

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL - ANPC

Julizar Barbosa Trindade Júnior¹

RESUMO

O presente artigo dedica-se ao acordo de não persecução cível – ANPC, agora expressamente previsto na Lei da Improbidade Administrativa (art. 17, §1º e §10-A). Estão aqui especificamente abordados os principais questionamentos sobre os possíveis momentos de sua celebração (na fase processual e pré-processual) e sobre necessidade, ou não, de o acordo contemplar a colaboração probatória. Antes de se ocupar de tais indagações, contudo, o texto apresenta considerações fáticas e normativas sobre a consensualidade no âmbito do Direito Administrativo Sancionador e, em especial, no domínio da improbidade administrativa.

Palavras-chave: Acordo de não persecução cível. Consensualidade. Improbidade Administrativa.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo abordar aspectos relevantes e controvertidos do acordo de não persecução cível – ANPC, agora previsto no artigo 17, § 1º, da Lei da Improbidade Administrativa, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime).

Para tanto, serão desenhadas no capítulo 1 as principais modificações – no plano legislativo e no plano fático – que levaram à revogação, em dezembro de 2019, da vedação original do artigo 17, §1º, da Lei 8.429/1992, a partir de quando, enfim, passou a ser *expressamente* admitida a consensualidade no âmbito da Lei da Improbidade Administrativa.

Após, no capítulo 2, pretende-se apresentar considerações específicas sobre o ANPC em face do que restou do projeto legislativo original. Será, por exemplo, abordada a natureza jurídica do acordo e o seu caráter discricionário. Ademais, não será ali omitida a necessidade de superação das críticas que ainda pesam sobre a consensualidade no campo da improbidade.

Na sequência, as linhas do capítulo 3 serão dedicadas às questões sobre os possíveis momentos de celebração do ANPC e sobre a (im)prescindibilidade de colaboração para a obtenção de provas.

Advirta-se que não haveria aqui espaço para esgotar todos os questionamentos que assombram

¹ Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS. Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul.

o acordo de não persecução cível. Afinal, são muitos e são complexos. São *muitos* sobretudo pela ausência de uma disciplina legal dos requisitos do ANPC, em razão do veto presidencial ao artigo 17-A da Lei 8.429/1992. E são *complexos* porque tais acordos impõem um novo padrão de atuação aos entes legitimados, que deverão ponderar as alternativas e técnicas sancionatórias que melhor atendam ao interesse público.

Apenas como exemplo, poder-se-ia abordar (i) a falta de consenso entre o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada; (ii) a celebração do ajuste com apenas parcelas dos responsáveis pelo ilícito; (iii) a possibilidade de negociação da sanção de suspensão dos direitos políticos e (iv) de perda da função pública; (v) a necessidade de um ressarcimento integral do erário; (vi) a homologação interna do acordo pelo órgão superior do Ministério Público; (vii) os limites do controle judicial; (viii) a prescrição em face do ANPC; (ix) a extinção e suspensão da ação de improbidade administrativa em função do ajuste; ou (x) a exigência, ou não, da confissão para a celebração do acordo. Mas, como dito, não haveria aqui linhas suficientes...

Fez-se necessário, portanto, um corte metodológico.

Ao final, e como remate, serão expostas as conclusões deste artigo.

1 A SANÇÃO NO DOMÍNIO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: DA UNILATERALIDADE À CONSENSUALIDADE

Junho de 1992. É publicada a Lei 8.429, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA). O seu artigo 17, § 1º, expressa ser “vedada a transação, acordo ou conciliação” nas ações a serem propostas pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada. Era impensável, pois, que o *ius puniendi* estatal pudesse ser objeto de qualquer negociação.

Dezembro de 2019. É publicada a Lei 13.964, a Lei Anticrime. Revoga-se o artigo 17, § 1º, da Lei 8.429/1992. Estabelece-se que as ações civis de improbidade administrativa “aditem a celebração de acordo de não persecução cível”.

Entre uma data e outra, essa mudança – radical, à primeira vista – foi na verdade sendo aos poucos construída, seja no plano da realidade empírica, seja no correlato plano normativo.

No campo normativo, pode-se dizer que o caminho para a consensualidade teve como um de seus primeiros passos a previsão da figura do compromisso de ajustamento de conduta no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (artigo 211 da Lei 8.069/1990). Após, com a superveniência do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), esses compromissos de ajustamento foram incluídos na Lei 7.347/1985, a Lei da Ação Civil Pública (artigo 5º, § 6º).²

No setor da defesa da concorrência, vale ser citada a Lei 10.149/2000, com a inserção do artigo 35-B na Lei 8.884/94, bem como a Lei 12.529/2011, que veio a dispor sobre acordos de leniência e compromissos de cessação de conduta.

² Vale anotar, todavia, que o preâmbulo da Constituição Federal já direcionava o Estado brasileiro à busca de solução pacífica das controvérsias, seja na ordem interna, seja na ordem internacional.

Irrecusável ainda que o artigo 36, § 4º, da Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação) previu a auto-composição mesmo para as questões submetidas a ações de improbidade administrativa.

A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), por sua vez, expressou no seu artigo 26, incluído pela Lei 13.655/2018, a possibilidade de celebração de compromissos com os interessados para eliminar situação contenciosa na aplicação do Direito Público.³

O próprio Código de Processo Civil é especialmente dedicado a estimular a consensualidade em diversos de seus dispositivos, como se verifica, exemplificativamente, dos seus artigos 3º, 6º, 139, V, 165, 174, 190, 221 e 334.

Nesse ambiente normativo, não se pode ainda deixar de destacar o papel de diversos acordos e convenções internacionais para o fortalecimento da ideia de ajustes e concertações no âmbito punitivo estatal, como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Transnacional.

De todo o modo, entende-se que a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), ao disciplinar o acordo de leniência em seus artigos 16 e 17, é o ponto inaugural da consensualidade no setor da improbidade administrativa.⁴

Não por outra razão, já seria defensável entender que a Lei Anticorrupção teria revogado a própria vedação do § 1º do artigo 17 da Lei 8.429/1992, de modo a autorizar acordos no âmbito da LIA, uma vez ambas as normas se encontram no mesmo campo punitivo da improbidade administrativa.⁵ Bem por isso, é fato notório que compromissos já vinham sendo pactuados pelo Ministério Público, inclusive com base em expressa resolução do CNMP (Resolução 179, de 26 de julho de 2017, artigo 1º, § 2º).

Esse conjunto de diretrizes direcionadas à consensualidade, evidentemente, representou uma significativa e profunda inovação no *ius puniendi* estatal, no que se inclui o Direito Administrativo Sancionador.

De outro lado, a ideia de que a consensualidade era incompatível com a tutela da probidade administrativa foi sendo particularmente desafiada pela adoção de métodos consensuais no próprio campo do Direito Penal (veja-se que, desde a Lei 9.099/95, inúmeros delitos contra a Administração Pública já admitiam a transação penal ou a suspensão condicional do processo), reconhecidamente uma modalidade mais gravosa de punição (em especial, deve-se destacar aqui a figura da colaboração premiada, na forma regida pelo artigo 4º da Lei 12.850/2013, a Lei do Crime Organizado).

Esse descompasso, por assim dizer, revelava-se de forma mais clara quando um mesmo fato sujeitava-se a sancionamentos tanto na esfera criminal quanto na esfera administrativa. Como já questio-

3 MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

4 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades*. Int. Públ. – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020. p. 99.

5 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção, na atuação cível do Ministério Público Federal, nos 30 anos da Constituição Federal*. In: HIROSE, Regina Tamami (coord.). *Carreiras típicas de Estado*. Desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 197-198 *apud* LANE, Renata. *Acordos no domínio da improbidade administrativa*. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

nava a doutrina, 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 de ajustes na improbidade?⁶

Com efeito, em dadas situações, os mesmos fatos permitiam que pessoas jurídicas celebrassem acordo de leniência (Lei 12.846/2013) e que pessoas físicas efetivassem colaboração premiada (Lei 12.850/2012), sem que houvesse, no entanto, qualquer alternativa – ao menos na literalidade da Lei 8.429/1992 – à judicialização da ação civil de improbidade administrativa.

Soava no mínimo incoerente que, no Brasil, fosse mitigado em algumas hipóteses o princípio da obrigatoriedade da ação penal mediante a utilização de acordos, mas, contraditoriamente, não se permitia a composição entre o Ministério Público ou a Administração Pública e os investigados pela prática de ato de improbidade administrativa.⁷

A modificação promovida na LIA pela Lei 13.964/2019, portanto, insere-se nesse contexto legislativo de expansão da consensualidade.⁸

Já no plano da realidade empírica, essa virada de chave espelhou a incapacidade ou, ao menos, a insuficiência do modelo tradicional de sancionamento, a exigir a experimentação e a utilização de novas técnicas para um combate mais efetivo da prática de atos ilícitos e para uma solução mais célere⁹ e econômica dos conflitos dela decorrentes.

