



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL EM MATÉRIA DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA E A LACUNA LEGISLATIVA DECORRENTE DO VETO
PRESIDENCIAL Nº 726/2019

Rodrigo Lourenço Canosa

Rio de Janeiro
2020

RODRIGO LOURENÇO CANOSA

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL EM MATÉRIA DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA E A LACUNA LEGISLATIVA DECORRENTE DO VETO
PRESIDENCIAL Nº 726/2019

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2020

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL EM MATÉRIA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A LACUNA LEGISLATIVA DECORRENTE DO VETO PRESIDENCIAL Nº 726/2019

Rodrigo Lourenço Canosa

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogado.

Resumo – a possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível, prevista pela Lei Anticrime, colocou fim à antiga discussão acerca da autocomposição em matéria de improbidade administrativa. Não obstante, o veto presidencial ao que seria o artigo 17-A da Lei de Improbidade Administrativa deixou o referido instrumento negocial sem a sua devida disciplina legal. O objetivo do trabalho, portanto, é suprir a lacuna normativa existente, estabelecendo parâmetros materiais e procedimentais para a celebração do acordo de não persecução cível de modo a garantir a segurança jurídica e os interesses das partes envolvidas na avença

Palavras-chave – Direito Administrativo. Improbidade Administrativa. Acordo de Não Persecução Cível.

Sumário – Introdução. 1. O acordo de não persecução cível em uma perspectiva histórica. 2. A legitimidade para a celebração do acordo de não persecução cível e a problemática dos conflitos institucionais. 3. O conteúdo do acordo de não persecução cível e a necessidade de controle pelo Poder Judiciário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda o acordo de não persecução cível recentemente introduzido ao nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019. Procura-se definir os parâmetros procedimentais e materiais para a celebração do acordo, suprimindo a lacuna legal existente, de modo a garantir a segurança jurídica da avença, sem prejuízo aos interesses envolvidos no acordo.

A Lei Anticrime teve como escopo valorizar as técnicas de solução consensual de conflitos, pondo fim à divergência doutrinária e jurisprudencial existente acerca da possibilidade de aplicação de instrumentos negociais em matéria de improbidade administrativa. Para tanto, a Lei Anticrime alterou a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), cuja redação original vedava expressamente a autocomposição em ação de improbidade administrativa, de modo a admitir o acordo de não persecução cível.

Contudo, em que pese tenha autorizado a autocomposição em matéria de improbidade administrativa, a Lei Anticrime não trouxe uma disciplina legal mínima para a celebração do

acordo. Com efeito, a norma aprovada pelo Congresso Nacional foi objeto de veto presidencial em relação ao que seria o novo artigo 17-A da Lei nº 8.429/92, cujo teor trazia o regramento para a realização desse novo negócio jurídico.

Nesse contexto, busca-se suprir a lacuna legal, interpretando o novo instituto à luz dos objetivos da Lei de Improbidade e de outros instrumentos consensuais existentes no âmbito do Direito sancionador, especialmente o acordo de leniência (Lei nº 12.846/2013) e o acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A) de modo a produzir uma solução que permita a autocomposição em matéria de improbidade, em conformidade com o interesse público envolvido e com as garantias individuais do acordante.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando um panorama geral da evolução legislativa que culminou na criação do instituto do acordo de não persecução cível. Pondera-se que a clássica corrente doutrinária que sustenta a impossibilidade de autocomposição em matéria de improbidade administrativa, fundada em uma suposta incompatibilidade entre o princípio da indisponibilidade do interesse público e os instrumentos de consensualidade, encontra-se superada diante das facilidades conferidas pelas novas técnicas negociais na tutela dos interesses difusos.

No segundo capítulo, busca-se definir a legitimidade para a celebração do acordo de não persecução cível, dentro do atual contexto de divergências institucionais, sustentando-se a necessidade de concertação de vontades entre os legitimados para garantir um mínimo grau de segurança jurídica ao conteúdo do acordo.

O terceiro capítulo analisa o conteúdo do acordo de não persecução cível, abordando as condições obrigatórias e facultativas da avença, e a forma do controle de sua legalidade. Procura-se explicitar a necessidade de formação de título executivo judicial para a exequibilidade do acordo e o papel fundamental do Poder Judiciário no controle do ato negocial, dentro de parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, rejeitando-se acordos abusivos ou insuficientes para a tutela dos interesses envolvidos.

Esta pesquisa adota uma abordagem qualitativa, valendo-se o pesquisador da análise da bibliografia selecionada e da legislação pertinente ao tema, e possui objetivo essencialmente explicativo, consubstanciado na demonstração das razões que sustentam a tese aqui exposta.

1. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL EM UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA

Inicialmente, para uma melhor compreensão do tema aqui estudado, faz-se necessária uma apresentação da evolução histórica dos instrumentos de solução consensual em matéria de improbidade administrativa, uma vez que a validade desses ajustes sempre foi controvertida no Direito brasileiro em razão da indisponibilidade do interesse público protegido.

A matéria de improbidade administrativa no Brasil é regida pela Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992¹, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, cujo teor traz a definição dos atos de improbidade administrativa, o procedimento para a sua apuração e as sanções legais cabíveis.

Nas lições de Carvalho Filho², a ação de improbidade administrativa tem por escopo preservar a moralidade administrativa, mediante o reconhecimento judicial de condutas ímprobas perpetradas por administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação das sanções legais.

Por moralidade administrativa, prevista como princípio geral da administração pública pelo artigo 37 da Constituição Federal, entende-se o dever imposto ao administrador público de observar os preceitos éticos de honestidade e probidade em sua conduta, seja na relação entre Administração e administrados em geral, seja na relação entre Administração e seus agentes públicos³.

Em sua redação original, o artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade vedava expressamente qualquer forma de negociação. Como ensina Elton Venturi⁴, a proibição tinha razão de ser no fato de o legislador, à época da elaboração da norma, ter entendido que o direito difuso protegido não se coadunaria com a possibilidade de autocomposição, em razão de sua natureza indisponível.

Dessa forma, somente a aplicação integral das sanções legais preveniria e reprimiria de maneira suficiente a violação ao interesse público, consubstanciado na moralidade administrativa.

Não obstante, antes da edição da Lei de Improbidade, já se vivenciava no âmbito da

¹ BRASIL. *Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 14 mai. 2020.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, [e-book].

³ Ibid.

⁴ VENTURI, Elton. *Transação de direitos indisponíveis?*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4597236/mod_resource/content/0/TRANSACAO_DE_DIREITOS_INDISPONIVEIS%20-%20Elton%20Venturi.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2020.

tutela coletiva uma outra experiência jurídica, marcada pela valorização dos meios consensuais de solução de conflitos.

Com efeito, já constava do artigo 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 — Lei da Ação Civil Pública⁵, incluído pela Lei nº 8.078/90, a possibilidade de celebração de compromisso de ajustamento de conduta entre o órgão público legitimado (compromitente) e o interessado (compromissário) para a solução de conflitos envolvendo direitos metaindividuais, sem a necessidade de propositura de uma ação judicial para tanto.

Com a reforma da Administração Pública promovida pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, inseriu-se entre os princípios gerais da Administração Pública o princípio da eficiência, compreendido pela doutrina⁶ como a determinação ao administrador público de melhor realizar a tutela dos interesses públicos, garantindo-se a maior satisfação dos administrados com o menor ônus para a coletividade.

Em razão da alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 19/1998, assistiu-se à edição de diversas leis prevendo instrumentos de justiça consensual como alternativa ao método heterocompositivo então vigente, marcado pela burocracia e pela conseqüente morosidade na solução dos litígios.

Nesse sentido, foram editadas a Lei nº 12.846/2013 — Lei Anticorrupção, a Lei nº 13.140/2015 — regulando a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, e a Lei nº 13.655/2018, conferindo à autoridade administrativa a possibilidade de celebrar compromisso com os particulares para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do Direito Público.

A adoção dos meios negociais para a solução de litígios não se limitou apenas ao âmbito do Direito Administrativo. Na esfera penal, foi editada a Lei de Organizações Criminosas, Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, prevendo a possibilidade de celebração de acordo de colaboração premiada, instrumento de justiça consensual e meio de obtenção de prova que concede ao colaborador, após cumpridos os termos da avença, a redução da pena ou mesmo a extinção da punibilidade.

Com o surgimento desses novos diplomas legais, parcela da doutrina⁷ passou a sustentar a necessidade de revisão da Lei de Improbidade Administrativa, como forma de se harmonizar o sistema jurídico, uma vez que não seria coerente vedar a autocomposição em

⁵ BRASIL. *Lei nº 7.347* de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 14 mai. 2020.

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 36. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, [e-book].

⁷ CARVALHO FILHO, op. cit.

matéria de improbidade administrativa e, simultaneamente, admiti-la no campo do Direito Penal, ramo que cuida dos ilícitos mais graves do ordenamento jurídico.

Não obstante às críticas produzidas pela doutrina, a jurisprudência do STJ⁸ rejeitava a possibilidade de negociação em demanda de improbidade administrativa em razão da vedação expressa em lei, advertindo, ainda, que o direito explicitado na Lei nº 8.429/1992, por ser indisponível, não poderia ser objeto de negociação.

