

Acordo de não persecução cível: limites e condições

Raphael de Matos Cardoso

Professor. Diretor de Relações Institucionais do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro (IDASAN).

Resumo: Analisaremos um dos aspectos que alteraram sensivelmente a perspectiva sob a qual se manifesta o interesse público (supremacia e indisponibilidade), a consensualização. Para além da consensualidade e do consenso, que podem ser obtidos nas diversas relações do poder público, a consensualização em matéria sancionatória é ainda incipiente e impõe muitos desafios. Um deles se refere à recente ferramenta introduzida na lei de improbidade administrativa, o acordo de não persecução cível. Não obstante a atualização necessária – visto que a lei de improbidade estava praticamente isolada no microsistema de tutela da probidade ao vedar a possibilidade de acordo –, o aprimoramento, além de tardio, veio deficitário, na medida em que a disciplina do acordo de não persecução cível, já abreviada, foi absolutamente esvaziada a partir do veto presidencial, o que deixou o novo instituto órfão de regulamentação. Diante dessa lacuna, a luta agora é pela solução, e uma delas é a acomodação por meio de atos infralegais. Analisaremos o mais abrangente deles até este momento.

Palavras-chave: Acordo. Improbidade. Interesse público.

Abstract: We will analyze one of the aspects that significantly changed the perspective under which the public interest manifests itself (supremacy and unavailability), consensualization. In addition to the consensus and consensus, which can be obtained in the various relations of the public authorities, consensus on sanctions is still insipient and imposes many challenges. One of them refers to the recent tool introduced in the law of administrative improbity, the civil non-prosecution agreement. Notwithstanding the necessary updating, since the law of improbity was practically isolated in the microsystem of probity protection by prohibiting the possibility of an agreement, the improvement, in addition to being late, came in deficit, insofar as the discipline of the civil non-prosecution

agreement, already abbreviated, was completely emptied from the presidential veto, which left the new regulatory orphaned institute. Faced with this gap, the fight is now for a solution and one of them is accommodation through infra-legal acts. We'll review the most comprehensive of them to date.

Keywords: Agreement. Improbability. Public interest.

Sumário: 1 A evolução do direito administrativo e a consensualização. 2 A consensualização na improbidade administrativa. 2.1 Acordo de não persecução cível, termo de ajustamento de conduta e acordo de leniência. 3 Análise da Orientação n. 10 do Ministério Público Federal. 4 Efeitos da celebração do acordo de não persecução cível. 5 Conclusão.

1 A evolução do direito administrativo e a consensualização

As matrizes clássicas do direito administrativo são datadas do século XIX, quando, a partir do nascimento do Estado de Direito, foram concebidos os alicerces sobre os quais esse ramo repousaria, entre eles e para o que importa ao presente estudo: o interesse público (supremacia sobre o direito privado e indisponibilidade).

A respeito da origem do direito administrativo, Gustavo Binbenbojm afirma que o surgimento do direito administrativo e de suas categorias peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da administração, discricionariedade etc.) representou uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do antigo regime. O direito administrativo não surgiu da submissão do Estado à vontade do legislador; a formulação de novos princípios gerais e novas regras jurídicas cabia ao Conselho de Estado, órgão intestino do Executivo, que também é o responsável pelo julgamento da administração.¹

O direito administrativo, a partir da justificativa de perseguição do interesse público, municiou a Administração Pública de pode-

¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 11.

res ou prerrogativas;² inseriu-a na posição vertical de autoridade e qualificou seus atos com atributos muitas das vezes inexistentes nas relações entre particulares, como presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade. Por muito tempo essas prerrogativas foram interpretadas como privilégios decorrentes do poder conferido à Administração Pública; se por um lado ampliaram a capacidade do poder público, ao passo que o colocam em posição de superioridade, por outro lado reduziram essa mesma capacidade, na medida em que limitam o espectro de possibilidades de atuação,