De fato, seja por razões de ineficiência das estruturas estatais, seja em razão da sofisticação e da complexidade de determinadas organizações dedicadas à ilicitude, *negociar* passou a ser a única forma de se descobrir a extensão de certas práticas ilícitas, de punir, de ressarcir danos e de fazer cessar condutas indesejáveis.

Impensável em 1992, a pactuação entre o particular e o Poder Público revelou-se então não apenas recomendável, mas *imprescindível* no enfrentamento de determinadas infrações.

É aqui ilustrativo o dilema apresentado por Maurício Zockun e Gabriel Morettini e Castella: “‘negociar e punir’ ou ‘não negociar e aceitar um crescimento da impunidade resultante da fraqueza probatória de processos acusatórios baseados em técnicas tradicionais de instrução’”.¹⁰

Como também já apontavam Eduardo Cambi e Cláudio Smirne Diniz, o debate do tema deve considerar a dificuldade de produção de provas em atos genericamente conceituados como de corrupção,

6 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: 10 set. 2021.

7 SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. “*Pacote Anticrime*” (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. *Revista de Processo, Revista dos Tribunais online*, vol. 303/2020, p. 291-314, maio 2020.

8 O próprio Conselho Nacional do Ministério Público, em 26 de julho de 2017, já havia editado a Resolução CNMP 179, cujo artigo 1º, § 2º, permitia “o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa”. Essa postura do CNMP autorizou que também os Ministérios Públicos dos Estados regulamentassem a consensualidade no âmbito da improbidade administrativa, ainda antes do Pacote Anticrime.

9 Cf. art. 5º, LXXVIII, da CF.

10 ZOCKUN, Maurício; MORETTINI E CASTELLA, Gabriel. Programas de leniência e integridade como novos instrumentos no Direito Administrativo Sancionador hodierno. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). *Direito Administrativo Sancionador*. Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 419.

dificuldade que decorre, dentre outros fatores, da sofisticação do processo de apropriação privada de bens públicos, assim como do fato de que, comumente, corruptor e corrupto são igualmente beneficiados e, assim, protegem-se mutuamente.

É nesse contexto que a colaboração do agente revela-se de fundamental importância, na medida em que permite que ao ente sancionador uma visão interna da estrutura organizada para a prática dos ilícitos, “o que engloba a hierarquização, a operacionalização, a destinação dos bens e os meios utilizados para a lavagem de ativos”.¹¹

Não é sem razão, portanto, que o artigo 17, § 1º, da LIA, com a redação conferida pela Lei 13.964/2019, veio a admitir o acordo de não persecução cível (ANPC).

Essa *evolução* na forma de sancionar pode ser, de fato, considerada uma mudança de direção do Poder Público em face da crise de impunidade e do aperfeiçoamento das organizações dedicadas às práticas ilícitas. É que, a partir do momento em que se admite e se legitima a possibilidade de negociação entre o ente sancionador e um dos participantes da ilicitude, coloca-se em permanente risco a própria relação de confiança entre os infratores, condição essencial para a formação e a estruturação de qualquer organização criminosa.

Como destaca Renata Lane, esse elemento de desestabilização é fundamental num cenário em que os atos ilícitos são, no mais das vezes, praticados na clandestinidade e por uma pluralidade de autores, como ocorre na formação de cartéis, corrupção de agentes estatais e tramas em contratos públicos.¹²

No tema, Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues expõe que, historicamente, a ideia geral de delação sempre esteve associada à falta de lealdade e à fraqueza moral. A desconstrução desse imaginário, no entanto, somente veio com a compreensão de que, quem colabora com o Estado, mais do que traindo seus antigos parceiros de ilicitudes, está colaborando com sociedade.¹³

Por outro lado, busca-se pela negociação aumentar o grau de cumprimento das sanções, comumente prejudicado por demorados e infundáveis trâmites processuais, especialmente nas ações de improbidade administrativa. Inegável, pode-se dizer, é a sensação de impunidade que decorre de litígios que se estendem por anos a fio.

Merece aqui registro o resultado da pesquisa da série “Justiça Pesquisa” do CNJ, concluída em 2014 e intitulada “Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade”. Com base em dados empíricos colhidos junto a tribunais das cinco regiões do país, concluíram os pesquisadores, em relação à efetividade das decisões condenatórias, que as ações de improbidade administrativa “não têm um fim, ou pelo menos uma parte considerável tem tramitação durante décadas, o que reflete no baixo índice de ressarcimentos”. A par disso, a pesquisa constata também uma grave insuficiência da via da ação de improbidade administrativa como método único de solução de confi-

11 DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBI, Eduardo. Solução extrajudicial de conflitos na proteção do patrimônio público e da probidade administrativa. Revista dos Tribunais. vol. 994/2018. p. 49-69. Ago./2018.

12 LANE, Renata. Acordos no domínio da improbidade administrativa. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 112.

13 RODRIGUES, Paulo Cesar Villela Souto Lopes. O papel do juiz no acordo de colaboração premiada como espécie do gênero negócio jurídico processual e as inovações do Pacote Anticrime. In: DUTRA, Bruna Martins Amorim; AKERMAN, William (organizadores). Pacote Anticrime: análise crítica à luz da Constituição Federal. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 492.

tos nessa seara, o que, na prática, em nada altera a situação de impunidade.¹⁴

O caminho para a consensualidade, portanto, tem o objetivo de possibilitar a descoberta do ilícito e o respectivo sancionamento de forma mais rápida, menos dispendiosa e mais eficiente do que se verifica no sistema punitivo tradicional.¹⁵

É nesse contexto que se faz possível entender que a novidade da não persecução cível tem por escopo aprimorar o procedimento de apuração e de sancionamento dos atos de improbidade administrativa. A positivação da transação na Lei nº 8.429/1992, como aponta Fábio Medina Osório, além de conferir incontestável segurança jurídica, poderá permitir “que esquemas deletérios ao erário sejam descobertos, medida que, em última instância, caminha na contramão da impunidade”.¹⁶

O resultado é que a consensualidade ingressou no Direito Administrativo Sancionador e, no particular, tende a tornar-se um importante método de resposta à improbidade administrativa.

Mas a consensualidade impacta, inegavelmente! E traz também desafios. Impacta porque representa a superação da ideia da impossibilidade de negociação com o Poder Público ou de que a pena deve ser sempre imposta, de forma unilateral e como uma resposta automática à infração, como se a sanção fosse uma finalidade em si mesma.¹⁷ E transporta desafios porque permite um novo padrão de atuação do ente legitimado, para o que se exige ponderar as opções que melhor materializem o interesse público.

A correta visualização do tema, portanto, exige entender que se busca por meio da consensualidade também atingir o interesse público, bem como que, em determinadas situações, a negociação com o infrator será, especialmente numa visão *pragmática*, essencial para que a fiscalização e o sancionamento sejam verdadeiramente efetivos, céleres, menos custosos e adequados. Enfim, *eficientes*, conforme exige o próprio artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Naturalmente, essa alternativa – alternativa ao sistema tradicional de punição automática e unilateral – deverá permitir ao ente sancionador acordar a substituição, a atenuação ou mesmo a remissão de certas sanções àquele que se dispõe a colaborar. Como observa Rafaela Canetti, entretanto, se é essencial que a adesão ao instituto seja atraente ao particular, as benesses concedidas não podem ser tão generosas a ponto de não desestimular a prática de infrações ou de permitir que a prática delitativa seguida da colaboração torne-se banal ou mesmo lucrativa.¹⁸

14 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça Pesquisa. *Lei de Improbidade Administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida *et al.* Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. p. 85. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/1e-f013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2021.

15 Nesse sentido, cf. LANE, Renata. *Acordos no domínio da improbidade administrativa*. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 119.

16 OSÓRIO, Fábio Medina. *Natureza jurídica do instituto de não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial*. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial>. Acesso em: 7 set. 2020.

17 Como ensina Alice Voronoff, a sanção administrativa “não é uma simples consequência que possa ser como uma finalidade em si mesma, mas é um instrumento a serviço de valores e objetivos caros à sociedade”. Importante também registrar que a autora destaca, além do caráter instrumental, a função prospectiva e conformadora (de condutas) da sanção administrativa. (VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 104)

18 CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de Leniência: Fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 49-50.

Haverá aqui, pois, sempre um difícil equilíbrio: as vantagens representadas pelo acordo ao agente ímprobo não podem ir ao ponto de fazer com que o ilícito tenha valido a pena, mas há que se evitar que o instituto fique desprovido de qualquer atratividade.