Essa controvérsia culminou na recente alteração promovida pela Lei nº 13.964, conhecida como Lei Anticrime, publicada em 24 de dezembro de 2019, que modificou a redação do artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa, de modo a reconhecer a possibilidade de autocomposição em demandas de improbidade administrativa, por meio do acordo de não persecução cível.

A alteração promovida pelo legislador foi acertada, uma vez que a vedação disposta na redação original da Lei de Improbidade Administrativa não mais se adequava ao sistema jurídico vigente.

Com efeito, o tradicional paradigma do Direito Administrativo materializado na indisponibilidade do interesse público deve ser temperado pela força normativa de outros princípios constitucionais, em especial pelo princípio da eficiência administrativa elencado pelo artigo 37 da Constituição Federal.

O princípio da indisponibilidade do interesse público originou-se de construção feita pela doutrina, no sentido de que, sendo o administrador mero curador de bens e interesses alheios, estes pertencentes à sociedade, não poderia deles dispor já que sobre eles não exerce a titularidade.

E por não ter a disponibilidade sobre o interesse público, conforme explica Di Pietro⁹, não seria possível que a autoridade deixasse de punir o infrator quando constatasse a prática de ilícitos administrativos.

Entretanto, não deve mais preponderar nos dias de hoje a ideia de indisponibilidade do interesse público como sendo uma norma jurídica incompatível com a consensualidade no âmbito administrativo. Pelo contrário, o princípio constitucional da eficiência administrativa impõe ao administrador a adoção, em não raras situações, de soluções consensuais, por serem elas as mais eficientes para a tutela do interesse público objeto do litígio.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp nº 16544362/MT*. Relator: Ministro Sérgio Kukina.. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8318367&num_registro=201700331185&data=20180614&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 14 mai. 2020.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, [*e-book*].

Cumprе ressaltar que a finalidade da demanda de improbidade não se resume apenas à aplicação das sanções legais ao agente ímprobo, ela também abrange a adequada proteção e o efetivo ressarcimento do patrimônio público. Justamente por isso, o Constituinte de 1988 previu o ressarcimento ao erário como sanção aos atos de improbidade administrativa (CRFB, art. 37, § 4º)¹⁰.

Sobre o tema, Zardo¹¹ afirma que, em determinadas situações, a satisfação do interesse público residirá justamente na celebração do acordo, seja porque permitirá a adequada reparação do dano ao erário, seja porque possibilitará o conhecimento de outras infrações pelo Poder Público.

Por seu turno, Neves e Ferreira Filho¹² reconhecem a existência de um verdadeiro dever de atuação consensual para o administrador quando a autocomposição diminuir os riscos para a Administração e maximizar o interesse público objeto do litígio. Desse modo, sendo o acordo a melhor via para a tutela do interesse público, não poderia o administrador deixar de tentar transacionar com o infrator.

Observa-se que, nas situações trabalhadas pelos referidos doutrinadores, ao negociar, a Administração não estaria dispondo do interesse público como pugna a doutrina clássica, ainda que para tanto deixe de aplicar alguma das sanções previstas em lei, mormente porque garantirá, em contrapartida, a adequada proteção de interesses coletivos, tais como a reparação ao erário, de modo mais célere e menos custoso à máquina pública.

Ademais, como bem aponta Garcia¹³, nessas negociações a definição das obrigações necessárias à concretização do interesse público incumbe exclusivamente ao órgão legitimado pela lei, cabendo ao interessado apenas aderir ou não à proposta, sem que possua qualquer margem para afastá-las, resguardando-se, assim, o interesse público subjacente ao acordo.

Nesse panorama, a busca pela solução consensual de conflitos em matéria de improbidade administrativa mostra-se plenamente válida, constituindo-se um dever dos órgãos estatais legitimados fazer uso dos instrumentos de autocomposição sempre que assim exigir a tutela do interesse público.

¹⁰BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 mai. 2020.

¹¹ ZARDO, Francisco. *Validade dos acordos de leniência em ações de improbidade*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-25/francisco-zardo-validade-acordos-aco-es-improbidade>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

¹² FERREIRA FILHO, Márcilio da Silva; NEVES, Cleuler Barbosa das. Dever de consensualidade na atuação administrativa. *Revista de Informação Legislativa*, v. 55, n° 218, p. 63-84, abr./jun. 2018.