2 Jacintho Arruda Câmara, a propósito das prerrogativas, em artigo publicado no Jota, afirmou: “O que a legislação de contratações públicas trata como ‘prerrogativa’ da Administração não passa da assimetria normal que existe entre contratante e contratado, algo comum também nas contratações do mundo privado. O proclamado regime exorbitante é, na verdade, comum e identificável nas relações contratuais privadas. O exemplo dos contratos de empreitada revela a simetria de regimes jurídicos, encoberta pela narrativa exagerada da lei de contratações públicas. Veja-se:

- Modificação unilateral: no mundo privado, contratante de obra privada também pode alterar o projeto inicialmente contratado com seu empreiteiro. A mudança demandará repactuação de preço, assim como nas contratações de obras públicas. Mas o poder de negociação do contratante de obra privada é maior, já que não está preso ao equilíbrio econômico-financeiro original ou a limites de variação no valor do contrato.

- Rescisão unilateral: o contrato de obra do mundo privado pode ser resiliado por vontade do contratante, que será obrigado a indenizar o empreiteiro pelos danos e lucros cessantes. No contrato de obra pública, a mesma obrigação é imposta pelo STJ à Administração, quando o rescinde motivada pelo interesse público.

- Sanção: o contratante de obra no mundo privado também pode proscrever o empreiteiro de seu ‘cadastro de fornecedores’, algo como uma declaração privada de inidoneidade. Com a vantagem de não precisar abrir processo administrativo nem correr o risco da revisão judicial. As prerrogativas contratuais públicas não dão à Administração posição excepcional efetiva, se comparada à dos contratantes privados. A prática demonstra que o contratante do mundo privado possui faculdades com eficácia equiparável ou superior às conferidas à Administração nos contratos do mundo público”.

E arremata o autor: “É inadequado insistir na ideia de que a administração é fortalecida por cláusulas exorbitantes. Além de não refletir a realidade, o mito fomenta a tendência de, em contrapartida, admitir compensações exageradas aos fornecedores”. CÂMARA, Jacintho Arruda. O mito das cláusulas exorbitantes: vale a pena alimentá-lo na nova lei das contratações públicas? *Online: Jota*, 22 out. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-mito-das-clausulas-exorbitantes-22102019>. Acesso em: 23 set. 2020.

pois confinam a Administração Pública nos estreitos limites do interesse público, impostos pela sua supremacia e indisponibilidade.

Nas complexidades hoje manifestadas nas relações, não é mais possível acolher a hermeticidade das soluções de outrora, especialmente diante de novos desafios e da nova realidade. Exemplos disso são as grandes corporações cuja matéria-prima principal senão exclusiva é o dado pessoal; além de se comportarem como se fossem governos (basta citarmos como exemplo o Facebook e o tribunal criado pela própria plataforma para julgamento a respeito do conteúdo das publicações dos seus usuários), as maiores empresas do mundo ditam regras e são responsáveis por processos tecnológicos que atingem o próprio Estado, como os algoritmos, a inteligência artificial e as decisões tomadas pelas máquinas.

Floriano de Azevedo Marques Neto chamou de ato administrativo autista aquele cuja principal característica é um

brutal déficit de comunicação com o meio ambiente cultural, social, econômico; sua absoluta indiferença para com os administrados e com a sociedade que, em última instância, são destinatários e razão de ser da prática destes atos.³

O autor adverte que a presunção de legitimidade e veracidade, a imperatividade, a exigibilidade e a autoexecutoriedade são características que concorrem para moldar uma visão de ato administrativo que desconsidera em absoluto a condição do administrado. Como emanção da autoridade estatal, o ato administrativo deveria ser, na concepção autista cunhada por Floriano, uma manifestação incontrastável do poder extroverso estatal. Por isso, a presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade, exigibilidade e autoexecutoriedade somente faz sentido se admitida uma efetivação conflituosa do ato administrativo.⁴

3 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 96.