2 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL – ANPC

Quer se queira ou não, o acordo de não persecução cível – ANPC está agora expressamente previsto no artigo 17, § 1º, da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), com a redação que lhe foi conferida pela Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime).

Como dito, a Lei 12.846/2013 já previa explicitamente a possibilidade de celebração de acordos de leniência que envolvessem atos de improbidade. Com isso, autorizadas vozes, como, por exemplo, Fábio Medina Osório,¹⁹ entendiam que o então parágrafo primeiro do artigo 17, que proibia a transação ou conciliação em matéria de improbidade administrativa, teria sido afetado pela Lei Anticorrupção.

É de interesse anotar que Eduardo Cambi e Cláudio Smirne Diniz expressavam que mesmo os princípios constitucionais da eficiência e da duração razoável do processo também já permitiriam, independentemente de qualquer alteração legislativa, uma releitura da vedação constante do então artigo 17 da LIA.²⁰

De modo semelhante, Fernando da Fonseca Gajardoni anota que a autocomposição já seria cabível, no âmbito da improbidade administrativa da Lei 8.429/1992, ao menos desde o advento do artigo 16 da Lei 12.846/2013 (acordo de leniência) ou da Resolução CNMP 179/2017. Todavia, o próprio autor observa que a vedação que existia e resistia na redação originária do artigo 17, § 1º, ensejava enormes dúvidas, “deixando considerável risco de anulação das avenças pelo Poder Judiciário, sob o argumento de que a LIA vedava, expressamente, a autocomposição em tema de improbidade administrativa”.²¹

De todo o modo, o fato é que, até a superveniência da Lei 13.964/2019, não havia consenso sobre a possibilidade de acordos de não persecução no campo próprio da LIA, o que inegavelmente ensejava certa dose de desconfiança e de insegurança jurídica. Por essa razão, mesmo os defensores da revogação tácita do § 1º do artigo 17 da Lei 8.429/1992 não negavam a pertinência de uma revogação expressa.²²

O projeto legislativo (Projeto 882/2019) inicialmente proposto pelo então Ministro da Justiça, Sérgio Fernando Moro, como parte do chamado Pacote Anticrime, continha originariamente a seguinte redação:

Mudança na Lei nº 8.429/1992:

Art. 17. (...)

§1º A transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata este artigo poderão ser celebradas por

19 OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto de não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial>. Acesso em: 16 set. 2021.

20 DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBI, Eduardo. Solução extrajudicial de conflitos na proteção do patrimônio público e da probidade administrativa. Revista dos Tribunais. vol. 994/2018. p. 49-69. Ago./2018.

21 GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 459-460.

22 VORONOFF, Alice et al. Improbidade administrativa e consensualidade. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/improbidade-administrativa-e-consensualidade-08112019>. Acesso em: 17 set. 2021.

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 nº12.850, de 2 de agosto de 2013, e na Lei nº12.846, de 1º de agosto de 2013.

A lei que restou aprovada pelo Poder Legislativo, no entanto, assim prescreve:

Art. 17. (...)

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

É fato que, antes dessa previsão legal, havia também, na doutrina e na jurisprudência²³, manifestações contrárias à admissibilidade de qualquer ajuste na seara da improbidade administrativa.

Contra a possibilidade de transacionar sobre as sanções, Marcos Roberto Funari e Motauri Ciocchetti de Souza, por exemplo, apontavam que a exegese a ser extraída da norma, quanto à improbidade administrativa, jamais poderia derivar por caminhos que levassem a uma autêntica “negociação sancionatória” com agentes ímprobos²⁴

A adoção de métodos consensuais no âmbito da Administração Pública sempre foi objeto de severas críticas, sobretudo em razão dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.²⁵ Isso porque, ao deixar de aplicar uma sanção administrativa em prol de uma solução consensual, o agente público estaria dispondo do seu dever de punir e de sua competência sancionatória, o que seria de todo inadmissível. Era a ideia de que a consensualidade significaria necessariamente ir de encontro ao interesse público.

Contudo, e como dito, entender que não se pode dispor do interesse público não significa a impossibilidade de transacionar os meios de atingi-lo.²⁶ A dizer de outro modo, não será necessário desconstruir a noção de interesse público para que a consensualidade tenha seu espaço. Muito pelo contrário!

A consensualidade pressupõe compreender que a via concertada não é uma forma de dispor do interesse público, mas, sim, um meio de atingi-lo.²⁷ O ato consensual, nessa perspectiva, corresponde ao próprio processo de satisfação do interesse público, sobretudo em razão dos possíveis efeitos positivos do acordo, como a efetividade, a economia de tempo e de custos e a maior adequação de uma solução nego-

23 Cf., por exemplo, STJ, AgInt no REsp 1.654.462/MT, Relator Ministro Sérgio Kukina.

24 FUNARI, Marcos Roberto; SOUZA, Motauri Ciocchetti de. Composição civil em improbidade administrativa. Revista de Processo. vol. 291. p. 287-307. Maio 2019.

25 Não se desconhecem as recorrentes críticas formuladas à ideia de “interesse público”. Nesse sentido, cf., por exemplo, Daniel Sarmento (Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010) e Juliana Bonacorsi de Palma (Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015). Nada obstante, e conforme anota Marcia Pelegrini, “a proteção do interesse público é o papel justificador da existência do Estado na busca das garantias constitucionalmente protegidas, tendo a fundamental missão de reduzir as desigualdades e promover a paz social, sendo, portanto, seu conteúdo, ainda que indeterminado e mutável, extraível do sistema positivo, sendo traço do Estado Social de Direito”. (PELEGRINI, Marcia. A consensualidade como método alternativo para o exercício da competência punitiva dos Tribunais de Contas. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). Direito Administrativo Sancionador. Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 397)

26 Cf. RE 253885, Relatora Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21/06/2002.

27 LANE, Renata. Acordos no domínio da improbidade administrativa. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 55.

ciada ante as especificidades da situação concreta.²⁸

Demais disso, a atuação consensual não o impõe a prevalência do interesse privado sobre o interesse público. Diversamente, em muitas situações somente a consensualidade poderá atingir o interesse público de modo efetivo.

Por essa razão, a opção pela consensualidade deve exigir a devida justificação da autoridade competente, justificação que não pode ser genérica nem abstrata, mas que, ao contrário, deverá sempre explicitar que os ganhos advindos com a transação superam, no caso concreto, os resultados que se poderiam esperar de uma atuação sancionatória tradicional. Como sintetiza Marcia Pelegrini:

A Administração Pública pode e deve assumir formas consensuais de solucionar conflitos, desde que o faça de forma motivada, conferindo tratamento isonômico, não negando a alguns o que coloca à disposição de outros em situação assemelhada, que observe o princípio da moralidade, dê ampla e plena publicidade e honre com os compromissos assumidos, conferindo segurança jurídica.

Daí a relevância da detalhada justificativa da adoção dos meios consensuais, demonstrando os benefícios em detrimento dos custos de uma longa investigação, onde o particular deverá arcar com o ônus imposto, ainda que com restrições em sua esfera de direitos, não podendo resultar em mero perdão, prêmio ou benefício, mas convergência de vontades direcionadas a interesses que trarão benefícios a ambos. O particular, pelas suas próprias razões e dentro de sua liberdade de transacionar, e a Administração Pública, perseguindo o interesse público com a utilização de instrumentais disponibilizados como meios de alcance dos bens juridicamente protegidos e cumprimento de suas funções.²⁹

Em conclusão, constata-se que as restrições à negociação envolvendo a Administração Pública cederam espaço e a legislação foi acolhendo a possibilidade. Com a Lei 13.964/2019, a questão atinente à impossibilidade de tais acordos resta agora superada com a nova disciplina normativa da Lei de Improbidade Administrativa.

No entanto, admitir os acordos de não persecução cível tornou-se o ponto de partida para inúmeras outras dúvidas e questionamentos. Muitas dessas questões decorrem, em verdade, da ausência de uma disciplina legal dos requisitos para um ANPC. É que, como resultado do veto presidencial ao artigo 17-A da Lei 8.429/1992, pode-se dizer que a LIA expressamente autoriza os acordos de não persecução cível, mas não disciplina as suas condições.

Nada obstante, a nova legislação, embora seja omissa quanto aos métodos e aos procedimentos para a implantação do acordo de não persecução cível, põe termo a um debate e viabilizada o instituto, além de alinhar o Direito Administrativo Sancionador com o Direito Penal.³⁰ Por outras palavras, há consenso, na doutrina e na jurisprudência, de que a ausência de previsão legal dos requisitos do acordo não impede a celebração do ANPC.