¹³ GARCIA, Emerson. *A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992*. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/component/k2/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

2. A LEGITIMIDADE PARA A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL E A PROBLEMÁTICA DOS CONFLITOS INSTITUCIONAIS

Reconhecendo a validade dos instrumentos de solução consensual em matéria de improbidade administrativa, o legislador aprovou o Projeto de Lei nº 10.372 de 2018, que veio a se tornar a Lei Anticrime (Lei nº 13.964 de 2019), trazendo, entre inúmeras modificações, a alteração do artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92 — LIA), de modo a admitir, expressamente, a solução consensual em matéria de improbidade administrativa, por meio do acordo de não persecução cível.

Além da alteração do disposto no artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa, a redação final aprovada pelas Casas Legislativas e enviada ao Presidente da República para sanção, trazia parâmetros procedimentais e materiais para a celebração do acordo no que seria o novo artigo 17-A da LIA.

Conforme regramento aprovado pelo legislador¹⁴, as negociações ocorreriam antes ou durante o processo, entre o Ministério Público e o investigado, ou demandado, e o seu defensor, sendo submetido à aprovação pelo órgão do *parquet* com atribuição para a promoção do arquivamento do inquérito civil e posterior homologação pelo juízo competente.

Neste giro, como bem informa Andrade¹⁵, evidencia-se a vontade do legislador de estabelecer o acordo de não persecução cível como espécie de negócio jurídico, exigindo-se, para a sua celebração, a anuência tanto do legitimado quanto do agente ímprobo, sem conferir a este direito subjetivo à celebração do negócio, em razão da bilateralidade do instituto.

Não obstante, a norma aprovada ao prever a legitimidade unicamente do Ministério Público para participar das tratativas e celebrar o acordo, estava em desarmonia com a previsão contida no artigo 17, *caput*, da Lei de Improbidade, inalterado pelo Projeto de Lei, cujo teor prevê a legitimidade concorrente do Ministério Público e da pessoa jurídica interessada para a propositura da ação de improbidade administrativa.

Essa incongruência normativa levou a Advocacia-Geral da União a recomendar ao Presidente da República o veto ao *caput* e aos parágrafos 1º, 3º, 4º e 5º do artigo 17-A do Projeto de Lei, o que foi acolhido pelo Chefe do Poder Executivo¹⁶.

¹⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 10.372-A de 2018*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1844037&filename=RDF+1+%3D%3E+PL+10372/2018>. Acesso em: 22 jun. 2020.

¹⁵ ANDRADE, Landolfo. *Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel/>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

¹⁶ BRASIL. Presidência da República. *Mensagem 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: 22 jun. 2020.

Em que pese as razões que levaram à sua aposição, o veto presidencial culminou no afastamento do que seria o novo artigo 17-A da LIA, fazendo surgir uma grave lacuna legislativa, uma vez que o dispositivo vetado trazia a disciplina legal do acordo de não persecução cível.

Diante dessa lacuna legislativa surgem dúvidas quanto à aplicabilidade do novo instituto. Conforme apontam Carvalho e Zufelato¹⁷, a Lei nº 13.964/19, que pretendia trazer maior segurança jurídica ao tema da solução consensual em matéria de improbidade administrativa, ao permiti-la sem qualquer tipo de disciplina legal, acabou por intensificar a insegurança jurídica existente.

Não obstante a acertada crítica, fato é que acordos de não persecução cível têm sido celebrados por todo o país. De fato, as incertezas teóricas que pairam sobre o novo instituto foram sobrepujadas pela realidade, conturbada pelos inúmeros casos de improbidade e desvios de conduta por parte dos agentes públicos, impondo-se aos aplicadores do direito a busca por meios alternativos para a satisfação, mais célere, do interesse público, face a ineficiência dos métodos heterocompositivos vigentes.

Sendo assim, deve-se suprir as lacunas existentes, fixando-se parâmetros mínimos ao novo instituto de modo a conferir-lhe um mínimo grau de segurança jurídica e permitir a sua celebração sem prejuízo do interesse público subjacente.

A primeira controvérsia que surge tem relação com a legitimidade para a celebração do acordo de não persecução cível.

Em decorrência das razões expostas pelo Presidente da República ao vetar o que seria o artigo 17-A da Lei de Improbidade Administrativa, não há dúvidas acerca da legitimidade concorrente do Ministério Público e da pessoa jurídica prejudicada pelo ato de improbidade para a celebração do negócio jurídico em análise.

Ademais, seguindo-se a mesma linha da legitimação para a propositura da ação principal, conclui-se que a legitimidade para a celebração do acordo, além de concorrente, é disjuntiva, não se exigindo a anuência de todos os legitimados como condição para a realização da avença.

