

O Consenso em Matéria de Improbidade Administrativa: Limites e Controvérsias em torno do Acordo de não Persecução Cível Introduzido na Lei N° 8.429/1992 pela Lei N° 13.964/2019

Humberto Dalla Bernardina de Pinho¹

Resumo

Esse artigo tem como objetivo apresentar a evolução da legislação brasileira quanto a possibilidade de uso de meios consensuais em matéria de improbidade administrativa (Lei n° 8.429/92). Serão examinadas as ferramentas judiciais e extrajudiciais, a partir do estudo de todas as normas editadas sobre o assunto, até o advento do acordo de não persecução cível, introduzido em nosso ordenamento pela Lei n° 13.964/2019.

Palavras-chave: acordo; não persecução; improbidade; administrativa.

Abstract

This article aims to present the evolution of Brazilian legislation regarding the possibility of using consensual means in matters of administrative improbity (Law No. 8,429 / 92). Judicial and extrajudicial tools will be examined, from the study of all the rules published on the subject, until the advent of the civil non-prosecution agreement, introduced in our system by Law No. 13.964 / 2019.

Keywords: agreement; non-persecution; improbity; administrative.

¹ Promotor de Justiça e Assessor Internacional do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Professor Titular de Direito Processual Civil na UERJ, IBMEC e Estácio e Professor Emérito e Diretor Acadêmico da FEMPERJ. E-mail: humbertodalla@gmail.com

Em sua redação original, o art. 17, §1º da Lei nº 8.429/92 vedava a transação, acordo ou conciliação nas ações destinadas a se apurar a prática de ato de improbidade praticados por qualquer agente público.

Contudo como veremos a seguir, essa redação foi drasticamente alterada pela Lei nº 13.964/2019. Assim, o dispositivo passou a ter a seguinte dicção:

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

No entanto, antes de ingressar na temática do acordo de não persecução civil, é imprescindível, para entender melhor o cenário atual, fazer uma pequena digressão e examinar algumas outras leis que levaram, direta ou indiretamente, a essa radical mudança.

Nesse sentido, registre-se que a Lei de Mediação, no art. 36, §4º, abre a possibilidade de, “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 (...)”, o que jogou novas luzes sobre a redação original do art. 17, §1º da Lei de Improbidade Administrativa.

Na verdade, antes mesmo da Lei de Mediação, diversos autores nacionais já se debruçaram sobre a questão do cabimento do acordo em matéria de improbidade, divergindo acerca de seu alcance e extensão².

Nesse sentido, parecia razoável sustentar que o que a lei quis rechaçar foram os acordos sobre os patamares sancionatórios dos atos praticados.

Como argumento de reforço, podia-se apontar, ainda, o art. 26 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-lei

² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Acordos Materiais e Processuais nas Ações Cíveis Públicas Fundadas Em Atos De Improbidade Administrativa *In*: Coletivização e Unidade do Direito, Londrina: Toth, 2019, p. 283.

4657/42)³, inserido pela lei 13.655/18, que traz previsão geral de um compromisso de adequação ao direito público⁴.

Dizia-se, a propósito, que as recentes modificações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro teriam implicado a revogação da redação original do art. 17, §1º, já que a LINDB passou a prestigiar a eficiência administrativa, mediante ampla possibilidade de tomada de compromisso dos interessados (art. 26)⁵.

Como se pode perceber, mesmo em tema tão sensível, os autores já vinham numa clara tendência de flexibilizar o conceito de indisponibilidade material do direito, o que vem ao encontro das considerações expostas⁶.

Após o advento da lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção –, a permissão de se firmar acordos de leniência parece apontar mais claramente à possibilidade de flexibilização da vedação original constada do art. 17, §1º⁷.

³ Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no *caput* deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; II – (VETADO); III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

⁴ Enunciado nº 130 do V Fórum do Poder Público (Art. 26, LINDB). O art. 26 da LINDB prevê cláusula geral estimuladora da adoção de meios consensuais pelo Poder Público e, para sua aplicação efetiva e objetiva, recomenda-se a produção de repositório público de jurisprudência administrativa. (Grupo: Meios Consensuais e Poder Público). Enunciado aprovado no V Fórum do Poder Público. Disponível em http://www.pge.pe.gov.br/mobile.aspx?1608_enunciados_aprovados_no_v_forum_nacional_do_poder_publico_sao_publicados, acesso em 10 de dezembro de 2019.

⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. Manual de Mediação e Arbitragem. São Paulo: SaraivaJur, 2019, p. 192.

⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras Reflexões sobre os Impactos do novo CPC e da Lei de Mediação no Compromisso de Ajustamento de Conduta. In: *Revista de Processo*, vol. 256. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016.

⁷ A Lei foi regulamentada pelo Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Texto disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em 15 de junho de 2016.

A sistemática original da lei nº 12.846/2013 ainda foi modificada pela Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015. No que tange aos requisitos do acordo de leniência, foi eliminada a restrição que impunha que apenas poderia ser beneficiada a primeira pessoa jurídica a se manifestar sobre o interesse em cooperar, o que abria o caminho para que outras sociedades, que atuaram em conluio, também fizessem acordos.

Ademais, dispunha que o acordo também afastaria as sanções restritivas ao direito de licitar e contratar, não estando limitado àquelas previstas na lei nº 8.666/1993, o que permite que a pessoa jurídica continue a manter relações jurídicas com a pessoa de direito público anteriormente lesada.

Ainda estabelecia que a mera proposta de acordo de leniência suspenderia os prazos prescricionais dos atos ilícitos, enquanto a sua celebração continuaria a interrompê-los.

Contudo, o prazo de vigência da referida MP foi encerrado no dia 29 de maio de 2016, sem conversão em lei, conforme dispôs o Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 27, de 27 de maio 2016⁸.

Por essa e outras razões, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou desfavoravelmente à possibilidade de (suspensão do processo para tentativa de) realização de acordo em ação de improbidade administrativa⁹.

⁸ Informação disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Congresso/adc-027-mpv703.htm, acesso em 16 de julho de 2016.

⁹ Prevalece em nosso sistema jurídico o princípio da especialidade, segundo o qual, diante de um eventual conflito aparente entre normas, a lei especial deverá prevalecer em relação à norma geral. (...) 3. É inviável o acolhimento do pedido de suspensão do processo, a fim de que sejam buscados os meios de compensação da conduta ímproba praticada, à luz da Lei 13.655/2018, uma vez que deve prevalecer a regra especial contida no art. 17, §1º, da Lei 8.429/1992. 4. Na forma da jurisprudência do STJ, “tratando-se de ação de improbidade administrativa, cujo interesse público tutelado é de natureza indisponível, o acordo entre a municipalidade (autor) e os particulares (réus) não tem o condão de conduzir à extinção do feito, porque aplicável as disposições da Lei 8.429/1992, normal especial que veda expressamente a possibilidade de transação, acordo ou conciliação nos processos que tramitam sob a sua égide (art. 17, § 1º, da LIA)” (REsp 1.217.554/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/08/2013).

Contudo, importante registrar que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a repercussão geral da validade de transação em improbidade no ARE 1.175.650/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 25/04/2019, tema 1.043, ainda pendente de julgamento¹⁰.

Não custa lembrar que o acordo de leniência, no atual ordenamento brasileiro, está previsto em três leis específicas: Lei nº 12.529/2011 (Lei do Cade), Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), e Lei nº 13.506/2017 (Proc. Adm. Sancionador/ BACEN/CVM)

O art. 16 da Lei Anticorrupção prevê que 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, sendo certo que, de acordo com o §10 desse dispositivo, 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.

