também já assinalou que o Termo de Ajustamento de Conduta consubstancia verdadeira transação, na medida em que “o Termo de Ajustamento, por

⁴⁵ REsp 1572000/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 30/05/2016.

Ver também REsp 802.060/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 22/02/2010.

força de lei, encerra transação para cuja validade é imprescindível a presença dos elementos mínimos de existência, validade e eficácia à caracterização deste negócio jurídico”.⁴⁶

No particular, é preciso registrar que Mateus Bertoncini⁴⁷ entende que o TAC não é contrato, tampouco transação. O mencionado autor sustenta que a resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público admitiria a autocomposição apenas para casos de menor potencial ofensivo.

Marcelo Dantas Rocha e Margareth Vetis Zaganelli⁴⁸, por sua vez, consignam o seguinte:

“Como poderia haver um acordo no âmbito penal no qual o colaborador pode até mesmo obter o perdão judicial por seus crimes e não reconhecer a possibilidade da celebração do ajustamento de conduta na improbidade pelos mesmos fatos? Como vedar o acesso do parquet aos acordos de leniência se cabe a ele a *opinio delict* e *opinio actio* das ações, respectivamente, penais e de improbidade – ainda que não exclusivamente?”

O caráter transacional do TAC nos parece indubitável, de tal sorte que o próprio Superior Tribunal de Justiça lhe conferiu esse *status* antes mesmo do advento da nova lei.

A respeito da temática, sobreleva colacionar o magistério de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, segundo os quais a “transação pode ocorrer quer quando se trate de direitos disponíveis (transação plena), quer quando a causa verse sobre direitos indisponíveis (transação parcial)(...)”⁴⁹. Em sentido semelhante, já decidiu a Suprema Corte:

“EMENTA: Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse

⁴⁶ REsp 802.060/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 22/02/2010.

⁴⁷ BERTONCINI, Mateus. Crise da Jurisdição e a Resolução n. 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público: é possível o ajustamento de conduta em matéria de improbidade administrativa?. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552018000200063&script=sci_arttext>. Acesso em 14 de fevereiro de 2020.

⁴⁸ ROCHA, Marcelo Dantas; ZAGANELLI, Margareth Vetis. *O ajustamento de conduta em atos de improbidade administrativa: anacronismos na vedação da transação na lei brasileira*. Disponível em < <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/221/137>>. Acesso em 14 de fevereiro de 2020.

⁴⁹ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 1.São Paulo:Revista dos Tribunais, 2015, p. 717.

público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimateção deste interesse.”⁵⁰

É justamente por admitir a disponibilidade do direito material em jogo que o Termo de Ajustamento de Conduta obedece aos ditames e requisitos da transação, porquanto é incontestável que as partes interessadas na celebração do compromisso de ajustamento fazem concessões mútuas, a fim de evitarem ou terminarem a relação litigiosa.

Nesse alinhavar, a discussão acerca da disponibilidade ou não do direito material nos parece sem relevância prática, já que o TAC, em última instância, deve estar sempre alinhado com a supremacia do interesse público sobre o particular. De fato, o princípio da supremacia do interesse público, implícito na Carta de Política de 1988, e o microsistema de combate à corrupção evoluíram de tal forma que a negociação envolvendo direitos indisponíveis tornou-se possível e até imperiosa em numerosos casos.

Anteriormente à edição da Lei Anticrime, a formalização do TAC, em matéria de direito administrativo sancionador, foi devidamente examinada por André Sady e Rodrigo Azevedo Greco, segundo os quais:

“Cumpre destacar que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem admitido o encerramento de Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo Ministério Público em matéria ambiental, quando celebrados TACs durante o curso da ação judicial, sendo, nestes casos, a ação extinta com julgamento de mérito, nos termos do art. 269, III, do CPC (BRASIL, 2011, p. 404).

Por tais razões, entende-se possível a celebração de TACs que englobem não apenas os procedimentos sancionatórios em curso na esfera administrativa, mas também as ações judiciais envolvendo as multas aplicadas pelas agências reguladoras (execuções fiscais, anulatórias, mandados de segurança etc.), quando, em um juízo de conveniência e oportunidade, elas verificarem que o interesse público será mais bem atingido dessa forma do que mediante a arrecadação do valor da multa aplicada.”⁵¹

Assim sendo, a doutrina entendia que, mesmo se admitindo o encerramento de Ações Cíveis Públicas pela via do TAC, as cláusulas inseridas no ajuste não repercutiam no processo penal. Nessa mesma esteira, era a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao estabelecer

⁵⁰ RE 253885, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21-06-2002 PP-00118 EMENT VOL-02074-04 PP-00796.

⁵¹ GRECO; SADY, p. 187, 2015.

que a “assinatura do termo de ajustamento, in casu, não revela ausência de justa causa para a ação penal e, por ausência de previsão legal nesse sentido, não constitui causa de extinção da ilicitude da conduta potencialmente configuradora de crime ambiental.”⁵².

O Direito Penal, de outro canto, detinha, desde a lei 9.099/1995, a previsão de dois institutos que versam sobre a possibilidade de celebração de acordo, quais sejam: a transação penal e a suspensão condicional do processo, previstos, respectivamente, nos artigos 76 e 89 da mencionada lei. Fato é que ambos têm por consequência precípua a extinção da punibilidade, de sorte que seus efeitos não são meramente processuais, mas também de direito material. Há precedente do Superior Tribunal de Justiça a respeito do assunto:

“Tem-se, então, que a principal diferença entre a transação penal e a suspensão condicional do processo é que a primeira impede a própria instauração da ação penal pela aplicação imediata de pena restritivas de direitos ou multa, ao passo que na segunda tem-se a paralisação do prosseguimento de processo já existente, inclusive com denúncia recebida.

Contudo, em que pese a distinção apontada, observa-se que, quanto aos efeitos, os institutos em análise se aproximam.

A aceitação da transação não implica reincidência, bem como a imposição da sanção não consta de registros criminais, nem de certidão de antecedentes, salvo para impedir a nova concessão do benefício no prazo de 5 anos e, após o cumprimento dos seus termos, há a extinção da punibilidade.

De forma semelhante, ao final do período de prova do sursis processual sem que tenha havido revogação, o juiz declarará a extinção da punibilidade, que faz com que se considere o fato objeto do processo suspenso como nunca ocorrido na vida do acusado, ou seja, não se pode falar em reincidência ou maus antecedentes, por exemplo, já que não subsiste qualquer efeito penal.”⁵³

“À época da edição da Lei nº 8.429/1992, o sistema do Direito Penal brasileiro era avesso a qualquer solução negociada. Não por acaso, falava-se em indisponibilidade da ação penal e em indisponibilidade do objeto do processo penal. Sucede que, a partir de 1995, com a Lei nº 9.099/1995, instrumentos de justiça penal negociada começaram a ser previstos no Direito brasileiro. Desenvolveram-se técnicas de justiça penal consensual. São exemplos a transação penal (art. 76, Lei nº 9.099/1995) e a suspensão condicional do processo penal (art. 89, Lei nº 9.099/1995). Em ambos os casos, há negociação que produz consequências no âmbito do Direito Penal material. O processo penal também sofreu transformações com a ampliação das possibilidades de

⁵² REsp 1294980/MG, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA) DO TJ/PE. SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 18/12/2012

⁵³ REsp 1327897/MA, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016.

negociação entre autor e réu. A “colaboração premiada”, negócio jurídico material e processual previsto em algumas leis (embora prevista em diversas leis, a regulamentação mais completa está na Lei nº 12.850/2013) é o principal exemplo desse fenômeno. Ao lado da “colaboração premiada”, surgem institutos de compliance das empresas envolvidas, como é o caso do acordo de leniência (Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013).”⁵⁴

Nesse contexto, considerando que ambos os institutos implicam a extinção da punibilidade do agente, a conclusão inarredável é no sentido de que a natureza jurídica de ambos só pode ser de direito material. Aliás, Joel Dias Figueira Junior e Maurício Antônio Ribeiro Lopes⁵⁵ também caminham neste rumo, ao asseverarem que “a maioria da doutrina tende a classificar a transação como de natureza penal material, porque ela possibilita uma alteração na aplicação da pena, impedindo, ainda, o emprego da pena privativa de liberdade”.