Mas, evidentemente, não podem ser admitidos todo e qualquer tipo de pactuação entre os legi-

28 PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 171-172.

29 PELEGRINI, Marcia. A consensualidade como método alternativo para o exercício da competência punitiva dos Tribunais de Contas. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). Direito Administrativo Sancionador. Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 410.

30 OSÓRIO, Fábio Medina. *Natureza jurídica do instituto de não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial*. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civil-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial>. Acesso em: 16 set. 2021.

timados.³¹ Ou seja, se não se pode mais negar a possibilidade de soluções consensuais no âmbito da improbidade, importa delinear os limites em que os acordos poderão ser celebrados, sem que a consensualidade se transforme numa via de concessões ilegais ou indevidas ao agente ímprobo. E serão esses limites que, uma vez constantes da justificação e da motivação do ajuste, irão permitir o adequado controle (interno ou externo) da autocomposição.³²

De outro lado, quanto à natureza jurídica do acordo, cabe registrar que se trata de *negócio jurídico* destinado à solução alternativa de conflitos entre o Ministério Público ou a própria Administração Pública e os agentes acusados da prática de improbidade administrativa.³³ A pactuação do acordo dependerá, assim, da manifestação livre da vontade das partes, no sentido de que não podem os legitimados estar obrigados a propor ou a aceitar qualquer ajuste.

É importante destacar, ademais, que o acordo de não persecução cível não se confunde com o negócio jurídico processual atípico que veio a ser previsto no CPC de 2015. Como registra Fábio Medina Osório:

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.³⁴

Inegavelmente, as consequências de uma eventual remissão ou redução de qualquer das sanções previstas na LIA são de natureza material.³⁵ Essa constatação, no entanto, não impede que negócios jurídicos processuais – respeitantes a mudanças no procedimento ou a ônus, poderes, faculdades e deveres *processuais* – sejam celebrados no curso de uma ação civil de improbidade. Em verdade, as convenções processuais tendem a ser inclusive necessárias para que o procedimento venha a ser adaptado ou flexibilizado em face do que restou *materialmente* acordado no ANPC.

De outro lado, há certo consenso de que o acordo de não persecução cível não representa um

31 SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. “Pacote Anticrime” (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de Processo, Revista dos Tribunais online, vol. 303/2020, p. 291-314, maio 2020.

32 PEIXOTO, Ravi. A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo Poder Público – uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. Revista de Processo, São Paulo, v. 261, p. 467-497, nov. 2016.

33 SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. “Pacote Anticrime” (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de Processo, Revista dos Tribunais online, vol. 303/2020, p. 291-314, maio 2020.

34 OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto de não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial>. Acesso em: 7 set. 2021.

35 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. p. 133-171. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

direito subjetivo do investigado ou demandado.³⁶

É de relevância anotar que Renata Lane também afirma que, em regra, a celebração de acordos pela Administração é uma opção discricionária. No entanto, acrescenta ela, a escolha entre celebrar um ajuste ou buscar o sancionamento pela via tradicional não prescinde da análise sobre a melhor forma de concretização do interesse público. E é no caso concreto e dentro da margem de liberdade conferida pelo legislador que será possível concluir se se deve proceder à pactuação ou aplicar unilateralmente a sanção.³⁷

Reconhecendo que a discricionariedade não pode significar um “cheque em branco”, Igor Pereira Pinheiro e Mauro Messias registram que a recusa a uma eventual proposta de acordo deve ser necessariamente fundamentada, especialmente no caso do *Parquet*, uma vez que haverá uma clara negativa ao interesse do investigado ou demandado, a permitir a aplicação da mesma *ratio* do artigo 50, inciso I, da Lei 9.784/1999.³⁸

Também nesse sentido, Leydomar Nunes Pereira reitera que o MP e a pessoa jurídica interessada devem declinar das razões pelas quais se deixa de oportunizar o acordo, até mesmo como forma de permitir ao agente ímprobo questionar a recusa.³⁹

No tema, vale citar o Enunciado 74 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, realizada pelo Conselho da Justiça Federal nos dias 22 e 23 de agosto de 2016, em Brasília/DF.⁴⁰

Sob outro aspecto, a decantada discricionariedade não pode ir ao ponto de permitir que situações idênticas sejam imotivadamente tratadas de forma absolutamente diferentes.⁴¹ De relevo, no ponto, é a observação de Mônica Lefèvre sobre a necessidade de coerência e de isonomia da Administração, quando expressa que não se pode permitir que a Administração eleja o acordo como a alternativa mais adequada diante de determinada conjuntura e simplesmente aja de forma unilateral em outros casos idênticos.⁴²

Em remate, e inegavelmente, a margem da discricionariedade há de ser reduzida para os casos similares, a fim de evitar a quebra da isonomia e da impessoalidade, além da inobservância ao parágrafo

36 PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 285. Na jurisprudência, cf.: STJ, AgInt no RE no AgInt no RE nos EDcl no AgInt no AREsp Nº 1.341.323 – RS, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 07.05.2020.

37 LANE, Renata. Acordos no domínio da improbidade administrativa. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 109.

38 PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. Acordos de não persecução penal e cível. Leme: Mizuno, 2021. p. 202.

39 PEREIRA, Leydomar Nunes. Solução consensual na improbidade administrativa: acordo de não persecução cível. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 64. É de interesse mencionar o § 4º do art. 2º da Resolução nº 3/2021-CPJ do MP do Estado de Mato Grosso do Sul: “O membro do Ministério Público promoverá, sempre que possível, antes da propositura de eventual ação civil pública por ato de improbidade, a solução consensual do conflito, consignando nos autos, de forma motivada, sua tentativa, sua impossibilidade ou seu não cabimento”.

40 “74. Havendo autorização legal para a utilização de métodos adequados de solução de controvérsias envolvendo órgãos, entidades ou pessoas jurídicas da Administração Pública, o agente público deverá: (i) analisar a admissibilidade de eventual pedido de resolução consensual do conflito; e (ii) justificar por escrito, com base em critérios objetivos, a decisão de rejeitar a proposta de acordo”.

41 Em sentido aparentemente diverso, cite-se Juliana de Palma: “O mesmo direito à atuação administrativa consensual também não pode ser pleiteado pelo particular invocando precedente de mesma natureza em que tenha sido firmado o pacto ou comportamento consolidado”. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 285)

42 LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 141.

único do artigo 24 da LINDB.⁴³ Todavia, essa limitação da discricionariedade também não pode significar que os parâmetros já adotados em outros acordos sejam barreiras intransponíveis para avanços ou para ajustes que se revelarem necessários. O que se quer dizer é apenas que tratamentos *desiguais* devem exigir um reforço do respectivo ônus argumentativo.

3 ASPECTOS RELEVANTES E CONTROVERTIDOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

Como aventado já na introdução, não se tem o propósito ou a pretensão de esgotar todos os aspectos relevantes e controvertidos sobre o novel acordo de não persecução civil. Não haveria aqui espaço para tanto. Por decorrência, os itens que se seguem serão dedicados às indagações sobre os possíveis momentos de celebração de um ANPC e sobre a (im)prescindibilidade da colaboração para fins de obtenção de provas.

3.1 Os possíveis momentos de celebração do acordo

Na Lei 8.429/1992, a redação original do seu artigo 17, §1º, expressamente vedava a transação, o acordo ou a conciliação no campo da improbidade administrativa, realidade que, como visto, foi profundamente modificada com as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019.

No entanto, os dispositivos do projeto aprovado pelo Poder Legislativo, que permitiam *explicitamente* a consensualidade na fase pré-processual (ou seja, ainda durante o trâmite de um inquérito civil público, instaurado pelo Ministério Público, ou durante um procedimento administrativo, iniciado pelo ente lesado para a averiguação de atos de improbidade), vieram a ser vetados pela Presidência da República. Com isso, foram mantidos no texto apenas o citado §1º e o § 10-A do artigo 17 da LIA:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 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.

De outro vértice, foi também objeto de veto o então artigo 17-A, que era assim redigido:

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:

(...)

§ 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.

43 LANE, Renata. Acordos no domínio da improbidade administrativa. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 110.

§ 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.

O que se indaga no presente tópico é se, em face da legislação vigente (§ 1º e § 10-A do artigo 17), o ANPC pode ser admitido tanto na fase denominada de pré-processual quanto na fase processual. Ademais, se admitido o ANPC durante o curso de uma ação de improbidade, há então que se questionar até que instante procedimental o acordo poderia ser realizado.