Para tanto, exige que essas pessoas colaborem efetivamente com as investigações, sendo que dessa colaboração deve resultar:

5. Tendo o Tribunal de origem firmado a compreensão no sentido de que as nomeações efetuadas pelo ora agravante acarretaram indevido aumento de despesa com pessoal, sem planejamento orçamentário e financeiro - sendo certo que tal conduta tinha por finalidade última prejudicar a gestão de seu sucessor, causando-lhe desgaste político, o que caracteriza desvio de finalidade, eis que sua atuação não visava atender o interesse público, mas interesses pessoais -, a revisão de tais conclusões demandaria novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. 6. O dissídio jurisprudencial não foi comprovado na forma exigida pelos art. 1.029. §1º, do CPC/15 e 255, §§1º e 2º, do RISTJ. Com efeito, a parte agravante apontou como paradigma julgado que não guarda similitude fática com a matéria ora apreciada. 7. Agravo interno improvido (AgInt no REsp 1654462/MT, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 07/06/2018).

¹⁰ 1. 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.” (ARE 1.175.650/PR, Plenário, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 25/04/2019)

a) a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

b) a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Ainda, segundo o parágrafo primeiro desse dispositivo, para a celebração do acordo, a pessoa jurídica deve, cumulativamente:

a) ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

b) cessar completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

c) admitir a sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo.

Importante ressaltar que o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado (§3º), embora possa isentá-la das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19, bem como reduzir em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável (§ 2º). Ainda nessa linha, o art. 18 da lei esclarece que na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.

Por fim, na forma do §4º, o acordo de leniência deverá estipular as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo e sua celebração interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos na lei (§9º).

Contudo, para trazer todos os elementos ao exame apropriado, é necessário retornar ao ano de 2017 quando foi editado outro importante ato normativo pelo CNMP. Trata-se da Resolução nº 179/2017, que regulamenta a tomada do compromisso de ajustamento de conduta no âmbito do Ministério Público.

Nesse sentido, o *caput* do art. 1º da normativa estabelece que o TAC é um “*instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o*

Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração”.

A questão mais relevante para o nosso estudo pode ser encontrada no § 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”.*

Aqui é necessário ressaltar que o art. 12 da lei nº 8.429/1992, prevê a seguintes sanções para os atos de improbidade, a serem aplicadas cumulativa ou alternadamente:

- a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio;
- b) ressarcimento integral do dano;
- c) perda da função pública;
- d) suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos;
- e) pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial;
- f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais pelo prazo de dez anos.

O parágrafo único do art. 12 estabelece que o magistrado deve levar em conta a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente, ao fixar o patamar da sanção.

Tais parâmetros, a nosso ver, devem igualmente ser utilizados na dosimetria das sanções negociadas no TAC, bem como controlados pelo magistrado, no momento de homologar ou não o acordo.

Nesse ponto, deve ser aplicado, por analogia, o disposto no §8º do art. 4º da lei nº 13.850/2013, acima referido, observada a restrição imposta pela Lei nº 13.964/2019, ou seja, o magistrado pode devolver a proposta de acordo, mas não mais “adequá-la ao caso concreto” como antes autorizava o dispositivo.

Idealmente, deveria o magistrado designar audiência para a homologação do acordo, caso veja a necessidade de compreender melhor os termos da proposta. Isso é uma decorrência do princípio da colaboração e do contraditório participativo (arts. 6º e 10 do CPC), a exemplo do que ocorre por ocasião do saneamento compartilhado (art. 357, §3º, também do CPC). Contudo, importante registrar que não há previsão legal expressa para realização de audiência de conciliação na sistemática da Lei nº 8.429/92.

E aqui retomamos a questão da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, para abordar apenas o ponto que nos interessa nesse momento, ou seja, o acordo de não persecução penal, que passa a constar da redação do art. 28-A¹¹, agora inserido no Código de Processo Penal.

¹¹ “Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. §1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o *caput* deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. §2º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica

Ocorre que esse Diploma trata, também, das ações de improbidade, ao prever a alteração do art. 17 da Lei de Improbidade, que passa a adotar a seguinte redação:

“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).