E por se tratar de negócio jurídico no qual as partes transacionam, essencialmente, sobre direito material, consubstanciado na pretensão sancionatória, a celebração do acordo por um dos colegitimados impedirá a propositura de ação de improbidade pelo outro colegitimado.

¹⁷ CARVALHO, Lucas Vieira; ZUFELATO, Camilo. “Lei Anticrime” prevê acordos em ação de improbidade administrativa. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-08/lei-anticrime-preve-acordos-acao-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

Em que pese essas conclusões, a realidade de desentendimentos institucionais¹⁸ que se verifica em torno dos instrumentos de consensualidade no âmbito do Direito sancionador recomenda, como melhor solução, a concertação de vontade entre os legitimados durante as tratativas do acordo, de modo a proteger o agente acordante das consequências que possam advir de eventuais divergências entre os legitimados.

No acordo de não persecução cível, entre os inúmeros temas que podem causar dissensão entre os legitimados, destaca-se a quantificação do dano a ser reparado pelo autor do ato de improbidade, principalmente nas hipóteses de fraude a procedimento licitatório, em que o dano exsurge *in re ipsa* da própria prática do ato delituoso.

Nesse contexto, é didático o registro feito por Mudrovitsch e Nóbrega¹⁹, acerca da pertinência jurídica da participação da pessoa jurídica interessada na celebração do acordo, na qualidade de interveniente-anuente, uma vez que eventual negócio firmado unicamente com o *parquet* não impediria o ajuizamento de ação ressarcitória pelo ente lesado, em que se objetivasse a complementação do valor constante do instrumento do acordo, tudo com amparo no ainda vigente artigo 17, § 2º, da Lei de Improbidade.

Ademais, não há restrição à aplicação do artigo 17 § 3º, da Lei de Improbidade ao âmbito do acordo de não persecução cível de modo que deve ser assegurado à pessoa jurídica de direito público interessada a oportunidade de se manifestar acerca do ato impugnado, ainda que sem sede negocial.

Por seu turno, também não se mostra adequada a celebração de acordo sem a participação do Ministério Público na avença, tendo em vista a ampla atribuição conferida pela Constituição a este órgão para a apuração de ilícitos civis e penais. E, ainda que se entenda pela desnecessidade de participação do *parquet* na fase de tratativas, que ocorre, em regra, extrajudicialmente, uma vez submetido o acordo ao Estado-juiz para homologação, cumprirá a este intimar o órgão ministerial para que tome conhecimento da avença, na qualidade de fiscal da ordem jurídica, conforme inteligência do artigo 17, § 4º, da Lei de Improbidade Administrativa.

É importante ressaltar que essas medidas visam conferir maior segurança jurídica ao acordo. Com efeito, é improfícuo a valorização e o reconhecimento dos instrumentos de

¹⁸ Exemplo do desalinhamento entre as instituições é a recente não adesão do Ministério Público Federal ao Acordo de Cooperação Técnica em matéria de combate à corrupção no Brasil, celebrado entre a Controladoria-Geral da União, a Advocacia-Geral da União, o Ministério da Justiça e Segurança Pública e o Tribunal de Contas da União, sob a justificativa de que o acordo seria incompatível com as atribuições cíveis e criminais do *Parquet*.

¹⁹ MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *A consagração legal da transação em improbidade administrativa*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-17/mudrovitsch-pupe-consagracao-legal-transacao-improbidade>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

consensualidade como meios de satisfação do interesse público, se o conteúdo acordado pelas partes estiver submetido a uma constante possibilidade de revisão ou discussão por outros órgãos, pessoas ou entidades legitimados.

Com a participação conjunta dos legitimados durante a celebração do acordo afasta-se a possibilidade de anulação ou revisão da avença por divergências institucionais, garantindo-se, assim, o respeito à confiança depositada pelas partes no acordo, circunstância fundamental para o sucesso desse novo instrumento no ordenamento jurídico pátrio.

3. O CONTEÚDO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL E A NECESSIDADE DE CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO

Em razão da lacuna legislativa que paira sobre o novo instituto, discute-se também quais seriam as condições que poderiam ser pactuadas por meio do acordo de não persecução cível e, entre elas, quais seriam imprescindíveis para a validade do negócio jurídico.

Sustenta Andrade²⁰ que se deve favorecer uma interpretação que confira harmonia ao microsistema da tutela do patrimônio público, aplicando-se ao acordo de não persecução cível, em diálogo das fontes, outras normas que disciplinam a autocomposição no âmbito do direito sancionador.