4 MARQUES NETO, 2011.

Se na sua origem o direito administrativo se apresentou como ferramenta para sobrevivência, ainda que tímida e disfarçadamente, do absolutismo e do autoritarismo, o passar dos anos lhe caiu bem. Aos poucos a dicotomia e a bipolaridade público-privado cede espaço à composição e à conciliação. As instituições, os órgãos e os instrumentos disponíveis à esfera pública redimensionada são bastante diversos daqueles tipicamente disponíveis no âmbito do Estado tradicional.⁵

A noção de interesse público aparece como fundamento, limite, instrumento, medida e finalidade das funções administrativas. Apresenta-se, ainda, como suporte e legitimação do ato administrativo, e compõe, com frequência, o motivo e a finalidade.⁶

Embora sem conteúdo preciso, porquanto é um conceito indeterminado que deve ser preenchido historicamente, a depender do corpo social que o demande, o interesse público recebeu auras de postulado, figurando como o principal instituto do direito público. A partir dele foram construídas a supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público, alicerces sobre os quais, segundo a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, está sustentado o regime jurídico de direito administrativo.

O primeiro alicerce tem como consequência a posição privilegiada e de supremacia da Administração Pública nas relações com os particulares. O segundo significa que o interesse público não se encontra à livre disposição de quem quer que seja; à Administração Pública importa apenas curá-lo nos termos da finalidade a que está adstrito.

A partir dessa construção, podemos considerar, grosso modo, o interesse público uma dimensão do interesse privado. Essa delimitação nos incentiva a defender que não existe supremacia do

5 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 165.

6 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 230. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 62).

interesse público sobre o particular, já que não há objeto sobre o qual o primeiro exerça prevalência, ao passo que ele é exatamente uma parcela do segundo e visa sua satisfação.⁷ Ajudou-nos a alcançar dita conclusão o seguinte magistério de Humberto Ávila:

Dessa discussão orientada pela Teoria Geral do Direito e pela Constituição decorrem duas importantes consequências. Primeira: não há uma norma princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro. Segunda: a única ideia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares é o sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados fundamentada na sistematização das normas constitucionais.⁸

Floriano de Azevedo Marques Neto põe em xeque, no paradigma maduro do direito administrativo, a sustentabilidade de se edificar todo o sistema jurídico a partir de uma ideia a um só tempo absoluta e vazia. Absoluta porque baseada na noção de supremacia, algo incontrastável e inquestionável, imponível ao indivíduo. Vazia porque, assim posta, a noção de interesse público se mostra vaga, suscetível dos mais diversos preenchimentos ao gosto da autoridade.⁹

7 Registramos a defesa da supremacia do interesse público por Ricardo Marcondes Martins, para quem há de se reconhecer a dupla natureza da supremacia: o princípio da supremacia e a regra da supremacia, bastando uma rápida leitura do texto constitucional vigente para se constatar que os bens coletivos, no plano abstrato, têm um peso maior do que os direitos individuais, sendo que essa prevalência *prima facie* sobre os direitos individuais é dada pelo princípio formal especial da supremacia do interesse público sobre o privado. Para o autor, a regra da supremacia tem como efeitos: a inserção do Estado numa posição de verticalidade em relação ao particular; a concessão aos órgãos estatais de certas prerrogativas para que possam tutelar o interesse público; e a imposição de restrições especiais a quem torne os órgãos públicos presentes nas relações jurídicas (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 123-131).

8 ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 24, 1998, p. 171. Marçal Justen Filho também apresenta análise crítica a respeito da supremacia do interesse público (Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 26, 1999, p. 115-136).