Importante notar que ao examinarmos o Projeto de Lei nº 10.372/2018, observa-se a inexistência, redação original do texto

ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. §3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. §4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. §5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. §6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. §7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o §5º deste artigo. § 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. §9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. §10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. §11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. §12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do §2º deste artigo. §13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. §14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.”

encaminhado pelo Min. Alexandre de Moraes, de qualquer dispositivo alusivo à Lei de Improbidade¹².

Outro ponto que merece destaque é o fato de o Chefe do Executivo, por meio da Mensagem nº 726/2019, ter vetado diversos dispositivos da Lei nº 13.964/2019, inclusive o art. 17-A, que justamente disciplinava de forma mais detalhada essa nova modalidade de acordo¹³. O texto vetado trazia a seguinte redação:

Art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados:

I - o integral ressarcimento do dano;

II - a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados;

III - o pagamento de multa de até 20% (vinte por cento) do valor do dano ou da vantagem auferida, atendendo a situação econômica do agente.”

§1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.

§2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade.

§3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.

§4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.

§5º Cumprido o disposto no §4º deste artigo, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.

¹² Conferir a tramitação no sítio da Câmara dos Deputados, no seguinte endereço: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2019/lei-13964-24-dezembro-2019-789639-norma-pl.html>

¹³ Não custa lembrar que as disposições referentes ao acordo de não persecução cível estão em plena vigência, eis que não foram abrangidas pela decisão liminar proferida pelo Min. Luiz Fux, no exercício da Presidência do STF, nos autos da Adin 6.299/DF, em 15 de janeiro de 2020 (Informações disponíveis em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>, acesso em 30 de janeiro de 2020).

O principal motivo da revogação, como expressamente admitido pela Chefia do Executivo nas razões¹⁴, foi manter a coerência com a sistemática da legitimidade conferido pelo legislador às ações de improbidade, já que o art. 17, *caput*, dispõe poderem ajuizar tais demandas o Ministério Público e a Pessoa Jurídica de Direito Público interno.

Contudo, lendo de forma mais detida o dispositivo, verifica-se que o veto foi equivocadamente. Em nenhum momento o legislador restringiu a legitimidade. Na verdade, apenas frisou-se que nos acordos propostos pelo M.P., devem ser observados certos parâmetros. Aliás, tais parâmetros já haviam sido mencionados pelo CNMP na Resolução nº 179/2017. Ademais, no acordo de não persecução penal, há parâmetros expressamente indicados.

Ainda num viés crítico, percebemos que o veto apostado ao §2º desse mesmo art. 17-A pareceu inócuo já que o §10 inserido no art. 17 prevê, expressamente, a possibilidade de consenso no curso da demanda.

Por outro lado, o legislador foi omissivo quanto a diversas questões relevantes, como por exemplo:

¹⁴ Nas razões de veto foram invocados os seguintes argumentos: “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.” Com relação, especificamente, o §2º, foram apresentadas as essas razões: “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.”

1. O acordo é cabível antes e durante a ação de improbidade? Numa interpretação literal, o cabimento se daria apenas no curso da ação, porém faria muito mais sentido que o instituto fosse utilizado, justamente, antes da demanda.

2. Admitindo-se o cabimento do acordo antes do ajuizamento, haveria a necessidade de submetê-lo à homologação judicial, tendo em vista a natureza indisponível do direito (art. 3, §2º da Lei de Mediação)? Ou seria o caso de se aplicar o art. 32, §3º, também da Lei de Mediação, que dispensa a homologação, já que considera o acordo um título executivo extrajudicial?

3. Não sendo proposto o acordo antes do ajuizamento (ou mesmo sendo proposto e não aceito) poderá ser proposto (ou aceito) no curso da ação? Não custa lembrar que esse ponto foi especialmente mencionado no veto apostado pelo Chefe do Poder Executivo.