Nesse contexto, Andrade afirma que o acordo de não persecução cível deverá prever em seu bojo a confissão por parte do agente acordante, nos moldes do que ocorre no acordo de leniência (Lei Anticorrupção, art. 16, §1, III) e no acordo de não persecução penal (CPP, artigo 28-A).

Cumprido ressaltar que esse foi o entendimento encampado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, na Resolução nº 1.193/2020-CPJ²¹, e pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco, por meio da Resolução nº 01/2020-CSMP²².

Não obstante, o melhor entendimento parece ser pela inexigibilidade de confissão formal do acordante. Com efeito, como bem ressalta Gajardoni²³, a confissão, por ter reflexões

²⁰ANDRADE, op. cit.

²¹ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Resolução nº 1.193/2020-CPJ*. Disponível em: <http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/RESOLUCOES/1193.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

²² MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. *Resolução nº 01/2020-CSMP*. Disponível em: <<https://www.mppe.mp.br/mppe/institucional/conselho-superior/conselho-instrumentos-juridicos/category/192-resolucoes?download=8482:resolucao-csmp-001-2020-acordo-de-nao-persecucao-civel>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

²³GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Primeiros e breves apontamentos sobre os acordos em termo de improbidade administrativa*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros-e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativ>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

no campo probatório penal, poderia embaraçar a celebração de acordos, criando obstáculo desnecessário à autocomposição em matéria de improbidade administrativa.

Observe-se que não há óbice para que os órgãos legitimados editem, no âmbito de suas atribuições, norma prevendo a assunção de culpa como condição para a celebração do acordo, de modo a vincular a atuação de seus respectivos membros. Não obstante, eventual descumprimento da normativa, *per si*, não implicará necessariamente na invalidade ou ineficácia do acordo, restringindo-se as consequências da violação à punição administrativa do membro que a infringir.

Diante da ausência de previsão em Lei, também não se pode ter a colaboração do agente infrator como condição indispensável para a celebração do acordo de não persecução cível. Colocado nesses termos, o acordo de não persecução cível se assemelharia à transação penal, inserindo-se no que Garcia²⁴ denomina de consensualidade de pura reprimenda.

Condição imprescindível do acordo é o compromisso de reparação integral do dano pelo autor da infração, não se admitindo, por força do ainda vigente artigo 5º da Lei nº 8.429/92, a previsão de condição que mitigue ou exclua a obrigação de integral ressarcimento do dano.

Frise-se, como bem ressalta a Nota Técnica nº 001/2020-CAODPP do Ministério Público do Ceará²⁵, que a impossibilidade de redução do ressarcimento ao erário não impede a negociação acerca da forma de cumprimento da obrigação, que deverá levar em consideração a capacidade econômica do compromissário.

No ponto, cumpre ainda lembrar que eventuais valores apurados e ressarcidos em outros instrumentos negociais, que versem sobre os mesmos fatos e circunstâncias objeto do acordo de não persecução cível, deverão ser descontados da obrigação ressarcitória a que se submete o agente ímprobo, evitando-se, assim, um *bis in idem* quanto à reparação do erário.

É obrigatória a previsão no instrumento do acordo da perda dos bens e valores obtidos em decorrência da prática do ato de improbidade, conforme inteligência do artigo 6º da LIA.

Além do integral ressarcimento do dano e da perda dos bens havidos ilicitamente, quando concorrerem tais circunstâncias, deverá constar do instrumento do acordo, como bem aponta Andrade²⁶, uma das sanções, propriamente ditas, do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, em razão do objetivo repressivo da ação de improbidade.

Cumpre ressaltar que não há óbice para a aplicação das sanções de perda da função

²⁴ GARCIA, op. cit.

²⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. *Nota Técnica nº 001/2020-CAODPP*. 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: 22 jun. 2020.

²⁶ ANDRADE, op. cit.

pública e da suspensão dos direitos políticos por meio do acordo de não persecução cível, em que pese a previsão contida no artigo 20, *caput*, da Lei de Improbidade exija sentença condenatória transitada em julgado para a efetivação das referidas sanções.

A interpretação que deve se fazer é lógica: se é admitida a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos mesmo que diante da resistência do agente ímprobo, caso da sentença condenatória, por mais razão deve-se admitir a aplicação dessas sanções quando o agente não opõe qualquer resistência a elas, como ocorre no acordo de não persecução cível²⁷.

Na verdade, o ponto controvertido da questão reside em perquirir acerca da possibilidade de efetivação de sanção de improbidade por meio de título executivo extrajudicial.

Nesse sentido, tratando do controle de legalidade do acordo, sustenta Gajardoni²⁸ a desnecessidade de homologação pelo Poder Judiciário, quando o acordo for firmado em fase pré-processual, aduzindo que nessa hipótese o controle se daria por meio de mecanismos internos do próprio órgão ou pessoa celebrante.