Em relação aos efeitos jurídicos advindos da transação penal, o Pretório Excelso firmou as seguintes teses:

“Ementa: CONSTITUCIONAL E PENAL. TRANSAÇÃO PENAL. CUMPRIMENTO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITO. POSTERIOR DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE CONFISCO DO BEM APREENDIDO COM BASE NO ART. 91, II, DO CÓDIGO PENAL. AFRONTA À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CARACTERIZADA. 1. Tese: os efeitos jurídicos previstos no art. 91 do Código Penal são decorrentes de sentença penal condenatória. Tal não se verifica, portanto, quando há transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95), cuja sentença tem natureza homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências da homologação da transação são aquelas estipuladas de modo consensual no termo de acordo. 2. Solução do caso: tendo havido transação penal e sendo extinta a punibilidade, ante o cumprimento das cláusulas nela estabelecidas, é ilegítimo o ato judicial que decreta o confisco do bem (motocicleta) que teria sido utilizado na prática delituosa. O confisco constituiria efeito penal muito mais gravoso ao aceitante do que os encargos que assumiu na transação penal celebrada (fornecimento de cinco cestas de alimentos). 3. Recurso extraordinário a que se dá provimento.” (RE 795567, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-177 DIVULG 08-09-2015 PUBLIC 09-09-2015)

⁵⁴ DIDIER; BONFIM, 2016, p. 116.

⁵⁵ JÚNIOR, Joel Dias Figueira; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais: Lei 9.099, de 26.09.1995*. 2. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1997, p.506.

Volvendo ao pacote anticrime, forçoso reconhecer que a vontade do legislador se coadunou com a do proponente (Ministro da Justiça) do anteprojeto de lei, de modo que a modificação realizada pelo Legislativo, embora contenha elementos técnicos legislativos diversos, teve o mesmo efeito prático da proposta inicial. O que ocorreu foi a bifurcação da natureza jurídica da figura do instituto em comento: de um lado, expressa a colaboração premiada em ações ou investigações em improbidade administrativa, quando for decorrência de acordos celebrados em ações ou investigações penais; de outro, assume contornos de termos de ajustamento de conduta quando for celebrado independentemente de acordos pelos mesmos fatos na seara penal.

Vale registrar, outrossim, que três outras alterações foram realizadas pelo Poder Legislativo na proposta original. A primeira, que inseriu o §10-A ao artigo 17, para possibilitar a suspensão do prazo para contestação das ações por improbidade administrativa, caso as partes estejam em tratativas para acordo, pelo prazo de até 90 (dias), o que foi uma inovação em relação ao projeto originário, mas não significa que o acordo não possa ocorrer em fase ulterior à contestação; já a segunda, esta vetada pelo Presidente da República, que inseriria o artigo 17-A à lei 8.429/1992, para fixar uma série de critérios para efetivação do acordo de não persecução cível. Nas razões de seu veto (2019), o presidente alegou que:

“A propositura legislativa, ao determinar que caberá ao Ministério Público a celebração de acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa, contraria o interesse público e gera insegurança jurídica ao ser incongruente com o art. 17 da própria Lei de Improbidade Administrativa, que se mantém inalterado, o qual dispõe que a ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa pode ser proposta pelo Ministério Público e/ou pessoa jurídica interessada, leia-se, aqui, pessoa jurídica de direito público vítima do ato de improbidade. Assim, excluir o ente público lesado da possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível 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.”

Realmente, o fato de o novo artigo ser genérico traz consigo um sério problema. A nova lei apresenta tão somente uma autorização para que acordos sejam realizados. Será preciso, assim, regulamentar a questão, explicitando, sobretudo, como, onde e quando os acordos de não persecução poderão ser celebrados, em quais termos e quais requisitos deverão ser atendidos. A nosso sentir, ao menos em um primeiro momento, caberá à pessoa jurídica interessada (art. 17 da lei nº 8.429/1992), aos ministérios públicos estaduais e federal, além do Conselho

Nacional do Ministério Público, tratarem da regulamentação do assunto, evidentemente no estrito campo de suas competências. Enquanto não houver regulamentação, os acordos poderão ser desde logo realizados na perspectiva da discricionariedade administrativa e com base na doutrina e jurisprudência.

A propósito, o Ministério da Justiça e Segurança Pública editou a portaria nº 71, de 28 de fevereiro de 2020, com o desiderato de tratar de pontos atinentes à nova lei anticrime, autorizando “a formalização de termo de ajustamento de conduta nos processos administrativos sancionatórios, no âmbito da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública”. Em seu art. 4º, a aludida Portaria prevê a possibilidade de celebração do compromisso de ajustamento de conduta nas vias administrativa e judicial. Confira-se:

“Art. 4º A celebração de termo de ajustamento de conduta será possível em averiguações preliminares e em procedimentos sancionatórios instaurados contra fornecedores relativos a descumprimento de normas consumeristas.

§ 1º A celebração de termo de ajustamento de conduta será possível antes, durante ou após a conclusão do procedimento sancionatório, em primeira ou segunda instância administrativa, ainda que após o exaurimento da atuação decisória da Secretaria Nacional do Consumidor.

§ 2º Quando o compromisso de ajustamento de conduta for firmado no curso de ação judicial, estará sujeito à participação obrigatória da unidade contenciosa da Advocacia-Geral da União responsável pelo acompanhamento do processo e pela consequente homologação judicial.”

O Ministério Público do Estado do Ceará, ao lançar mão de Nota Técnica sobre o tema, registrou o seguinte no que tange ao veto presidencial:

“Registramos aqui nossa discordância, conforme a tendência da evolução jurídica já antes tratada e pelo fato de não haver explícita vedação, no PL proposto, à realização de acordo por parte de outras entidades. Por paralelismo das formas, no mínimo, os colegitimados para a propositura da AI (em regra, a própria entidade lesada) também o são para o manejo do Acordo, tanto quanto indubitavelmente já o são para a assinatura de TACs, nos termos da LACP. As razões foram além do que efetivamente seria regulado na proposta.”⁵⁶

⁵⁶ Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2020/02/11fev20_CAODPP_nota-tecnica-acordo-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-civel.pdf>. Acesso em 4 de março de 2020.