4. Na ação de improbidade ajuizada pela pessoa de direito público, caso esta proponha o acordo e o MP se manifeste contrariamente, como deverá proceder o magistrado?

5. Como serão examinados os “antecedentes” do réu / investigado? E se ele já tiver aceito um acordo de não persecução penal? E se ele já tiver aceito outro acordo de não persecução cível? É possível usar os mesmos “parâmetros” previstos do art. 28-A do CPP, adaptando-se o que for cabível?

6. Seria possível, na hipótese de concomitância de crime e ato de improbidade a partir do mesmo fato, celebrar acordo de não persecução cível e penal, no mesmo instrumento (observada, obviamente, a divisão de atribuições dos diversos órgãos do MP e o Princípio do Promotor Natural)? Ou, retornando ao ponto do Acórdão do STF, acima referido, que reconheceu repercussão geral, seria possível propor o acordo de não persecução cível após a celebração de colaboração premiada?

7. Aliás, como o novo dispositivo simplesmente não menciona mais a figura do TAC (apesar da Resolução nº 179/2017 do CNMP

não ter sido revogada e, ainda, dos termos do art. 36, §4º da Lei de Mediação – não obstante a jurisprudência do STJ ser amplamente contrária), haveria, ainda, possibilidade de utilização do TAC antes ou durante a ação de improbidade?

8. Finalmente, nesse sentido, quais seriam as diferenças em termos de sanções impostas, entre o acordo de não persecução cível e o compromisso de ajustamento de conduta?

Diante de todas essas questões, não custa fazer uma breve retrospectiva da evolução legislativa para, na sequência, oferecer algumas possíveis soluções.

A. A Lei nº 8429/92 vedava, expressamente, qualquer possibilidade de acordo em ação de improbidade (redação original do art. 17, §1º).

B. O advento das Lei 12.846 e 12.850, ambas de 2013, iniciaram um processo de mudança de mentalidade na doutrina, embora a jurisprudência do STJ continuasse firme no sentido do não cabimento do TAC em matéria de improbidade.

C. A Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) passa a prever, expressamente, em seu art. 36, §4º, o acordo mesmo em casos de improbidade, desde que sujeito a homologação judicial.

D. A Resolução nº 179/2017 do CNMP autoriza expressamente o uso do TAC em casos de improbidade e, até o momento, não foi revogada e nem ostenta incompatibilidade expressa com a nova Lei.

E. A Lei nº 13.964/2019 modificou completamente o sentido do §1º do art. 17 da Lei de Improbidade, sem, no entanto, se referir ao TAC.

F. A mesma Lei nº 13.964/2019 insere o §10-A no art. 17 da Lei de Improbidade e utiliza a expressão genérica “havendo a possibilidade de solução consensual”, sem repetir a denominação “acordo de não persecução cível”, o que poderia indiciar que outras ferramentas de obtenção de consenso poderiam ser cabíveis.

Diante dessa breve evolução legislativa, permanecem, ainda sem resposta diversas questões. A busca de soluções adequadas perpassa, necessariamente, pela observância dos seguintes elementos:

a) A inovação legislativa, ainda que lacunosa, que cria mas não regulamenta o acordo de não persecução cível;

b) A normativa do CNMP acerca do cabimento do TAC, que permanece em vigor;

c) A jurisprudência restritiva do STJ quanto ao cabimento de TAC em ações de improbidade; e

d) A repercussão geral reconhecida pelo STF acerca da possibilidade de abertura de algum espaço de consenso nessas demandas.

Nesse sentido, apresentamos algumas considerações conclusivas acerca da matéria:

(i) É cabível o TAC em inquéritos civis ou procedimentos preparatórios instaurados para investigar atos de improbidade (Resolução nº 179/2017 do CNMP), já que com o veto integral ao art. 17-A, e a manutenção do §10-A no art. 17, há previsão, apenas, para essa solução consensual (acordos de não persecução cível) no curso da ação de improbidade.