De fato, e em face do citado § 10-A do artigo 17, poder-se-ia entender que somente há a permissão legal do ANPC para a fase processual⁴⁴ – e apenas até o momento da contestação. Mas, sob outra perspectiva, seria possível sustentar o contrário, isto é, que as próprias razões do veto presidencial (ao § 2º do artigo 17-A) impediriam o acordo na fase processual. Cite-se, pois, a justificativa do 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. (grifo nosso)

Como pondera Renata Lane, ao concordar com a motivação do veto presidencial, o acordo de não persecução cível supõe o não ajuizamento da ação justamente para evitar a judicialização. Acrescenta a autora que o Estado estaria dispondo da ação de improbidade administrativa para acordar com o interessado uma resposta ao ato ímprobo, com o intuito de encerrar o conflito de forma célere, sem a necessidade de ajuizar a demanda judicial para a imposição das sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/1992.⁴⁵

Nada obstante esses argumentos (sintetizados na afronta aos objetivos de celeridade e de desjudicialização ou mesmo na violação à vedação do comportamento contraditório por parte daquele que se negou ao acordo numa fase anterior), não se pode pretender fazer prevalecer as razões do veto sobre a lei que restou, ao final, publicada. E, inegavelmente, o § 10-A do artigo 17 da LIA trata especificamente do ANPC a ser celebrado em fase processual.

Assim, e em face da normativa em vigor, não há como negar que o ANPC possa ser pactuado após o ajuizamento da ação civil de improbidade.

Mas deve ainda ser registrado o respeitável entendimento de que, sendo admitido o ANPC na fase judicial, a própria lei teria estabelecido um limite para a sua celebração: somente até a contestação.

44 “De fato, como o Chefe do Poder Executivo nacional não sancionou integralmente o projeto em relação à LIA, o ajuste durante a instrução do inquérito civil ou mesmo de procedimento de investigação da Administração Pública foi implicitamente vedado”. (SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. “Pacote Anticrime” (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de Processo, Revista dos Tribunais online, vol. 303/2020, p. 291-314, maio 2020). Por igual: “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”. (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Consenso em Matéria de Improbidade Administrativa: Limites e Controvérsias em torno do Acordo de não Persecução Cível Introduzido na Lei nº 8.429/1992 pela Lei nº 13.964/2019. *Revista Interdisciplinar de Direito*. Curso de Direito do Centro Universitário de Valença. v. 18, n. 1, p. 145-162, jan./jun. 2020. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/845>. Acesso em: 11 set. 2021)

45 LANE, Renata. Acordos no domínio da improbidade administrativa. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 179-180.

Igor Pereira Pinheiro e Mauro Messias igualmente defendem essa barreira temporal objetiva – o fim do prazo da contestação, devendo, no caso, o juiz designar a audiência de conciliação do artigo 334 do CPC –, até mesmo para evitar chicana processual ou atitudes meramente protelatórias, especialmente considerando que o bem jurídico tutelado (direito difuso e fundamental à probidade administrativa) não pode estar submetido ao talante processual do réu. Afirmam os autores:

Deixar a máquina judicial conduzir um feito até o liminar de seu limite final como forma de estratégia, para, próximo do fim e diante de um cenário de possível condenação ou mesmo de improcedência recursal, permitir o acordo vai de encontro à finalidade concebida para a criação do instituto e depõe contra a boa-fé processual.⁴⁶

No mesmo sentido, Wallace Paiva Martins Junior compreende existir, sob o prisma do direito em vigor, marcos temporais bem definidos, uma vez que o artigo 17-A da Lei 8.429/1992 foi vetado e o § 10-A estabelece uma oportunidade adicional apenas até a contestação no processo judicial.⁴⁷

Também Renata Lane, a considerar a regra estabelecida no § 10-A do artigo 17 da LIA, afirma que não se trata apenas de uma regra processual de interrupção do prazo para contestação, mas, sim, de uma norma que limitaria o momento de celebração do ajuste. A autora observa, no entanto, que esse limite se refere às ações de improbidade administrativa ajuizadas após a Lei 13.964/2019, uma vez que, para as ações que já estavam em curso, seria possível a celebração do ANPC após a contestação, eis que se trata de “norma mais benéfica ao réu, sendo possível retroagir”.⁴⁸

Diga-se que há também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça decisão colegiada nesse mesmo sentido:

(...)

3. O pedido de sobrestamento decorrente da possibilidade de acordo advinda com a Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), no âmbito da ação de improbidade, deve ocorrer até a apresentação da contestação, evidenciando o esvaziamento da pretensão formulada pelo recorrente, à vista da atual fase processual.

4. Agravo interno e pedido de sobrestamento não conhecidos.⁴⁹

Por igual, vale citar o seguinte trecho de decisão monocrática do Ministro Mauro Campbell Marques:

(...)

Observa-se, portanto, que a previsão legal limita a formalização do acordo de não persecução cível ao prazo para contestação - § 10-A do art. 17 da Lei 8.429/92 - de modo que não é legalmente pos-

46 PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. Acordos de não persecução penal e cível. Leme: Mizuno, 2021. p. 188-189.

47 O próprio autor, contudo, não ignora a possibilidade de divergência de entendimentos, sopesando-se, de um lado, a limitação legal e, de outro, a funcionalidade do instituto. Por essa razão, destaca ele a necessidade de cautela para evitar o arrefecimento da repressão à improbidade, de modo que, por exemplo, o acordo não se torne uma via de “revisão indireta da condenação judicial à míngua de qualquer proveito ao interesse público”. (MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Acordo de não persecução cível. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renne do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord.). Acordos de não persecução penal e cível. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 339-340)

48 LANE, Renata. Acordos na improbidade administrativa: termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 195-197. No mesmo sentido: PEREIRA, Leydomar Nunes. Solução consensual na improbidade administrativa: acordo de não persecução cível. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 70.

49 STJ, 1ª turma, AgInt no REsp 1.659.082/PB, DJe 18.12.2020.

cível o acolhimento do requerimento ora apresentado por réu da ação de improbidade.

Não obstante, nota-se que o Ministério Público do Estado de São Paulo, legitimado no caso concreto, afirmou expressamente a ausência de interesse na celebração de acordo, pois os fatos imputados são gravíssimos, o processo está em fase avançada e as sanções já foram definidas - a efetivação do acordo desatende o interesse público e não se mostra o meio mais vantajoso neste momento (fl. 701 e-STJ). Diante o exposto, diante do impedimento legal à composição neste momento processual, julgo prejudicado o pedido.⁵⁰

Cabe também registrar a existência, na doutrina, de posição no sentido de que o ANPC poderia ser utilizado mesmo *após* a contestação, porém somente antes da sentença, a qual não poderia ser modificada por meio de um negócio jurídico. Assim, por exemplo, Calil Simão defende que tais ajustes somente podem ser celebrados até a sentença, uma vez os acordos não teriam sido instituídos para modificar provimentos condenatórios nem para permitir que o magistrado altere substancialmente a sua sentença com base num negócio jurídico superveniente.⁵¹

Mas há ainda posição no sentido de que o acordo de não persecução cível deve ter por limite somente o momento do trânsito em julgado da sentença de mérito, a qual apenas poderia ser modificada pela ação rescisória, prevista no artigo 966 do CPC.

De todo o modo, acredita-se que limitar o acordo ao momento de apresentação da defesa não corresponde à melhor interpretação.

Conforme expressa o artigo 3º do Código de Processo Civil, a solução consensual dos conflitos deverá ser estimulada no curso de *todo* o processo judicial, não havendo na contestação nenhum limite temporal para a consensualidade. Ademais, o artigo 4º da lei processual estabelece que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, *incluída* a atividade satisfativa. Não se pode também deixar de mencionar que o artigo 139, V, do CPC, determina incumbir ao juiz promover, *a qualquer tempo*, a autocomposição.

Sobre o tema, Fábio Medina Osório informa que, entre as modificações promovidas pelo Poder Legislativo na proposta original, está a inserção do § 10-A no artigo 17, para permitir a suspensão do prazo de contestação nas ações por improbidade administrativa durante as tratativas de um acordo, o que, no entanto, *não* pode significar um impedimento para que o ajuste ocorra em fase posterior à defesa.⁵²

Veja-se que, por ocasião do julgamento do Acordo no AREsp 1.467.807/GO, o STJ chegou a homologar acordo de não persecução cível firmado já em fase de recurso especial:

Trata-se de pedido de homologação de acordo celebrado entre as partes, com extinção do processo, nos termos do artigo 487, inciso III, alínea “b”, do Código de Processo Civil (fls. 1052-1053, e-STJ). Conforme estabelece o art. 487, III, “b”, do CPC/2015, a homologação da autocomposição das partes acerca do objeto litigioso resulta na resolução do mérito.