9 MARQUES NETO, 2011, p. 89-113.

Registramos, ainda, o pensamento segundo o qual a Administração Pública possui interesse próprio, de forma que o interesse público seria dividido em primário e secundário. Para nós o interesse público é uno, sendo ele o mesmo que movimenta a vontade do Estado e do cidadão. Ousamos divergir, nesse ponto, de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem,

além de subjetivar estes interesses, o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito [e] pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. [...] Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, *ipso facto*, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles.¹⁰

Entendido como fundamento e finalidade da função administrativa, o interesse público pode ser associado às exigências da sociedade em determinado momento, de cujo cumprimento está incumbido não somente o Estado mas também os particulares, quando atuam, por exemplo; mas não só nesse sentido, nas diversas formas de descentralização administrativa também. Isso nos leva a outra conclusão, o interesse público não pertence ao Estado, mas ao corpo social. Exemplo disso, além daquele já citado, é a sua presença em institutos de direito privado, como a função social da propriedade e do contrato celebrado entre particulares.

A partir dessa perspectiva, a consensualização representa ferramenta para concretização do interesse público.

Thiago Marrara explica que é comum confundir-se consensualização com consenso ou com consensualidade. Segundo o autor, a consensualização é um fenômeno de construção teórico-normativa de canais jurídico-operacionais aptos a viabilizarem consenso

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 65-66.

no planejamento e na execução das funções administrativas. Esses canais assumem caráter orgânico (como a previsão de direito de voz e voto para alunos em colegiados de universidades públicas ou de representantes do povo em conselhos nacionais de políticas públicas), procedimental (como audiências realizadas no licenciamento ambiental) ou contratual (como os compromissos de cessação de prática infrativa e a própria leniência). Todos estes constituem meios para a busca do consenso nas relações entre Estado e Administração, nas relações entre entes públicos ou nas relações entre órgãos de um mesmo ente. Consenso significa consentimento recíproco; consensualidade indica o grau, maior ou menor, de consenso na construção ou execução das políticas públicas. Os dois termos apontam para resultados. Consensualização, por sua vez, é movimento de transformação da Administração Pública e de seus processos administrativos em favor da edificação de consensos.¹¹

No fenômeno da consensualização encontram-se os acordos de vontades entre Administração Pública e pessoas de direito público ou de direito privado, quando da avença de contratos administrativos ou de outras fórmulas negociais. O critério mais recorrente nos estudos nacionais sobre a consensualização é aquele segundo o qual a Administração satisfaz suas competências por meio de instrumentos tipicamente privados, assim entendidos por remeterem ao princípio da autonomia privada. Por essa razão, a consensualização é, por via de regra, apresentada no contexto de aumento do emprego de mecanismos privados para satisfação do interesse público, sendo a contratualização sua forma mais evidente.¹²

Entre os módulos de cooperação ou contratualização figuram o contrato de gestão previsto no art. 37, § 8º, da CF; os convênios; os contratos de gestão federativa associada estabelecidos na Lei n. 11.107/2005 (consórcios públicos, contratos de programa e contratos

11 MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *RDDA*, v. 2, n. 2, 2015. p. 510.

12 DE PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação de mestrado, 2010.

de rateio); os contratos de concessão comum (Lei n. 8.987/1995) e os contratos de parceria público-privada (Lei n. 11.079/2004); o contrato de gestão celebrado com as organizações sociais (Lei n. 9.637/1998); os termos de parceria celebrados com organização da sociedade civil de interesse público (Lei 9.790/1999); os acordos de cooperação, termos de colaboração e termos de fomento celebrados com organizações da sociedade civil (Lei n. 13.019/2014), entre vários outros.

Outra compreensão da consensualização aponta para a participação administrativa, cujos principais instrumentos são a audiência e a consulta pública, hoje muito difundidas, incentivadas e algumas vezes imperativas, *ex vi*, exemplificativamente, das previsões contidas na Lei n. 9.784/1999,¹³ na LINDB¹⁴ (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), na Lei n. 13.848/2019¹⁵ e na Lei n. 8.666/1993.¹⁶

13 “Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada. Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.”

14 “Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.”

15 “Art. 9. Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.”