Também assim prevê a Resolução nº 01/2020 do Ministério Público do Estado de Pernambuco, ao dispor que os acordos extrajudiciais se submeterão à homologação por seu Conselho Superior.

Na esteira desse entendimento, à semelhança do que ocorre nos termos de ajustamento de conduta (TACs) e nos acordos de leniência, o acordo de não persecução cível, após o controle interno, assumiria a natureza de título executivo extrajudicial.

Não obstante, a sistemática extrajudicial dos acordos de leniência e dos TACs não pode ser aplicada aos acordos de não persecução cível. É que as sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade se submetem, para a sua aplicação, à reserva de jurisdição, não sendo admissível que normativas infralegais afastem a competência prevista em lei, sob pena de violação da coerência do ordenamento jurídico.

Cumprir notar ainda que a formação do acordo como título executivo extrajudicial gera dificuldades de ordem prática mormente porque, em regra, as sanções de improbidade administrativa dependem da intervenção do Poder Judiciário para serem efetivadas, especialmente quando atreladas ao registro em cadastro específico de condenados.

Nesse sentido, a Resolução Conjunta nº 6 de 21 de maio de 2020²⁹, firmada pelo CNJ e

²⁷ ANDRADE, Landolfo. *Os limites materiais da solução negociada do conflito no domínio da improbidade administrativa*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/09/02/improbidade-administrativa-limites-solucao/>>. Acesso em: 15 set. 2020.

²⁸ GAJARDONI, op. cit.

²⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução Conjunta nº 6 de 21/05/2020*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3328>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

pelo TSE, prevê que a comunicação à Justiça Eleitoral, para fins de efetivação da sanção de suspensão dos direitos políticos, se dará por órgão do Poder Judiciário, não fazendo qualquer ressalva quanto à comunicação pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada.

Do mesmo modo, não há como se conceber a aplicação de sanções que imponham à Administração Pública uma obrigação de fazer ou de não fazer, como são os casos da perda da função pública e da proibição de contratar, quando a própria Administração não participar da celebração do acordo.

Como bem lembra Zamalloa do Prado³⁰, o administrador público rege-se pelo princípio da legalidade administrativa, de modo que a ele somente é lícito fazer o que a lei autoriza. Nesse sentido, uma vez que a lei não prevê a possibilidade de perda de cargo em razão de transação, não poderia o administrador proceder à demissão do agente acordante.

Nessas hipóteses, em uma leitura conjugada dos artigos 20 e 17, § 1º da LIA, faz-se necessário a submissão do acordo à apreciação do Poder Judiciário, com a formação do consequente título executivo judicial, para que se possa dar cumprimento forçado ao acordo, nos moldes do que ocorre no cumprimento de sentença condenatória.

Por fim, não se pode olvidar que o acordo de não persecução cível está em uma zona intermediária, entre o acordo de leniência e os instrumentos negociais penais.

Com efeito, ao contrário do que ocorre no acordo de leniência, as sanções que são objeto do acordo de não persecução cível não se limitam a atingir o patrimônio do agente ímprobo, podendo repercutir em uma ampla gama de direitos, como no exercício de sua função pública, inclusive mandato eletivo, ou em sua cidadania.

De outro lado, o acordo de não persecução cível possui como uma de suas funções zelar pela efetiva prevenção às transgressões do dever de probidade administrativa, direito difuso indisponível, sendo necessário, portanto, que o negócio não seja por demais condescendente, sob pena de servir de estímulo à prática de atos de improbidade administrativa.

Por essa razão, é essencial o controle dos acordos de não persecução cível pelo Poder Judiciário, cumprindo ao juiz analisar não só a voluntariedade da avença mas também os limites da discricionariedade negocial, dentro de *standards* de razoabilidade e proporcionalidade, à semelhança do que ocorre com o acordo de não persecução penal (CPP, artigo 28-A, § 5º), evitando-se acordos abusivos ou insuficientes para a tutela dos interesses envolvidos.

³⁰ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *Reflexões sobre o acordo de não persecução cível*. Disponível em: <<http://www.mpggo.mp.br/boletimdompgo/2020/02-fev/artigos/artigo-FabianaLemes.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

CONCLUSÃO

A previsão do acordo de não persecução cível, novidade trazida pela Lei nº 13.964/2019, colocou fim à antiga divergência existente na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade de transação em matéria de improbidade administrativa, que decorria da proibição contida na redação original do artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa.