(ii) Os TAC's judiciais realizados em matéria de improbidade administrativa, antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, são válidos e não devem ser desconstituídos diante da nova lei, já que se enquadram na categoria de ato jurídico perfeito.

(iii) Por outro lado, ações ajuizadas antes da vigência da Lei comportam acordo de não persecução cível, observada a regra geral do art. 1.046, *caput*, do CPC, mesmo que já ultrapassada a fase de contestação, tendo em vista a diretriz geral do art. 139, V, também do CPC.

(iv) No curso de ações de improbidade administrativa já sob a vigência da Lei nº 13.964/2019 será possível, apenas, a celebração do acordo de não persecução cível, que dependerá, necessariamente da homologação judicial, na forma do 487, III do CPC c/c com art. 17,

§10-A da nova legislação, aplicando-se, ainda, por analogia, o art. 36, §4º da Lei nº 13.140/2015.

(v) A oportunidade do consenso é possível independentemente da audiência do art. 334 do CPC. O procedimento não prevê a realização dessa audiência, mas tão somente o pedido de interrupção do prazo de contestação, por período não superior a noventa dias. Todavia, sustentamos que, a despeito da omissão legal, podem as partes requerer a designação, ou mesmo o magistrado pode, *ex officio*, designar o ato, com o objetivo de avaliar juntamente com as partes, os detalhes do acordo, embora, tecnicamente, não seja o caso nem de conciliação e nem de mediação.

(vi) Caso o magistrado não concorde com o acordo (parcial ou totalmente) não pode ele fazer ajustes ou emendas ao texto. Poderá, tão somente, recusar a homologação, adotando a mesma sistemática aplicável aos acordos de colaboração premiada, sobretudo em razão da alteração imposta pela Lei nº 13.964/2019 ao §8º do art. 4º da lei nº 13.850/2013, e observando-se, ainda, o art. 28-A, §5º do CPP. Contudo, a recusa não importa em rejeição absoluta, na medida em que fica facultado às partes a possibilidade de renegociar os termos e apresentar uma nova proposta.

(vii) Partindo-se da premissa de que o acordo é cabível apenas na fase judicial, há legitimidade concorrente para a sua proposta (MP e pessoa de direito público lesado). Contudo, idealmente, ambas as instituições devem participar das negociações e o acordo só deve ser assinado no caso de haver concordância entre elas. Havendo divergência entre os legitimados, parece-nos mais adequado que o acordo não seja celebrado por apenas um deles. Isso porque, se de um lado, a pessoa lesada tem melhores condições para aferir a extensão do dano ao erário, o MP detém um volume maior de informações, sobretudo quanto à existência de procedimentos criminais, dados sigilosos e operações ainda em fase organização (e que não podem ser reveladas prematuramente), mas que indicam o não preenchimento das condições subjetivas por parte do réu.

(viii) Entendemos, dessa forma, que não seria possível a coexistência do acordo de não persecução cível e do TAC judicial em matéria de improbidade administrativa, sob pena de *bis in idem*. Ademais, devem ser aplicados os princípios da posterioridade e da especialidade, em se tratando da referida Lei nº 13.964/2019. Nesse sentido, a fim de conferir maior segurança jurídica, é desejável a edição de novo ato normativo pelo CNMP, resguardada a atribuição concorrente dos Conselhos Superiores de cada MP.

(ix) Havendo concomitância de procedimentos criminal e de improbidade, relativos ao mesmo fato, parece mais adequado realizar acordo único de não persecução, com efeitos criminais e cíveis, observando-se, naturalmente, as regras do juiz e do promotor natural. Isso trará como consequência, na maioria dos casos, a necessidade de obter a concordância de mais de um órgão de execução, salvo a hipótese de serem criadas forças tarefas ou grupos especializados com atribuição sancionadora (cível e criminal).