16 “Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea ‘c’ desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos

A consensualização também se manifesta na solução de conflitos administrativos, quando haverá o manejo de instrumentos para dirimi-los de forma negociada, os quais poderão envolver a Administração Pública enquanto parte no conflito (mediação, conciliação e arbitragem), ou como figura competente para dirimir conflitos (por exemplo, no caso de avença entre concessionária e usuário de serviço público). O termo de ajuste de conduta (TAC) celebrado em ação civil pública (art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985) e a desapropriação amigável (Decreto-Lei n. 3.365/1941) são instrumentos bastante lembrados quando se fala do histórico da consensualização no poder público. Aqui chegamos ao objeto deste artigo, o acordo de não persecução cível, inserido pela Lei n. 13.964/2019 na Lei n. 8.429/1992 (LIA – Lei de Improbidade Administrativa), que passou a admitir a solução consensual.

2 A consensualização na improbidade administrativa

Iniciamos esse trabalho tratando da evolução do direito administrativo e da revisão de alguns dos seus pilares porque a conciliação, ao menos no aspecto de solução de conflitos, encontrava forte resistência, sustentada na autoridade outorgada à Administração Pública, que dela não poderia abdicar em razão do dogma da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público. Além disso, as prerrogativas atribuídas à Administração seriam incompatíveis com a horizontalidade em certa medida advinda da consensualização. Como vimos, esses mitos perderam força, notadamente nos últimos anos, o que possibilitou o ingresso da Administração Pública no campo das práticas resolutivas não (ou menos) autoritárias.

Foi o que motivou – ou pode explicar – a vedação à solução consensual no âmbito da improbidade que perdurou anos. O antigo § 1º do art. 17 da LIA vedava textualmente a possibilidade de conciliação: “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*”. Este dispositivo foi revogado pela Medida

mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.”

Provisória n. 703, de 2015, cujo prazo de vigência foi encerrado, de modo que a vedação legal foi mantida.

Enquanto pairava insistente controvérsia a respeito da consensualização no âmbito da Administração Pública, o Ministério Público, responsável pela tutela do interesse público, estava autorizado a celebrar acordos (termos de ajustamento de conduta) há décadas, o que não arrefeceu a crítica à Administração Pública quanto à celebração destes, especialmente se não aplicada a sanção, que sempre foi vista como medida absolutamente indispensável, como um fim em si mesma, sem análise criteriosa quanto a sua verdadeira função e razão de existir.

Não obstante a vedação ao acordo contida na LIA, o Ministério Público, tendo em vista as disposições de outros diplomas normativos, sobretudo a novidade introduzida pela Lei n. 12.846/2013, o acordo de leniência, que trata do mesmo bem jurídico, passou a aplicar a consensualização no âmbito da improbidade, amparado na Resolução CNMP n. 179/2017, que regulamenta o § 6º da Lei n. 7.347/1985.¹⁷

Somente na véspera do Natal de 2019, a controvérsia a respeito da consensualização sobre improbidade administrativa foi parcialmente resolvida. A Lei n. 13.964/2019, popularmente conhecida como pacote anticrime, uma vez que destinada ao aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal, introduziu alterações no art. 17 da LIA, para admitir a celebração de acordo de não persecução cível (§ 1º). Dissemos que a questão foi parcialmente solucionada porque o dispositivo que disciplinava minimamente o novel acordo de não persecução cível (ANPC) foi vetado (art. 17-A), de modo que o módulo consensual ficou carente de regulamentação, conforme veremos adiante.

Malgrado todo o mencionado vai e vem da consensualização em matéria sancionatória, é possível dizer que o caminho da consensualização foi pavimentado pela Constituição Federal, que já no seu preâmbulo anuncia, e obriga, uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na

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

ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. Também garantiu a participação do administrado nas decisões administrativas ao estatuir no art. 5º, inciso LV, que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Embora o dispositivo se refira a litigantes, compreende-se que no processo administrativo o contraditório e a ampla defesa não são necessários somente em caso de litígios, já que a processualidade se afigura como legitimação do poder¹⁸ ou, como preferimos, da função ou da competência, especialmente se considerarmos a eficiência como ferramenta de otimização das decisões administrativas.