Nessa perspectiva, parece-nos recomendável que a já citada Resolução nº 179 do Conselho Nacional do Ministério Público possa ser considerada como paradigma normativo a ser seguido pelos legitimados a propor a ação de improbidade administrativa, com ajustes doutrinários e jurisprudenciais relevantes. Por exemplo, no tocante a determinadas exigências, essa Resolução certamente está defasada. O Ministério Público do Estado do Ceará, em sua Nota Técnica, também abordou o assunto da normatividade e utilização das Resoluções 179/2017 e 181/2017:

“De início, destacamos que as Resoluções dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público podem ser fontes primárias de normação. Isto foi bem assentado na ADC nº 12 MC13 (tese vencedora por ampla maioria). Exemplifica o relator Min. Aires de Britto como atos normativos primários e independentes de Lei em sentido estrito pelos mesmos regulamentada – pois estruturados a partir da linguagem do texto Constitucional: resoluções do Senado Federal (art. 52, VII, VIII e IX e art. 155, § 2º, V, alíneas a e b, todos da Constituição Federal); medidas provisórias (art. 62 da Constituição Federal); decreto — regulamento autônomo — (art. 84, VI, a da Constituição Federal); resolução do Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, II da Constituição Federal) e regimento internos dos tribunais (art. 96, I, alínea a da Constituição Federal). Veja-se um detalhe técnico importante: estes atos normativos podem ter natureza de ato normativo primário, ao disporem sobre competência e funcionamento dos órgãos jurisdicionais e administrativos de cada qual deles (CNJ – Tribunais; CNMP – MPs) ou de secundários, caso disponham sobre observância das normas de processo e das garantias processuais das partes. Neste último caso, somente podem subsistir se referentes à norma legal que os fundamenta e supera. Os Conselhos Nacionais, criados diretamente pela Constituição com a prerrogativa de editar estes instrumentos jurídicos podem inovar no ordenamento jurídico independentemente da existência de norma legal prévia específica, nos casos em que o fundamento de validade para edição de tais atos primários provenha da própria Carta Republicana.

(...)

O CNMP emitiu duas pertinentes Resoluções que, direta ou indiretamente, regulamentam a atuação do Ministério Público na busca dos Acordos de Não Persecução Cível – quando possíveis juridicamente – pois já mostramos serem politicamente desejáveis. Trata-se das Resoluções nº 179/2017 (TAC) e nº 181/2017 (PIC). Recomendamos a leitura atenta de ambas, facilmente acessíveis no portal eletrônico do CNMP. Resumimos seus ditames – no que interessam ao nosso objeto logo abaixo. Dada a semelhança com as disposições das tantas Resoluções dos MPs estaduais, didaticamente optamos nesta NT por fazer um resumo global de suas diretrizes, haja vista serem sempre complementares. Mister assim proceder, pois o Acordo de Não

Persecução é uma espécie do gênero Termo de Ajustamento de Conduta, com regramento comum, afora os limites específicos daquele (situações em que não é cabível). O regramento é em tudo semelhante.”⁵⁷

Como visto antes, os ministérios públicos estaduais e o próprio Conselho Nacional do Ministério Público já admitiam o acordo de não persecução cível em ações de improbidade. Somente a título exemplificativo, importante lembrar que o Ministério Público do Espírito Santo lançou mão da Resolução COPJ nº012⁵⁸ com previsão de autorização de celebração de termo de ajustamento de conduta na hipótese de ato de improbidade; procedimento semelhante foi adotado pelo “parquet” de Minas Gerais que, por meio da Resolução nº 03, de 23 de novembro de 2017, regulamentou o “Compromisso de Ajustamento de Conduta envolvendo hipóteses configuradoras de improbidade administrativa (definidas na Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992)”. Muitos outros Ministérios Públicos também o fizeram.

Outra questão a se resolver é também o veto ao que seria o artigo 17, §2º, do pacote anticrime, que previa a possibilidade de celebração de acordo em ações de improbidade em trâmite. O Presidente da República (*op.cit.*) expôs o seguinte argumento para o veto:

“A propositura legislativa, ao determinar que o acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade, contraria o interesse público por ir de encontro à garantia da efetividade da transação e do alcance de melhores resultados, comprometendo a própria eficiência da norma jurídica que assegura a sua realização, uma vez que o agente infrator estaria sendo incentivado a continuar no trâmite da ação judicial, visto que disporia, por lei, de um instrumento futuro com possibilidade de transação.”

A prevalecer o entendimento do Poder Executivo, seria conclusão lógica que o acordo de não persecução estaria vetado para ações que estejam em trâmite, embora não se possa extrair tal inferência da legislação em vigor. Ao revés, um acordo dessa magnitude estaria autorizado pelo artigo 17, §1º, da lei 8.429/1992 que não traz quaisquer ressalvas no que tange à possibilidade de transação nas ações em curso.

A par disso, se a intenção fosse impedir a celebração do acordo nas ações de improbidade já ajuizadas, o legislador deveria, expressamente, proibir tal prática. Não

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ “§10. É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado.”

vislumbramos, nesse alinhavar, qualquer óbice, de ordem legal ou hermenêutica, para que sejam realizados acordos nas ações em curso, máxime porque “é regra comezinha de interpretação legal a assertiva segundo a qual, onde o legislador não distingue, não cabe ao interprete fazê-lo” (EDcl no MS 22.157/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 14/03/2019, DJe 11/06/2019).

4. DA NÃO PERSECUÇÃO CIVIL E A LEI DE IMPROBIDADE EMPRESARIAL: TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E COLABORAÇÕES PREMIADAS

A previsão do instituto que permite a não persecução civil (art. 6º da Lei 13.964/2019) sobreveio explicitamente para atingir ações de improbidade administrativa, revogando o art. 17 da Lei 8429/92. Nesse cenário, cumpre lembrar que a legitimidade ativa, no âmbito administrativo, para celebrar acordos de leniência, está expressa na própria Lei 12.846/13, “*in verbis*”:

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

É verdade que, uma vez ajuizada a ação, em virtude de omissão da autoridade pública competente, a legitimidade ativa passa a ser da pessoa jurídica lesada ou do Ministério Público, a teor dos artigos 19 e 20 da Lei 12.846/13, *in verbis*:

“Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

Art. 20. Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.”

Uma vez proposta a ação de improbidade empresarial, caberá acordo por força do rito previsto na Lei da Ação Civil Pública (Lei 8.429/1992), que incorporou, para ações de direito administrativo sancionador, inclusive de improbidade empresarial, o disposto, por extensão,

do instituto da não persecução civil dos atos de improbidade. Não se trata, pois, de acordo de leniência, mas de termo de ajustamento de conduta, a ser celebrado em ação judicial.

Também é possível celebrar, em juízo ou fora dele, inclusive na esfera administrativa, por força do disposto no instituto da não persecução cível (art. 17, §1º, da Lei 8.429/1992), acordo de colaboração premiada em investigação ou processo baseado na Lei da Probidade Empresarial.

Como cediço, à luz da súmula 329 do Superior Tribunal de Justiça, “o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”. Entretanto, a possibilidade de defesa do patrimônio público em juízo não confere ao órgão ministerial a legitimidade para, isoladamente, dispor sobre os bens públicos na seara administrativa em que os acordos de leniência são negociados. É o que se depreende da dicção do art. 16, §10, da Lei Anticorrupção:

“Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

(...)