(x) Contudo, o legislador, numa interpretação literal, não exige a confissão do réu para a celebração do acordo de não persecução cível (mantendo coerência com a sistemática do TAC), ao contrário do que se dá no acordo de não persecução penal (art. 28-A, *caput* do CPP). Ademais, segundo o que se tem sustentado aqui, o acordo de não persecução cível só teria cabimento no curso da ação de improbidade, ao contrário do seu equivalente criminal, que deve ser acionado antes do ajuizamento da ação penal. Essas duas circunstâncias trazem dificuldades operacionais à realização de ambos os acordos num mesmo instrumento.

(xi) A celebração exclusiva do acordo de não persecução cível não projeta efeitos e nem vincula as instâncias criminal e administrativa, devendo ser aplicável, por analogia, o disposto no art. 1º, §3º da Resolução nº 179/2017 do CNMP.

(xii) Com relação aos antecedentes do réu e a demonstração das chamadas condições subjetivas para a aceitação do acordo, uma importante questão se coloca: a pré-existência de outro acordo, seja de não persecução cível, não persecução criminal, transação penal ou suspensão condicional do processo, a menos de cinco anos, deve impedir a celebração do acordo de não persecução cível? Em outras palavras, deve ser aplicado, por analogia, o art. 28-A, §2º do CPP c/c art. 76, §2º, II da Lei nº 9.099/95? Pensamos que não, diante da falta de embasamento legal e, sobretudo, tendo em vista que as normas restritivas de direito não devem ser interpretadas de forma extensiva.

(xiii) Diante do veto ao art. 17-A que se pretendia inserir na LIA, parece-nos devem ser aplicados, por analogia, os parâmetros fixados pelo CNMP, no art. 1º, §2º da Resolução nº 179/2017, ou seja, a exigência de ressarcimento integral ao erário acompanhada de uma ou mais das sanções previstas no art. 12 da LIA.

(xiv) Havendo necessidade de fiscalização das condições impostas no acordo de não persecução cível (obrigações que demandam maior prazo para integral cumprimento – por exemplo pagamento parcelado de multa), devem ser aplicadas, por analogia, as disposições dos arts. 9º e 10 da Resolução nº 179/2017, devendo o magistrado suspender o processo e apenas homologar o acordo quando todas essas condições tiverem sido integralmente cumpridas.

(xv) Finalmente, há necessidade urgente de regulamentação do acordo de não persecução cível, diante do veto ao art. 17-A que seria introduzido na LIA. Nesse sentido, deveria ser editado Decreto regulamentador pelo poder Executivo, ou mesmo a modificação da Resolução nº 179/2017 do CNMP, a fim de disciplinar a matéria em âmbito institucional.

Referências

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FARIAS, Bianca Oliveira de. Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na Lei de Improbidade Administrativa e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública. *In: Temas de Improbidade Administrativa*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Acordos em Litígios Coletivos: Limites e Possibilidades do Consenso em Direitos Transindividuais após o Advento do CPC/2015 e da Lei de Mediação. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v.19, p.118 - 148, 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 73, ago./set. 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais**. Curitiba: CRV, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo**, 2ª edição, São Paulo: SaraivaJur, 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de Mediação e Arbitragem**. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Acordos Materiais e Processuais nas Ações Cíveis Públicas Fundadas em Atos de Improbidade Administrativa *In: Coletivização e Unidade do Direito*, Londrina: Thoth, 2019, p. 279-302.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Diálogos sobre o Código de Processo Civil: Críticas e Perspectivas *in: Limites e Possibilidade do Acordo em Direitos Indisponíveis: Exame do Art. 3º, §2º da Lei nº 13.140/2015*, Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019, p. 169-178.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras Reflexões sobre os Impactos do novo CPC e da Lei de Mediação no Compromisso de Ajustamento de Conduta. *In: Revista de Processo*, vol. 256. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. **Manual de Tutela Coletiva**, São Paulo: Saraivajur, 2020 (no prelo).