Diante do exposto, julgo prejudicado o agravo interno das fls. 940-987, e-STJ, por perda de objeto, ho-

50 STJ, PET no AREsp 1.611.266/SP, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 23.10.2020.

51 SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*. 5. ed. Leme: Mizuno, 2021. p. 418.

52 OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto de não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civil-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial>. Acesso em: 7 set. 2021.

mologo o acordo noticiado às fls. 1.052-1.061, e-STJ, e extingo o processo com resolução do mérito. Após o trânsito em julgado, encaminhem-se os autos à origem. Publique-se. Intimem-se.
Brasília (DF), 19 de maio de 2020.
MINISTRO HERMAN BENJAMIN Relator⁵³

No entanto, é fato que, neste caso, o MPF, na condição de *custos legis*, interpôs agravo interno contra a decisão homologatória do acordo firmado entre um Promotor de Justiça de primeiro grau e os réus, já condenados nas etapas jurisdicionais precedentes. Em razão desse recurso do MPF, o Ministro relator tornou sem efeito a homologação do ajuste e submeteu a questão ao colegiado (AgInt no Acordo no AREsp 1.467.807/GO, *ainda pendente de julgamento*):

(...)
O Ministério Público do Estado de Goiás e os réus requereram nestes autos a homologação de acordo em Ação de Improbidade Administrativa, por meio do qual se transacionou sobre as sanções impostas pelas instâncias ordinárias, mantendo o impedimento de contratar com o Poder Público e a imposição de multa, mas excluindo a suspensão de direitos políticos.
(...)
Embora tenha homologado o acordo (fl. 1.063, e-STJ), reputo relevantes os argumentos expendidos pelo agravante.
A possibilidade de acordo em Ação de Improbidade é tema ainda não discutido na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
Torna-se, assim, imperioso que haja pronunciamento colegiado, especialmente no caso dos autos, em que a avença está sendo proposta após dupla condenação nas instâncias ordinárias e decisão monocrática de não conhecimento do apelo na instância superior.
Ante o exposto, com fulcro no art. 1.021, § 2º, do CPC, c/c o art. 259 do RISTJ, reconsidero a decisão agravada, para tornar sem efeito a homologação feita à fl. 1.063, e-STJ.
Após a comunicação das partes, voltem-me os autos conclusos.
Publique-se.
Intimem-se.
Brasília, 15 de outubro de 2020.
MINISTRO HERMAN BENJAMIN Relator⁵⁴

Num outro caso, referente aos autos da ação civil pública 1004266-29.2016.8.26.0462, o Ministério Público do Estado de São Paulo (2ª Promotoria de Justiça de Poá/SP) celebrou um ANPC com um dos réus (uma empresa dedicada à locação de equipamentos médico-hospitalares) mesmo após a sentença condenatória de primeiro grau.

Nesse acordo, homologado pelo próprio juiz antes do julgamento dos embargos de declaração apresentados em face da aludida sentença, restou justificada a excepcional situação da saúde pública nacional (em razão da pandemia COVID-19) para afastar a sanção judicial de proibição de contratar com o Poder Público.⁵⁵ A ação de improbidade administrativa foi então extinta em da face empresa, que, além de reconhecer ter contratado com o ente municipal sem a devida licitação, assumiu as obrigações de ressarcir o erário e de adimplir o pagamento de multa civil por meio da entrega de dois ventiladores pulmonares. O

53 STJ, Acordo no AREsp 1.467.807-GO, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 02.06.2020.

54 STJ, AgInt no Acordo no AREsp 1.467.807-GO, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 12.11.2020.

55 SIMÃO, Calil. Improbidade administrativa: teoria e prática. 5. ed. Leme: Mizuno, 2021. p. 416.

feito prosseguiu em face do corréu que não participou do ajuste (prefeito municipal) e a sua condenação veio a ser mantida pelo TJ/SP.

Vale anotar que a Nota Técnica nº 02/2020-PGJ/CAOPP do Ministério Público do Estado de São Paulo bem demonstra que a predefinição de uma preclusão temporal para o ANPC, seja na fase da contestação, seja em outro momento, poderá ser prejudicial à tutela da probidade administrativa. Basta imaginar, diz a normativa, uma hipótese em que o réu, embora recalcitrante em celebrar o ANPC, decide fazê-lo só após a sentença, mas mediante o compromisso de identificar todos os demais responsáveis pelo ilícito, bem como de colaborar para a efetiva recuperação dos valores subtraídos do erário.

Não celebrar o acordo representaria aqui, isso sim, abrir mão de uma proteção mais ampla e eficiente ao patrimônio público e à moralidade administrativa.

Enfim, mais importante do que prefixar abstratamente momentos para a celebração do acordo, será reconhecer e demonstrar que o ajuste celebrado vai ao encontro do melhor caminho para a defesa da probidade administrativa.

Calha observar que há na doutrina inclusive quem entenda pela possibilidade de acordos na fase de cumprimento da sentença:

Por fim, é importante destacar que, em fase de execução, o acordo somente será possível caso ainda não tenha havido a identificação dos demais agentes infratores ou ainda não tenha sido reunidas provas suficientes contra os mesmos, devendo os benefícios se darem na medida da contribuição e, levando em conta, sobretudo, que não se poderá, nesse momento processual, conceder os benefícios na mesma proporção em que poderiam ser concedidos na fase de investigação, sob pena de banalizar o instrumento.⁵⁶

Há que se concordar, todavia, que admitir o ANPC após a contestação demandará sempre uma especial motivação, na medida em que, conforme o avanço das fases processuais, deverá ter lugar uma maior exigência para a celebração do ajuste, com a consequente diminuição dos benefícios que podem ser concedidos ao demandado. Em outros termos, e sempre ressalvadas as peculiaridades do caso concreto, não se pode, em regra, conceder as mesmas vantagens àquele que firmou o acordo antes do ajuizamento da ação e àquele que somente se dispôs a pactuar, por exemplo, após o encerramento de uma complexa fase instrutória ou já após uma condenação em primeiro grau. Como bem expõe Renata Lane:

Ocorre que, ao permitir a celebração do acordo de não persecução cível em duas oportunidades, a negociação entre as partes deveria sofrer um influxo do princípio da proporcionalidade com relação às obrigações a serem assumidas pelo interessado: antes do ajuizamento da ação, as obrigações acertadas deveriam ser menos rigorosas que as obrigações acordadas em uma segunda oportunidade. Isto é, ajuizada a ação de improbidade administrativa, tal fato deveria ser considerado na proporcionalidade da sanção a ser acordada entre as partes por meio do instrumento de não persecução cível.⁵⁷

56 BEDÊ JUNIOR, Américo; BREDÁ, Lara Carvalho. O acordo de leniência e a derrogação tácita da vedação para realização de acordo no âmbito da improbidade administrativa. *Revista de Processo*. vol. 314. ano 46. p. 249-282. São Paulo: Ed. RT, abr. 2021.

57 LANE, Renata. Acordos no domínio da improbidade administrativa. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 184-185. Essa mesma lógica pode ser destacada da opinião de Thiago Marrara, quando, embora tratando do acordo de leniência, sugere que para o acordo prévio seria ideal que se garantisse um benefício maior, já que o infrator admite algo até então ignorado pelo Estado. (MARRARA, Thiago. Comentários ao art. 16. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (coord.). *Lei Anticorrupção comentada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 223)

Obviamente, essa distinção entre as fases pré-processual e processual de celebração do ANPC, como um critério de dosimetria da sanção a ser pactuada, não pode excluir outras ponderações, como a conduta do agente, o proveito patrimonial obtido, a consumação ou não da infração, a extensão do dano, a situação econômica do infrator etc., conforme orienta o próprio artigo 12 da LIA e, por analogia, também o artigo 7º da Lei 12.846/2013.

Já sobre a possibilidade de o ANPC ser celebrado na fase pré-processual, e embora o § 10-A do artigo 17 da LIA trate unicamente do ANPC judicial, não há como questionar que a previsão genérica do § 1º do citado artigo 17 autoriza a realização do acordo antes da propositura da demanda.

Por esse lado, Fábio Medina Osório admite a ampla possibilidade de que um acordo de não persecução cível seja pactuado nos autos de um inquérito civil ou em procedimento administrativo instaurado pelo ente lesado.⁵⁸ Pontuam também Christiano Jorge Santos e Silvio Antonio Marques que, mediante uma interpretação sistemática, nada impede a formalização do acordo na fase pré-processual, pois se trata de instrumento que visa a evitar, como o próprio *nomen juris* sugere, a persecução, que, no caso, é o processo da ação de improbidade administrativa. Sobre a incoerência que resultaria de qualquer interpretação diversa, assim acrescentam os autores:

Se não forem aceitos tais ajustes durante a investigação, haverá grave discrepância entre os instrumentos penais e civis, percebida, empiricamente, com facilidade. Com efeito, se um agente público cometer, por exemplo, crime de peculato, poderá subscrever um Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), pois preenchidos os requisitos previstos no art. 28-A do Código de Processo Penal (com redação pela Lei 13.964/2019) e do art. 18 da Resolução CNMP 181/2017. Caso cumpra as condições ajustadas com o *Parquet*, o agente sequer será processado. No entanto, a sua situação durante a investigação por ato de improbidade administrativa não será a mesma: inexistindo a possibilidade de firmar acordo extrajudicial, por causa da aplicação pura e simples do novo texto da LIA, poderá ser processado e condenado por ter admitido o ato ilícito.⁵⁹

Fernando da Fonseca Gajardoni igualmente expressa que as partes podem celebrar ajustes antes, com base no artigo 17, § 1º, da LIA, ou durante o curso da ação civil de improbidade (artigo 17, § 10-A).⁶⁰

Mas há que se reconhecer que é na pactuação pré-processual que o ajuste tende a contemplar uma mais rápida obtenção de elementos de provas e recuperação de ativos desviados do erário, bem como melhor contribuir com a celeridade da solução do conflito.⁶¹ O objetivo da consensualidade, nessa ótica, revela-se mais coerente com a própria fase pré-processual.