§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.”

Ao perscrutar os acordos de leniência pactuados no âmbito da operação Lava Jato pelo “parquet”, o TRF4 entendeu que a “legitimatio” para celebrá-los, na esfera da Administração Pública Federal, é exclusiva da Controladoria Geral da União (CGU). A ementa do julgado foi pautada pelas seguintes balizas:

“EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI ANTICORRUPÇÃO. MICROSSISTEMA. ACORDO DE LENIÊNCIA. VÍCIO DE COMPETÊNCIA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DETERMINADA. 1. A Lei nº 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção (LAC) estatuiu sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas de natureza privada pela prática de atos contrários aos interesses do Poder Público e sua administração, tanto nacionais quanto estrangeiras. 2. O Acordo de

Leniência pressupõe como condição de sua admissibilidade que a pessoa jurídica interessada em fazê-lo manifeste prima facie sua disposição, reconhecendo expressamente a prática do ato lesivo, cessando-o e prestando cooperação com as investigações, além de reparar integralmente o dano causado. 3. O Acordo de Leniência é uma espécie de colaboração premiada em que há abrandamento ou até exclusão de penas, em face da colaboração na apuração das infrações e atos de corrupção, justamente para viabilizar maior celeridade e extensão na quantificação do montante devido pelo infrator, vis-a-vis a lesão a que deu causa, ao tempo em que cria mecanismos de responsabilização de co-participantes, cúmplices normalmente impermeáveis aos sistemas clássicos de investigação e, por isso, ocultos. Esse o objetivo da norma e sua razão de ser, tendo por pano de fundo, obviamente, o inafastável interesse público. 4. Enquanto a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) busca, primordialmente, punir o agente público ímprobo, alcançando, eventualmente, o particular, a Lei Anticorrupção (LAC) tem por objetivo punir a pessoa jurídica envolvida em práticas corruptas, podendo também, em sentido inverso, identificar agentes públicos coniventes, levando-os, por consequência, para o campo de incidência da LIA. 5. Não há antinomia abrogante entre os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.249/1992 e o artigo 1º da Lei nº 12.846/2013, pois, naquela, justamente o legislador pátrio objetivou responsabilizar subjetivamente o agente ímprobo, e nesta, o mens legislatoris foi a responsabilização objetiva da pessoa jurídica envolvida nos atos de corrupção. 6. No entanto, há que se buscar, pela interpretação sistemática dos diplomas legais no microsistema em que inserido, como demonstrado, além de unicidade e coerência, atualidade, ou seja, adequação interpretativa à dinâmica própria do direito, à luz de sua própria evolução. 7. Por isso, na hipótese de o Poder Público não dispor de elementos que permitam comprovar a responsabilidade da pessoa jurídica por atos de corrupção, o interesse público conduzirá à negociação de acordo de leniência objetivando obter informações sobre a autoria e a materialidade dos atos investigados, permitindo que o Estado prossiga exercendo legitimamente sua pretensão punitiva. 8. Nem seria coerente que o mesmo sistema jurídico admita, de um lado, a transação na LAC e a impeça, de outro, na LIA, até porque atos de corrupção são, em regra, mais gravosos que determinados atos de improbidade administrativa, como por exemplo, aqueles que atentem contra princípios, sem lesão ao erário ou enriquecimento ilícito. 9. Esse o contexto que levou o legislador a prestigiar o acordo de leniência tal como hoje consagrado em lei, quando abrandou ou excluiu sanções à pessoa jurídica que, em troca de auxílio no combate à corrupção, colabora com as investigações e adota programas de compliance e não reincidência na prática de atos corruptivos, desde que confirmada a validade do acordo de leniência. 10. A autoridade competente para firmar o acordo de leniência, no âmbito do Poder Executivo Federal é a Controladoria Geral da União (CGU). 11. Não há impedimentos para que haja a participação de outros órgãos da administração pública federal no acordo de leniência como a Advocacia Geral da União, o Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas da União, havendo,

portanto, a necessidade de uma atuação harmônica e cooperativa desses referidos entes públicos. 12. O acordo de leniência firmado pelo Grupo Odebrecht no âmbito administrativo necessita ser re-ratificado pelo ente competente, com participação dos demais entes, levando-se em conta o ressarcimento ao erário e a multa, sob pena de não ensejar efeitos jurídicos válidos. 13. Enquanto não houver a re-ratificação do acordo de leniência, a empresa deverá permanecer na ação de improbidade, persistindo o interesse no bloqueio dos bens, não porque o MP não pode transacionar sobre as penas, mas porque o referido acordo possui vícios que precisam ser sanados para que resulte íntegra sua validade, gerando os efeitos previstos naquele ato negocial. 14. Provido o agravo de instrumento para determinar a indisponibilidade de bens das empresas pertencentes ao Grupo Odebrecht.”⁵⁹

Com efeito, a legitimidade dos diversos órgãos e entidades públicas e da CGU, esta no espectro do Executivo Federal, é consequência lógica do art. 16, §10, da Lei 12.846/2013.

Não obstante, até para preservar a higidez do microssistema de combate à corrupção, o TRF4 entendeu que o acordo de leniência celebrado unicamente pelo órgão ministerial não estaria viciado, na hipótese de o órgão competente (no caso, a CGU) o ratificasse. O posicionamento é louvável, na medida em que, no campo do direito administrativo, o vício de competência, via de regra, descortina-se convalidável⁶⁰.

Importante anotar, ainda, que, de acordo com a Corte Regional, nada impede que o ente legitimado atue em conjunto com os demais outros órgãos da Administração ou com o próprio Ministério Público. A cooperação entre os órgãos deve ser incentivada, a fim de que o acordo transmita maior conforto jurídico às partes acordantes. O que não se revela crível, assevere-se, é a CGU, no âmbito federal, ser alijada do processo de negociação.

Dessa maneira, se o Ministério Público possui a legitimidade para atuar como defensor do patrimônio público (súmula 329 do STJ), bem como para propor a ação civil pública, mostra-se aconselhável que possa participar, conjuntamente com a CGU e com os demais legitimados, do processo de negociação dos acordos de leniência, mormente se considerarmos os potenciais efeitos penais que podem decorrer de tal modalidade de transação.

Nesse quadro, tendo em vista que a razão ontológica da criação do acordo de leniência, insculpido no art. 16 da Lei nº 12.846/2013, deriva do fato de o Estado ser ineficiente no

⁵⁹ TRF4, AG 5023972-66.2017.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 24/08/2017.

⁶⁰ Art. 55 da Lei 9.784/1999. No mesmo sentido, o STJ ao julgar, em 25/05/2016, o MS 14.181/DF, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO.

combate à criminalidade, nada mais razoável que a legislação viesse a prever a legitimidade concorrente entre os diversos órgãos e entidades que integram a estrutura do Estado e o Ministério Público, de modo a conferir maior grau de segurança jurídica ao instituto.