Não obstante, a criação desse novo instituto de autocomposição desacompanhada de qualquer disciplina legal, por consequência do Veto Presidencial nº 726/2019, fez surgir questionamentos acerca dos pressupostos materiais e procedimentais para a celebração do negócio jurídico.

É certo que a melhor solução seria a edição de nova lei que trouxesse o regramento específico do acordo de não persecução cível. Entretanto, não se pode olvidar que as incertezas teóricas não têm impedido a celebração desse novo instrumento de autocomposição, já que há uma evidente necessidade de se garantir meios de solução de conflitos mais céleres e eficientes, como alternativas ao método heterocompositivo vigente.

Diante da situação narrada, buscou-se estabelecer, neste trabalho, uma solução para a lacuna legislativa, com base na interpretação do acordo de não persecução cível à luz das diversas leis que compõem o direito sancionador, especialmente a Lei Anticorrupção e a própria Lei de Improbidade Administrativa, de modo a garantir a previsibilidade e a segurança jurídica do negócio, sem prejuízo dos interesses envolvidos na avença.

De fato, a maior preocupação que se deve ter é com o respeito à confiança depositada pelas partes no acordo, razão pela qual há a necessidade de previsão de padrões claros para a sua celebração e para o seu conteúdo, sem os quais fica a avença sobre constante possibilidade de revisão, colocando em risco o sucesso desse novo instrumento jurídico em nosso ordenamento jurídico.

Reconheceu-se, ainda, no Poder Judiciário, importante função de fiscalizar o negócio jurídico em estudo, impedindo a efetivação de acordos que se mostrem insuficientes para os fins repressivos da Lei de Improbidade Administrativa, ou que sejam abusivos, atingindo, de sobremaneira, os direitos do agente compromissário.

Sendo assim, esse trabalho estabeleceu os principais requisitos materiais e formais do acordo, bem como a forma como se deve dar o controle da legalidade do seu conteúdo, de modo a garantir a validade e a eficácia do acordo de não persecução cível.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Landolfo. *Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões*. Disponível em: <[http:// genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel/](http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel/)>. Acesso em: 22 jun. 2020.

_____. *Os limites materiais da solução negociada do conflito no domínio da improbidade administrativa*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/09/02/improbidade-administrativa-limites-solucao/>>. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 10.372-A de 2018*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1844037&filenome=RDF+1+%3D%3E+ PL+10372/2018>. Acesso em: 22 jun. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução Conjunta nº 6 de 21/05/2020*. Disponível em: <<https://ato.s.cnj.jus.br/atos/detalhar/3328>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. *Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. *Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. Presidência da República. *Mensagem 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp nº 16544362/MT*. Relator: Ministro Sérgio Kukina.. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ATC&sequencial=8318367&num_registro=201700331185&data=20180614&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 14 mai. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, [e-book].

CARVALHO, Lucas Vieira; ZUFELATO, Camilo. “*Lei Anticrime*” prevê acordos em ação de improbidade administrativa. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-08/lei-anticrime-preve-acordos-acao-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, [e-book].

FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva; NEVES, Cleuler Barbosa das. Dever de consensualidade na atuação administrativa. *Revista de Informação Legislativa*, v. 55, nº 218, p. 63-84, abr./jun. 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Primeiros e breves apontamentos sobre os acordos em termo de improbidade administrativa*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros-e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativ>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

GARCIA, Emerson. *A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992*. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/component/k2/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. *Nota Técnica nº 001/2020-CAODPP*. 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: 22 jun. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. *Resolução nº 01/2020-CSMP*. Disponível em: <<https://www.mppe.mp.br/mppe/institucional/conselho-superior/conselho-instrumentos-juridicos/category/192-resolucoes?download=8482:resolucao-csmp-001-2020-acordo-de-nao-persecucao-civel>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Resolução nº 1.193/2020-CPJ*. Disponível em: <http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/RESOLUCOES/1193.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 36. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, [e-book].

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *A consagração legal da transação em improbidade administrativa*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-17/mudrovitsch-pupe-consagracao-legal-transacao-improbidade>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *Reflexões sobre o acordo de não persecução cível*. Disponível em: <<http://www.mpggo.mp.br/boletimdompgo/2020/02-fev/artigos/artigo-FabianaLemes.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

VENTURI, Elton. *Transação de direitos indisponíveis?*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4597236/mod_resource/content/0/TRANSACAO_DE_DIREITOS_INDISPONIVEIS%20-%20Elton%20Venturi.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2020.

ZARDO, Francisco. *Validade dos acordos de leniência em ações de improbidade*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-25/francisco-zardo-validade-acordos-aco-es-improbidade>>. Acesso em: 14 mai. 2020.