Deveras, há inclusive quem entendia que a então redação original – e proibitiva – do artigo 17,

58 OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto de não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial>. Acesso em: 7 set. 2021. Defende também a possibilidade de celebração do ANPC na fase extrajudicial: SIMÃO, Calil. Improbidade administrativa: teoria e prática. 5. ed. Leme: Mizuno, 2021. p. 437.

59 SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. “Pacote Anticrime” (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de Processo, Revista dos Tribunais online, vol. 303/2020, p. 291-314, maio 2020.

60 GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 460-461.

61 SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. “Pacote Anticrime” (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de Processo, Revista dos Tribunais online, vol. 303/2020, p. 291-314, maio 2020.

§ 1º, da LIA sequer vedava a celebração de acordo na fase pré-processual, mas somente na fase processual, justamente porque o ajuizamento da ação já pressupõe elementos suficientes de autoria e materialidade, o que subtrairia o interesse na celebração do ajuste.⁶²

Por fim, vale registrar que nada impede que o ANPC tenha por objeto fatos anteriores à atual redação do artigo 17, § 1º, da LIA, eis que, sob o prisma do direito punitivo, a lei poderá retroagir para beneficiar o réu. Ademais, e se a própria justificação do acordo pressupõe também benefícios ao interesse público, não há razão para negar a possibilidade de aplicação retroativa da lei.⁶³

3.2 A colaboração para a obtenção de provas

Reserva-se o presente tópico para analisar se a pactuação do ANPC deve necessariamente estar atrelada à finalidade de obtenção de provas, a exemplo dos acordos de leniência (Lei 12.846/2013) e de colaboração premiada (Lei 12.850/2013).

Ao retratar a omissão da Lei 8.429/1992 quanto às condições para a celebração de um ANPC, Christiano Jorge Santos e Silvio Antonio Marques afirmam, por exemplo, que nada impede seja celebrado o ajuste utilizando-se, por analogia, do disposto na Lei Anticorrupção, a qual autoriza o acordo de leniência desde que o responsável pelo ato ilícito colabore na identificação dos demais envolvidos, quando couber, e na obtenção célere de informações e documentos que comprovem os atos sob apuração. Por isso, concluem os autores que “podem ser considerados como requisitos do ANPC aqueles previstos no § 1º do art. 16 da Lei 12.846/2013”.⁶⁴

Embora a apresentação de provas deva ser considerada um importante elemento de justificação do acordo – e também um não menos importante critério para a isenção ou redução das sanções –, não se pode ignorar, todavia, a possibilidade de o ANPC restar celebrado mesmo sem essa colaboração probatória.⁶⁵

Na doutrina, Renata Lane expressa que seria equivocado exigir a obrigatoriedade da colaboração do agente ímprobo, que aceitará a aplicação imediata das sanções propostas pelo ente legitimado, ainda que a improbidade administrativa tenha sido praticada em concurso de pessoas, pois não se pode confundir o ANPC com o acordo de leniência.⁶⁶ É também nesse sentido a orientação de Landolfo Andrade, para quem o acordo de não persecução cível, assim como o ANPP, dispensam a colaboração probatória.⁶⁷

62 SANTOS, Kleber Bispo dos. Acordo de leniência na lei de improbidade administrativa e na lei anticorrupção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 157-158. No mesmo sentido: LIMA, Wellington Henrique Rocha de; FERREIRA, Jussara Borges. Mediação, conciliação e acordos nos atos de improbidade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 182.

63 Nesse sentido, Calil Simão fala que o ANPC deve constituir um “benefício bifronte”. (SIMÃO, Calil. Improbidade administrativa: teoria e prática. 5. ed. Leme: Mizuno, 2021. p. 420).

64 SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. “Pacote Anticrime” (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de Processo, Revista dos Tribunais online, vol. 303/2020, p. 291-314, maio 2020.

65 Nesse sentido, Calil Simão expressa que o ANPC se diferencia do acordo de leniência por “não reclamar que o agente colabore com as investigações” e “não constituir um instrumento de investigação ou de auxílio a ela”. (SIMÃO, Calil. Improbidade administrativa: teoria e prática. 5. ed. Leme: Mizuno, 2021. p. 417)

66 Contudo, a autora admite que, havendo colaboração, tal situação poderá ser considerada na dosimetria da sanção, muito embora, considera ela, “o ANPC não seja um instrumento essencialmente colaborativo”. (LANE, Renata. Acordos na improbidade administrativa: termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 198-199)

67 ANDRADE, Landolfo. Autocomposição na esfera da Improbidade Administrativa. Disponível em: <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/565364345/autocomposicao-na-esfera-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 12 set. 2021.

E certamente assim ocorrerá quando o ato de improbidade administrativa, por exemplo, puder ser considerado de menor extensão e tiver sido praticado por um único agente, ou seja, pelo próprio celebrante. Do contrário, ter-se-ia que admitir, *impropriamente*, que somente os investigados por fatos de maior complexidade e em concurso com outros agentes – como sói ocorrer nos casos mais graves e reprováveis – poderiam se beneficiar do acordo.

O acordo de não persecução cível, portanto, poderá restar justificado sem que haja necessariamente a inclusão de cláusulas de colaboração para a obtenção de provas respeitantes aos fatos investigados ou a eventuais outros agentes.

Noutras palavras, e embora seja possível – e muitas vezes será até mesmo imprescindível – que o acordo seja celebrado visando à aquisição de provas sobre os fatos em apuração ou sobre a participação de outros envolvidos, nada impede que o ANPC, a depender da situação concreta (ou seja, a depender da realidade fática, das vantagens de uma solução célere do conflito em face da estimativa de demora do trâmite processual, do cumprimento efetivo da sanção ajustada, do rápido ressarcimento do dano, da cessão da prática da improbidade etc.), seja celebrado sem cláusulas de colaboração probatória.

Nesse sentido, Sofia Cavalcanti Campelo afirma que, no acordo celebrado como forma de solucionar o conflito, não há a exigência de colaboração com as investigações. Assim, “sendo esta a opção legislativa, pode-se, por exemplo, optar por abrandar as sanções da LIA pela simples disposição do réu de não contestar a ação e de reparar os danos”.⁶⁸

Tal conclusão, todavia, não significa admitir que o celebrante esteja autorizado a esconder a realidade ou esteja autorizado a se omitir em revelar o que sabe sobre os atos objeto da investigação, especialmente quando se tratar de atos de improbidade praticados em concurso de pessoas ou em continuidade delitiva. E é para evitar esse reprovável comportamento que o acordo necessariamente deverá prever, como consequência da eventual exposição dos fatos em desacordo com a verdade, a perda dos benefícios pactuados.

Enfim, e a despeito da inexistência da colaboração probatória, poderá ser suficiente para permitir e justificar a celebração do ANPC – com a consequente fixação consensual de sanções – o escopo, o caro escopo de se conferir uma resposta efetiva e célere aos atos que ofendam a probidade administrativa, o que muitas vezes somente será possível quando se evita uma morosa, custosa e incerta lide judicial.

No entanto, e a depender da complexidade das circunstâncias fáticas, o incentivo à colaboração probatória deve ser uma preocupação do ente legitimado, seja para, dentro de seu espaço de discricionariedade, negar o acordo, seja para permitir a concessão de maiores vantagens àquele que efetivamente contribuir para a identificação da real extensão objetiva e subjetiva do ilícito.

CONCLUSÃO

1. A modificação promovida na LIA pela Lei 13.964/2019 insere-se num contexto normativo de expansão da consensualidade no domínio do Direito Administrativo Sancionador. Iniciadas com a previsão da figura do compromisso de ajustamento de conduta no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, as

68 CAMPELO, Sofia Cavalcanti. Acordo em ação de improbidade administrativa: desafios atuais e perspectivas para o futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 1011. ano 109. p. 23-50. jan. 2020.

inovações tiverem continuidade com as Leis 10.149/2000, 12.529/2011, 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), 13.140/2015 (Lei da Mediação), com o próprio Código de Processo Civil, pródigo ao estimular a solução consensual de conflitos, e com a Lei 13.655/2018, em razão das alterações promovidas na LINDB.