5. SOBRE A PERDA ALARGADA DE BENS: BREVES REFLEXÕES

De outro giro, a nova lei também traz hipótese da chamada perda alargada de bens, que acaba sendo outra consequência civil da condenação criminal, uma vez que permite o perdimento de bens que tenham uma relação direta ou indireta com o cometimento do crime, além de possibilitar a destinação desses bens para o patrimônio dos estados e da União. O instituto, introduzido no Código Penal, alarga a possibilidade do confisco penal, de ordem a viabilizar o perdimento de todos os bens que não guardem coerência com os rendimentos lícitos do condenado. Para melhor compreensão do tema, cumpre transcrever o conteúdo do artigo 91-A do Código Penal:

“Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º Para efeito da perda prevista no caput deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e

II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

§ 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

§ 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.

§ 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

§ 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em

favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.”

Logo, e é por isso que se diz que o ponto acaba por ter consequências cíveis e administrativas, todo e qualquer patrimônio que tenha sido objeto de enriquecimento ilícito poderá ser alvo de perdimento, independentemente de sua relação direta com o delito ou ilícito apurado no processo específico, pois pode haver um beneficiamento indireto. No entanto, a pessoa pode mostrar que o patrimônio tem origem lícita. Evidentemente que o perdimento só será decretado, após obedecidos o contraditório e a ampla defesa, intimando-se o acusado para se manifestar nos termos no artigo 91-A, §2º, do Código Penal.

Por certo que essa inovação, a exemplo de outros pontos da nova lei, demandará maturação jurídica, notadamente a partir da interpretação que será conferida pelos pretórios pátrios. Isso porque a perda alargada não encontrou terreno pacífico na doutrina, como se observa do posicionamento de Juarez Cirino dos Santos e June Cirino dos Santos (2015), ao comentarem o ainda anteprojeto anticrime:

“A perda para o Estado do produto ou de qualquer proveito do crime, prevista no art. 91, II, b, do Código Penal, é legítima pela relação causal provada entre crime e lucro, demonstrada pela autoria e materialidade do fato punível. Mas a hipótese de perda da diferença entre (a) o patrimônio total do condenado e (b) o patrimônio demonstrado, pelo condenado, como produto de rendimentos lícitos ou fontes legítimas, é fundado em presunção legal, porque inverte o ônus da prova, rompendo um princípio fundamental do processo penal: a prova dos fatos imputados pertence à acusação, incumbindo à defesa apenas criar uma dúvida razoável, obrigando à decisão segundo o princípio da presunção de inocência, expresso na máxima *in dubio pro reo*. Nessas condições, o anteprojeto introduz uma legalidade penal em conflito com a legitimidade jurídica da medida, em contradição com o princípio da presunção de inocência e seu corolário do *in dubio pro reo*, subvertendo a lógica da própria economia de mercado, segundo a qual se presume a licitude do patrimônio privado dos cidadãos, até prova em contrário produzida pelos órgãos do Estado, especialmente por meio do Ministério Público. Num país caracterizado pela cultura e pelo mercado informal de trabalho, em que a propriedade de coisas móveis é transferida pela simples tradição, a inversão do ônus da prova do Estado para o condenado, além de contrariar princípios do processo civil e, em especial, do processo penal, pode criar dificuldades ou obstáculos intransponíveis para o cidadão, especialmente quando está em jogo ou está privado de um bem maior: a liberdade.”

No entanto, cumpre lembrar que na teoria da improbidade administrativa já estava assentada a possibilidade da uma espécie de perda alargada, na medida em que os bens do ímprobo responderiam pela indenização patrimonial independentemente de sua vinculação direta à lesão ao erário. Orientando-se pelo mesmo norte, é iterativa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁶¹:

“(...) o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacificado de que a medida de indisponibilidade, 'por ser medida de caráter assecuratório, deve incidir sobre quantos bens se façam necessários ao integral ressarcimento do dano, levando-se em conta, ainda, o potencial valor de multa civil, excluindo-se os bens impenhoráveis'(...)”

Assentadas tais premissas, o perdimento alargado de bens, por atingir diretamente a esfera patrimonial do acusado, somente será legítimo se calcado em provas robustas do enriquecimento ilícito. Meros indícios, a toda evidência, não têm o condão de justificar a adoção de medida tão gravosa, sob pena de grave violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da não culpabilidade. Em duas obras distintas, tivemos a oportunidade de defender a observação do princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência no direito administrativo sancionador. Confira-se:

“A regra do *in dubio pro reo* possui mais clara aplicação no processo penal, revelando-se de alcance mais restrito no terreno do Direito Administrativo Sancionador. Sem embargo, todo e qualquer procedimento punitivo resulta, em alguma medida, atrelado ao princípio da defesa e à presunção de inocência. (...) Para que se assegure uma razoável defesa ao imputado, necessário garantir a possibilidade de que não haja presunções absolutas em seu desfavor. Tal exigência vigora no campo administrativo. É certo que não há, de qualquer sorte, uma regra absoluta de que toda e qualquer dúvida, no plano processual ou procedimental, deva resolver-se em favor do acusado, no terreno administrativo. Importante desde logo efetuar algumas distinções. (...)”⁶²

“Não há dúvida de que se deve aquilatar com muita racionalidade essa modalidade de comportamento do enriquecimento sem causa aparente. Somente situações absurdas ou abertamente incompatíveis têm de ser corrigidas e censuradas à luz da LGIA. Outras situações haverão de merecer um exame preliminar mais cauteloso, pois não se pode

⁶¹ AgInt no REsp 1778880/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/12/2019, DJe 17/12/2019.

⁶² *Direito Administrativo Sancionador*. 6.ed. São Paulo:Thomson Reuters Brasil, 2019, p.446.

trabalhar com presunções contrárias à presunção de inocência, fora marcos interpretativos razoáveis.”⁶³

Nesse contexto, sob a ótica da produção e da cognição probatória, a perda alargada, tanto no crime quanto na improbidade administrativa, denota a necessidade da chamada tutela de evidência, que, na jurisprudência,⁶⁴ tem sido aplicada da seguinte forma:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS. DISPENSA DA COMPROVAÇÃO DO PERICULUM IN MORA.

1. Esta Corte Superior possui entendimento no sentido de que a decretação de indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade constitui tutela de evidência, dispensando a comprovação de periculum in mora. É suficiente para o cabimento da medida, portanto, a demonstração, numa cognição sumária, de que o ato de improbidade causou lesão ao patrimônio público ou ensejou enriquecimento ilícito, o que ocorreu na espécie.

(.....).

3. A medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o periculum in mora se encontra implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa.

4. Agravo interno a que se nega provimento.”

De fato, o novo Código de Processo Civil trouxe, como inovação, a possibilidade da concessão da tutela de evidência⁶⁵. A propósito, diferentemente da tutela de urgência, a tutela

⁶³ *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública; corrupção; ineficiência*. 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p.387.

⁶⁴ AgInt no REsp 1631700/RN, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 6/2/2018, DJe 16/2/2018

⁶⁵ “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.”

de evidência, que não tem caráter urgente, pode ser concedida, em ações civis públicas de improbidade administrativa, quando amparada, por exemplo, em fundadas provas documentais do ato ímprobo.

Percebe-se, portanto, que, tendo embasamento para indisponibilidade de bens na tutela de evidência, a restrição dos bens do infrator está umbilicalmente ligada à qualidade da prova acostada aos autos e no alto grau de probabilidade do direito invocado na ação de improbidade.

De maneira similar à tutela de evidência, a perda alargada de bens, no processo penal, transfere ao órgão acusador o ônus de apresentar provas irrefutáveis de que os bens do réu foram originados da prática criminosa. Daí que, na hipótese de deficiência probatória ou em havendo dúvidas acerca da licitude patrimonial, é de rigor a manutenção da higidez do patrimônio do acusado, na fase de oferecimento da denúncia, não podendo vigorar o *in dubio pro societate* para decretação dessa espécie de medida cautelar.

6. DO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO NAS TRANSAÇÕES ORIUNDAS DE ACORDO DE COLABORAÇÃO, ACORDO DE LENIÊNCIA OU TAC

A importância do ressarcimento do dano causado ao erário deflui do próprio texto constitucional, a teor do que prescreve o art. 37, § 4º e 5º, da Magna Carta⁶⁶. Disciplinando a questão, o art. 5º da Lei 8.429/1992 registra 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.” Sabe-se que o ressarcimento não é sanção, mas uma medida reparadora, conforme sustentamos desde 1999⁶⁷.

Ao analisar o assunto, o Pretório Excelso firmou a seguinte compreensão:

“A norma constitucional prevista no § 4º do art. 37 exigiu tratamentos sancionatórios diferenciados entre os atos ilícitos em geral (civis, penais e político-administrativos) e os atos de improbidade administrativa, com determinação expressa ao Congresso Nacional para edição de lei específica (Lei 8.429/1992), que não punisse a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para a

⁶⁶ “Art. 37 (...)”

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

⁶⁷ Direito Administrativo Sancionador, 1ª edição.

corrupção, e a de todo aquele que o auxilie, no intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado e de evitar o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência.”⁶⁸

Demais disso, o STF, ao julgar o RE 852475, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, entendeu que são “imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”. Ou seja, os demais atos – que não os dolosos de improbidade – são todos prescritíveis.

No que atine à necessidade de ressarcimento ao erário, a jurisprudência do STJ vem trilhando o seguinte rumo:

“(…) 14. O STJ tem assentado o entendimento de que o ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência incontornável do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.570.402/SE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 3/4/2018; REsp 1.302.405/RR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/3/2017.”⁶⁹

Não se tratando de típica sanção, entendemos que o ressarcimento integral ao erário não necessita figurar como cláusula obrigatória nas transações levadas a efeito pelos órgãos legitimados.

A corroborar tal ilação, as leis que integram o microssistema de combate à corrupção não exigem o ressarcimento integral ao erário como condição “sine qua non” para a celebração do acordo de colaboração, do acordo de leniência ou mesmo do Termo de Ajustamento de Conduta.

Com efeito, a colaboração premiada, como visto anteriormente, tem o escopo precípua de permitir que o poder público tome conhecimento de informações desconhecidas relacionadas à autoria e à materialidade da infração penal, não havendo previsão na legislação de regência que condicione o acordo ao ressarcimento integral do dano eventualmente causado ao

⁶⁸ RE 976566, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-210 DIVULG 25-09-2019 PUBLIC 26-09-2019

⁶⁹ REsp 1761202/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 11/03/2019)

patrimônio público. O descobrimento do esquema criminoso, nessa perspectiva, é o mote a ser perseguido no acordo de colaboração.

No que concerne ao acordo de leniência, o legislador optou por não eximir a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado (art. 16, § 3º, da Lei 12.846/2013). Tal exigência, contudo, não se confunde com os requisitos para celebração da citada transação, à vista do que reza o art. 16, § 1º, da Lei 12.846/2013.

Conforme se infere da Nota Técnica 001/2017-5ª CCR do MPF:

“(…) o objetivo fundamental da leniência é angariar provas e não obter ressarcimento (ao menos no momento em que realizado o acordo).” Portanto, o pagamento em dado caso concreto, pode ser apenas um adiantamento de caráter parcial do ressarcimento, que não dá quitação e não é requisito do próprio acordo. (...) A recomposição do dano não constitui sanção ou pena, mas obrigação legal, no campo da responsabilidade civil.”⁷⁰

De igual modo, a cláusula de ressarcimento, à míngua de previsão legal, não é requisito obrigatório para a pactuação do Termo de Ajustamento de Conduta. Afinal, o próprio Mazzilli recorda:

“O objeto do compromisso de ajustamento pode versar qualquer obrigação de fazer ou não fazer, no zelo de quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, o que inclui, basicamente a proteção a danos efetivos ou potenciais aos seguintes interesses: a) meio ambiente; b) consumidor; c) ordem urbanística; c) patrimônio cultural (bens e valores artísticos, estéticos, turísticos, paisagísticos, arqueológicos, históricos); d) ordem econômica e a economia popular; e) crianças e adolescentes; f) idosos; f) pessoas portadoras de deficiência; g) investidores no mercado de valores mobiliários; h) quaisquer outros interesses transindividuais.”⁷¹

Realmente, condicionar a pactuação da delação premiada, do acordo de leniência ou do TAC ao ressarcimento integral do dano equivaleria a esvaziar os institutos em tela, situação que, à evidência, caminha na contramão dos princípios constitucionais da eficiência, da proporcionalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular.

⁷⁰ NOTA TÉCNICA N° 1/2017 - 5ª CCR, págs. 9, 10 e 21.

⁷¹ MAZZILLI, 2006, p. 3.

Nada obsta que o acordo de colaboração ou de leniência contenha cláusula específica consistente no ressarcimento dos danos provocados em face do patrimônio público, desde que as partes acordantes convençionem nesse sentido.

O que não é crível, à luz dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da eficiência, é a existência de cláusula que desobrigue o infrator de ressarcir o erário, sem qualquer justificativa. Evidente que tampouco seria crível um acordo atenuando ou isentando um investigado ou réu de cumprir sanções, sem que houvesse contrapartidas proporcionais e eficazes em prol do interesse público. De fato, no ajuste das cláusulas que integrarão a colaboração premiada, o acordo de leniência ou o TAC, jamais se negociará a obrigação de ressarcimento ao erário sem razoabilidade ou proporcionalidade.

A quantificação do ressarcimento, por outro lado, nem sempre é tarefa fácil. Um dano provocado em um veículo de determinado órgão público se afigura simples de quantificar. No entanto, prejuízos contra o meio ambiente ou contra a boa governança no setor público se revelam sobremaneira difíceis de mensurar. A busca incansável pelo ressarcimento integral do dano, por óbvio, deve ser perseguida. Contudo, é preciso ter em mente que a discussão afeta ao “quantum debeatur” não pode se traduzir em obstáculo intransponível à celebração de qualquer avença.

Não raras as vezes, a mensuração do dano é feita por estimativa e pode depender de diversificadas metodologias de cálculos. Como não se trata de sanção, a ressalva que se pode fazer é no sentido da independência das instâncias que não estão colegitimadas na ação. É dizer, os Tribunais de Contas não ficam vinculados a um acordo de colaboração premiada, TAC ou acordo de leniência, obviamente.