2. Pode-se dizer que a busca pela alternativa da pactuação espelhou a insuficiência do modelo tradicional de sancionamento, que passou a demandar a experimentação de novas técnicas para um combate mais efetivo da prática de atos ilícitos e para uma solução mais célere e econômica dos conflitos dela decorrentes. Seja pela ineficiência desse modelo tradicional (e unilateral), seja em razão da sofisticação e complexidade de determinadas organizações dedicadas à ilicitude, negociar passou a ser a única forma de identificar a extensão de certas práticas ilícitas, de punir e de ressarcir danos.

3. De outro lado, a ideia de que a consensualidade era incompatível com a tutela da probidade administrativa foi sendo desafiada pela adoção de métodos consensuais no próprio campo do Direito Penal.

4. Não é sem razão, portanto, que o artigo 17, §1º, da LIA, com a redação conferida pela Lei 13.964/2019, passou a admitir o acordo de não persecução cível (ANPC).

5. Busca a consensualidade, ademais, aumentar o grau de cumprimento das sanções e diminuir a inegável sensação de impunidade, em contraponto aos infindáveis trâmites processuais comumente verificados nas ações civis de improbidade administrativa.

6. Mas a consensualidade ainda impacta e transporta desafios. Impacta porque representa a superação da ideia da impossibilidade de negociação com o Poder Público ou de que a sanção deve ser sempre imposta de forma unilateral e como uma resposta automática a qualquer infração. E traz desafios porque exige um novo padrão de atuação do ente legitimado, ao qual fica autorizado acordar a substituição, atenuação ou mesmo a remissão de certas penalidades. Desse modo, haverá aqui sempre um difícil equilíbrio: as vantagens representadas pelo acordo não podem ir ao ponto de fazer com que o ilícito tenha valido a pena, mas há que se evitar que o instituto fique desprovido de atratividade.

7. Não se pode nem se deve buscar desconstruir a ideia de interesse público para se admitir a consensualidade. Muito pelo contrário! A consensualidade pressupõe justamente a compreensão de que a via concertada não seria uma forma de dispor do interesse público, mas, sim, um meio de atingi-lo, com efetividade, economia de tempo e de custos e com uma maior adequação da solução negociada em face das especificidades da situação concreta.

8. Bem por isso, a opção pela consensualidade deve exigir a devida justificação da autoridade competente, justificação que deverá, concretamente, explicitar que os ganhos advindos com a transação superam os resultados que se poderia esperar de uma atuação sancionatória tradicional.

9. Quanto à sua natureza jurídica, cabe registrar que o acordo não se confunde com o negócio jurídico processual atípico que veio a ser previsto no CPC, na medida em que, inegavelmente, as consequências de um eventual perdão, redução ou substituição de qualquer das sanções previstas na lei são de natureza *material*.

10. Há certo consenso de que o ANPC não representa um direito subjetivo do investigado ou demandado. Contudo, a discricionariedade administrativa não pode ir ao ponto de permitir que situações

idênticas sejam tratadas de forma absolutamente diferentes, sob pena de afronta aos deveres de coerência e de isonomia. Mas essa redução da discricionariedade também não pode significar que os parâmetros já adotados em outros acordos sejam barreiras intransponíveis para avanços ou para ajustes que se revelarem necessários, de modo que eventuais tratamentos desiguais para situações semelhantes devem sempre exigir um reforço do ônus argumentativo.

11. Muitas das dúvidas e questões que assombram o ANPC decorrem, em verdade, da ausência de uma disciplina legal de seus requisitos. É que, como resultado do veto presidencial ao artigo 17-A da Lei 8.429/1992, pode-se dizer que a LIA expressamente autoriza os acordos de não persecução cível, mas não disciplina os seus requisitos e condições.

12. No presente artigo, foram, ao final, abordadas as questões sobre os possíveis momentos de celebração do ANPC e sobre a necessidade de colaboração probatória.

13. Especificamente no que respeita à indagação sobre os possíveis momentos de celebração, pode-se concluir que o acordo poderá ser celebrado tanto na fase pré-processual quanto na fase processual. Mas, inegavelmente, a negociação efetivada em momentos posteriores à contestação deverá sempre demandar uma especial motivação.

14. Por fim, e a despeito da inexistência da colaboração probatória pelo réu ou investigado, poderá ser suficiente para permitir e justificar a celebração do ANPC o escopo de se conferir uma resposta efetiva e célere aos atos que ofendam a probidade administrativa, o que muitas vezes somente será possível quando se evita uma morosa, custosa e incerta lide judicial. No entanto, e a depender da complexidade das circunstâncias fáticas, poderá o ente legitimado, dentro de seu espaço de discricionariedade, negar o acordo ou mesmo permitir a concessão de maiores vantagens àquele que efetivamente contribuir para a identificação da real extensão objetiva e subjetiva do ilícito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Landolfo. Autocomposição na esfera da Improbidade Administrativa. Disponível em: <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/565364345/autocomposicao-na-esfera-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 12 jul. 2021.

BEDÊ JUNIOR, Américo; BREDÁ, Lara Carvalho. O acordo de leniência e a derrogação tácita da vedação para realização de acordo no âmbito da improbidade administrativa. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 46, nº 314, p. 249-282, abr. 2021.

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. p. 133-171. São Paulo: RT, jul. 2017.

CAMPELO, Sofia Cavalcanti. Acordo em ação de improbidade administrativa: desafios atuais e perspectivas para o futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 1011. ano 109. p. 23-50. jan. 2020.

CANETTI, Rafaela Coutinho. Acordo de Leniência: Fundamentos do instituto e os problemas de seu trans-

plante ao ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBI, Eduardo. Solução extrajudicial de conflitos na proteção do patrimônio público e da probidade administrativa. *Revista dos Tribunais*. vol. 994/2018. p. 49-69. ago./2018.

FUNARI, Marcos Roberto; SOUZA, Motauri Ciocchetti de. Composição civil em improbidade administrativa. *Revista de Processo*. vol. 291. p. 287-307. Maio 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

LANE, Renata. *Acordos na improbidade administrativa: termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

LANE, Renata. *Acordos no domínio da improbidade administrativa*. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. *A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Acordo de não persecução cível*. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renne do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord.). *Acordos de não persecução penal e cível*. Salvador: JusPodivm, 2021.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Natureza jurídica do instituto de não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial*. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial>. Acesso em: 7 set. 2021.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PEIXOTO, Ravi. *A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo Poder Público – uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 261, p. 467-497, nov. 2016.

PELEGRINI, Marcia. *A consensualidade como método alternativo para o exercício da competência punitiva dos Tribunais de Contas*. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (coord.). *Direito Administrativo*

Sancionador. Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019.

PEREIRA, Leydomar Nunes. Solução consensual na improbidade administrativa: acordo de não persecução cível. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. Acordos de não persecução penal e cível. Leme: Mizuno, 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Consenso em Matéria de Improbidade Administrativa: Limites e Controvérsias em torno do Acordo de não Persecução Cível Introduzido na Lei nº 8.429/1992 pela Lei nº 13.964/2019. Revista Interdisciplinar de Direito. Curso de Direito do Centro Universitário de Valença. v. 18, n. 1, p. 145-162, jan./jun. 2020. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/845>. Acesso em: 11 jul. 2021.

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: 10 set. 2021.

RODRIGUES, Paulo Cesar Villela Souto Lopes. O papel do juiz no acordo de colaboração premiada como espécie do gênero negócio jurídico processual e as inovações do Pacote Anticrime. In: DUTRA, Bruna Martins Amorim; AKERMAN, William (organizadores). Pacote Anticrime: análise crítica à luz da Constituição Federal. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. “Pacote Anticrime” (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de Processo, Revista dos Tribunais online, vol. 303/2020, p. 291-314, maio 2020.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SIMÃO, Calil. Improbidade administrativa: teoria e prática. 5. ed. Leme: Mizuno, 2021.

VORONOFF, Alice et al. Improbidade administrativa e consensualidade. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/improbidade-administrativa-e-consensualidade-08112019>. Acesso em: 17 set. 2021.

VORONOFF, Alice. Direito administrativo sancionador no Brasil: justificção, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ZOCKUN, Maurício; MORETTINI E CASTELLA, Gabriel. Programas de leniência e integridade como novos instrumentos no Direito Administrativo Sancionador hodierno. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). Direito Administrativo Sancionador. Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019.