Não se pode olvidar que a possibilidade de demonstração do dano ao erário por estimativa é admitida pelo STJ, senão vejamos:

“DIREITO SANCIONADOR. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MEDIDA ACAUTELATÓRIA DE INDISPONIBILIDADE DE BENS DO ACIONADO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO VALOR DEVIDO A SER BLOQUEADO. IMPOSSIBILIDADE DE INDISPONIBILIDADE DO VALOR TOTAL DO CONTRATO, QUANDO A CORTE DE ORIGEM RECONHECE QUE GRANDE PARTE DO SERVIÇO FOI EFETIVAMENTE PRESTADO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL PROVIDO, PARA AFASTAR A INDISPONIBILIDADE

DE BENS DECRETADA, POR AUSÊNCIA DE APURAÇÃO DO EVENTUAL DANO AO ERÁRIO. 1. A indisponibilidade deve estar adstrita ao dano efetivamente causado, ou seja, o atraso na prestação do serviço, e não em todo o contrato, sob pena da Municipalidade se enriquecer ilicitamente, haja vista que foi reconhecida a prestação do serviço. O bloqueio patrimonial do acionado em abstrato, sem nenhuma prévia apuração de qual seria o valor do eventual dano, constitui um rematado abuso de poder, porquanto se está constringendo valores positivos, sem que se tenha ideia alguma, sequer por estimativa, de qual seria a expressão quantitativa do dano a ser oposto.”⁷²

“(…) 4. No caso em concreto, o acórdão recorrido expressamente consignou a presença de fortes indícios de conduta de improbidade administrativa. O indeferimento da medida constritiva pelo Tribunal Regional Federal a quo foi fundamentado na impossibilidade de quantificação do dano naquela hipótese. 5. Tal fundamento não pode servir de justificativa para o indeferimento da medida constritiva. Isso porque foi apresentada estimativa de dano na petição inicial, que pode ser utilizado como parâmetro para definir a extensão da medida constritiva. Eventuais excessos no deferimento da medida por ser objeto de alegação a posteriori, pelos Requeridos. Precedentes: REsp 1161631/SE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 24/08/2010; REsp 1313093/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 18/09/2013.”⁷³

A tutela ao patrimônio público, em relação à finalidade buscada, não pode ser deficitária, nem, tampouco, excessiva, a ponto de inviabilizar a transação. Cabe, assim, ao ente legitimado, em um juízo de ponderação, sopesar, no caso concreto e como medida excepcional, se o ressarcimento, ainda que parcial, está em consonância com o melhor interesse da sociedade.

Nessa linha de raciocínio, o microsistema de combate à corrupção deve ser interpretado sistematicamente, tendo como vetor maior as premissas insculpidas na Carta Política de 1988, notadamente a proporcionalidade, a supremacia do interesse público sobre o particular e a eficiência. Uma exegese restritiva do referido microsistema comprometeria sua efetividade, o que culminaria por favorecer os infratores em detrimento da coletividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁷² AREsp 752.686/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 06/06/2018

⁷³ AgInt no REsp 1567584/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 23/02/2017

As mudanças debatidas no bojo do presente ensaio são parte de uma adaptação a uma nova realidade jurídica e social. O clamor social, como não poderia deixar de ser, foi ouvido pelo legislador que, sensibilizado, aprovou a lei nº 13.964/2019, no afã de aprimorar os institutos de combate à corrupção.

Nesse contexto, entendemos que a inovação da não persecução cível tem por escopo melhorar o procedimento apuratório dos atos de improbidade administrativa e empresarial, tornando-o mais célere e eficaz. A positivação da transação na Lei nº 8.429/1992, com reflexos na Lei 12.846/13, além de conferir incontestável segurança jurídica ao jurisdicionado, permitirá que esquemas deletérios ao erário sejam descobertos, medida que, em última instância, caminha na contramão da impunidade.

O diálogo entre os diversos ramos do direito, além de trazer coesão ao sistema jurídico-penal, também se descortina insofismável, de maneira que a celebração do acordo de colaboração premiada poderá conter cláusula específica impedindo a não persecução na área cível. O contrário também é verdadeiro: o acordo de não persecução cível, na forma regradada pelo art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa, pode dispor acerca da não persecução na seara criminal. E tal previsão acarreta consequências diretas na Lei 12.846/13, na medida em que ambas as Leis possuem a mesma natureza jurídica de direito administrativo sancionador e tutelam os mesmos bens jurídicos.

A natureza de direito material dos acordos de não persecução é também incontestável, uma vez que têm como consequência direta a revisão (ou até mesmo extinção) da punibilidade, em diversos aspectos, tais como multas, direitos políticos, proibição de contratar com a Administração, dentre outros. A própria colaboração premiada, como demonstramos, é instituto de finalidades processuais, mas de consequências jurídicas de natureza material, o que adquire maior peso na configuração de sua natureza jurídica. A essência do instituto é calculada em razão dos efeitos que produz e do regime jurídico que atrai.

O fato de ostentar funcionalidades processuais, ou ser celebrada num processo, não torna a colaboração premiada, ou o termo de ajustamento de conduta, numa ferramenta de direito processual. Os destinatários desses instrumentos pretendem negociar o que? O objeto da negociação é, fundamentalmente, o direito material, e não o direito processual. O centro das negociações reside no campo do direito material, daí porque aí se encontra o ponto fulcral do

instituto bifronte: de um lado, é colaboração premiada; de outro, é termo de ajustamento de conduta.

O sistema de negociação jurídica no Brasil teve uma evolução considerável da década de 1990 até os dias atuais. Começamos timidamente com o surgimento dos Termos de Ajustamento de Conduta, as parcas negociações previstas nas leis daquele período (lavagem de dinheiro, lei de proteção a testemunhas e vítimas ameaçadas, dentre outras), as negociações processuais típicas e atípicas e os institutos da transação e da suspensão condicional do processo previstos na lei 9.099/1995. Também vivenciamos um período em que não era possível a celebração de TAC quando em voga os denominados direitos indisponíveis, o que restou superado pelas leis, doutrina e jurisprudência. Como se percebe, a novel legislação (Lei Anticorrupção, Lei 12.850/2013, o Código de Processo Civil de 2015, Lei 13.964/2019) é fruto de um inegável avanço do sistema jurídico de negociação processual, que culminou com a formação de um microsistema de combate à corrupção.

No que concerne ao ressarcimento ao erário nas transações derivadas de acordo de colaboração, acordo de leniência e TAC, a tutela ao patrimônio público deve ser a mais efetiva possível, motivo pelo qual compete ao ente legitimado, com supedâneo no princípio da proporcionalidade, sopesar, na situação concreta, se o ressarcimento, mesmo que parcial, está em conformidade com o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Em arremate, acreditamos que caberá à jurisprudência definir os limites para a aplicação da perda alargada de bens, pois há uma linha sobremaneira tênue que a separa da ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da não culpabilidade. É preciso garantir sua observância, desde que em estrita consonância com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Comentários ao anteprojeto de lei anticrime*. Bahia: juspodivm, 2019.

ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração Premiada: O novo paradigma do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: M Mallet Editora, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Quem está preso pode delatar?* 26/10/2015. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/311381311/BADARO-Gustavo-Quem-Esta-Preso-Pode-Delatar-jota-Copiar>>. Acesso em 10/02/2020.

BERTONCINI, Mateus. *Crise da Jurisdição e a Resolução n. 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público: é possível o ajustamento de conduta em matéria de improbidade administrativa?*. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552018000200063&script=sci_arttext>. Acesso em 14 de fevereiro de 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONFIM, Daniela Santos; DIDIER, Freddie. *A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa*. 2017. Disponível em <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/475/637>>. Acesso em 30/01/2020.

_____. *Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. Vol. 62, 2016.

BRANDÃO, Nuno; CANOTILHO, J. J. Gomes. *COLABORAÇÃO PREMIADA: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE OS ACORDOS FUNDANTES DA OPERAÇÃO LAVA JATO*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 133. Ano 25. Pp. 133-171. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário oficial da União de 31 de dezembro de 1940.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário oficial da União de 13 de outubro de 1941 e retificado em 24 de outubro de 1941.

BRASIL. Lei nº 870, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário oficial da União de 17 de março de 2015.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Diário oficial da União de 3 de junho de 1992.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Diário oficial da União de 24 de dezembro de 2019, edição extra.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Diário oficial da União de 2 de agosto de 2013.

BRASIL. Mensagem de veto nº 726, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm>. Acesso em 30/01/2020.

BRASIL. Recurso Especial: 1572000/SP. Relator Ministro Herman Benjamin. Diário de justiça de 30 de maio de 2016.

BRASIL. Recurso Especial: 802.060/RS. Relator Ministro Luiz Fux. Diário de Justiça de 22 de fevereiro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: 802.060/RS. Relator Ministro Luiz Fux. Diário de justiça eletrônico de 22 de fevereiro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial: 1778880/SP. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Benedito Gonçalves. Diário de justiça eletrônico de 17 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial: 1631700/RN. Relator Ministro Og Fernandes. Diário de justiça de 16 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial: 1.293.624/DF. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Diário de justiça eletrônico de 19 de dezembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Proposta de afetação no Recurso Especial: 1.502.635/PI. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Diário de justiça eletrônico de 19 de dezembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em recurso extraordinário. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Diário de justiça eletrônico de 6 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no inquérito 4.420. Relator Ministro Gilmar Mendes. Diário de justiça eletrônico de 12 de setembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus: 127.483. Relator Ministro Dias Toffoli. Diário de justiça eletrônico de 3 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: 253885. Relatora Ministra Ellen Gracie. Diário de justiça de 21 de junho de 2002.

BORRI, Luiz Antônio; SOARES, Rafael Junior. *A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Porto Alegre: 2017.

CABRAL, Antônio do Passo. *Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro*. Disponível em: <https://www.academia.edu/41504237/Pactum_de_non_petendo_a_promessa_de_n%C3%A3o_processar_no_direito_brasileiro>. Acesso em 11/02/2020.

CASTRO, Renato de Lima. *Colaboração Premiada e Improbidade Administrativa: Aspectos Fundamentais*. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1246489/Renato_de_Lima_Castro.pdf>. Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017. Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>>. Acesso em 30/01/2020.

DIDIER, Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. 1.ed. Juspodivm, 2018.

DIDIER, Fredie; BONFIM, Daniela Santos; *A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa*. Ano 17, nº 67, Belo Horizonte, 2017, ISSN 1516-3210.

FARIA, Antônio Celso Campos de Oliveira. *Colaboração Premiada e Lei de Improbidade Administrativa*. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Congresso%20PatPublico/Teses/COLABORA%C3%87%C3%83O%20%20PREMIADA%20E%20LEI%20DE%20IMPROBIDADE%20ADMINISTRATIVA.docx>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

GOMES, Luiz Flávio. *Há diferença entre colaboração e delação premiada?* 02/12/2014. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ha-diferenca-entre-colaboracao--e-delacao-premiada/14756>>. Acesso em 10/02/2020.

GRECO, Rodrigo Azevedo; SADY, André. *Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios*. Revista de Informação Legislativa. Vol. 52, n. 206. Ano 2015.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JÚNIOR, Joel Dias Figueira; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais: Lei 9.099, de 26.09.1995*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.506.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZILLI, Hugo Nigro. *COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público*. Revista de Direito Ambiental. Vol. 41, Ano 2006.

MEDINA, Fábio Osório. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública; corrupção; ineficiência*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____. *Direito Administrativo Sancionador*. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. *Corrupción y Mala Gestión de la Res Publica: el problema de la improbidad administrativa y su tratamiento en el Derecho Administrativo Sancionador Brasileño*. Revista de Administración Pública, v. 149, mayo-ago1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42.ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

Ministério Público do Estado do Ceará. NOTA TÉCNICA Nº 01/2020. ORIENTAÇÃO TÉCNICA SOBRE APLICABILIDADE DE ACORDOS DE NÃO-PERSECUÇÃO CÍVEL EM PROCEDIMENTOS EXTRAJUDICIAIS E PROCESSOS JUDICIAIS CONFORME A LEI 13.964/2019, SUAS FORMALIDADES, OS CUIDADOS ESPECIAIS À LUZ DO INTERESSE PÚBLICO E DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. Disponível em:

<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2020/02/11fev20_CAODPP_nota-tecnica-acordo-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-civil.pdf>. Acesso em 4 de março de 2020.

Ministério Público do Estado do Espírito Santo. RESOLUÇÃO COPJ Nº 012. Altera a resolução nº 006, de 8 de agosto de 2014, do Colégio de Procuradores de Justiça - COPJ do Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Disponível em: <<https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Anexos/fccf9a2e-06df-4afa-86ab-486a4f897461.pdf>>. Acesso em 31/01/2020.

Ministério Público do Estado de Minas Gerais. RESOLUÇÃO CSMP N.º 3, DE 23 DE NOVEMBRO DE 2017. Regulamenta, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o Compromisso de Ajustamento de Conduta envolvendo hipóteses configuradoras de improbidade administrativa (definidas na Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992). Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/files/diariooficial/DO-20171129.PDF>>. Acesso em 31/01/2020.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. *Delação premiada: Aspectos jurídicos*. 2.ed. São Paulo: leme, 2016.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe. *Improbidade e transação são institutos excludentes?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-07/opiniaio-improbidade-transacao-sao-institutos-excludentes>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas: volume 2*. 12ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Parecer nº, de 2019, da Comissão de Constituição e Cidadania, sobre o projeto de lei nº 6341, de 2019, PL nº10.372, de 2018, na origem, do Deputado José Rocha e outros, que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8053095&ts=1578319198278&disposition=inline>>. Acesso em 30/01/2020.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROCHA, Marcelo Dantas; ZAGANELLI, Margareth Vetis. *O ajustamento de conduta em atos de improbidade administrativa: anacronismos na vedação da transação na lei brasileira*. Disponível em <<http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/221/137>>. Acesso em 14 de fevereiro de 2020.

SANTOS, Juarez Cirino; SANTOS, June Cirino. *Reflexões sobre o confisco alargado*. Dezembro de 2015. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5679-Reflexoes-sobre-confisco-alargado>. Acesso em 30/01/2020.

TALAMINI, Eduardo. *Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/228734/um-processo-pra-chamar-de-seu-nota-sobre-os-negocios-juridicos-processuais>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2020.