Em que pese à ordem constitucional, o Ministério Público, nos diversos atos que fomentam a consensualização, inclusive naquele que a autoriza, mesmo diante de vedação legal,¹⁹ não cita os fundamentos constitucionais, mas se refere à tendência internacional e ao paradigma jurídico do século XXI, por exemplo – nesse sentido, Resolução CNMP n. 118/2014 (Política Nacional de Incentivo à Autocomposição) e Recomendação n. 54/2017 (Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva).

Um bom exemplo da consensualização no âmbito processual é a previsão da Lei n. 10.177/1998 (lei de processo administrativo paulista) a respeito do procedimento amigável de reparação de dano; a indenização devida pode ser paga pela Administração Pública no âmbito extrajudicial.

Após a Constituição Federal de 1988, muitos passos foram dados rumo à consensualização, não somente quanto à mencionada

18 Nesse sentido, *vide*: MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 198-215; e SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo e procedimento administrativo no Brasil*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (coord.). *As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros Editores; Sociedade Brasileira de Direito Público, 2000. p. 17-36.

19 Sobre a celebração de acordo envolvendo improbidade administrativo, Fernando Dias Menezes de Almeida defende, desde 2012, que a vedação então contida na LIA se refere à transação, acordo ou conciliação judiciais, o que não inclui o TAC, antecedente ao ajuizamento da ação (*Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 305).

processualidade.²⁰ É nesse ambiente que sobreveio o acordo de não persecução cível e criminal (Lei n. 13.964/2019).

2.1 Acordo de não persecução cível, termo de ajustamento de conduta e acordo de leniência

A prática consensual na Administração Pública, como vimos, além de se revelar compatível com o regime jurídico administrativo, sobretudo por representar cumprimento ao compromisso imposto pela Constituição Federal, encontra hoje significativo arcabouço jurídico que a sustenta.

Entre os meios consensuais no âmbito sancionatório, ao que interessa a este trabalho, enumeramos: o termo de ajustamento de conduta (TAC) previsto na Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública); o acordo de leniência da Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção ou Lei de Improbidade da Pessoa Jurídica); e o acordo de não persecução cível previsto no pacote anticrime (Lei n. 13.964/2019), que finalmente alterou a Lei n. 8.429/1992 e passou a admitir solução consensual.²¹

20 É preciso lembrar, também, que o Código de Processo Civil de 2015 oferece forte incentivo à composição e não exclui a administração pública. Ao contrário, o novo código impõe ao Estado o dever de promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (art. 3º, § 2º). E determina, ainda: “Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”.

21 Outros exemplos de meios de consensualização: os termos de compromisso e acordos previstos na Lei n. 12.529/2011 (sistema brasileiro de defesa da concorrência) e na Lei n. 6.385/1976 (Comissão de Valores Mobiliários); a arbitragem, após a alteração promovida em 2015 na Lei n. 9.307/1996 (Lei de Arbitragem); a mediação, os acordos e as transações previstas na Lei n. 13.140/2015 (autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública); a arbitragem e a mediação previstas na Lei n. 12.462/2011 (regime diferenciado de contratações), após alterações promovidas em 2015; o termo de ajustamento de gestão (TAG), celebrado no âmbito dos Tribunais de Contas, previsto em algumas leis orgânicas das Cortes de Contas e hoje também

O termo de ajustamento de conduta, segundo a Resolução CNMP n. 179/2017, é

instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais e homogêneos, e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais.

disciplinado, no que se refere ao controle interno da administração pública, pelo Decreto Federal n. 9.830/2019, que regulamentou os arts. 20 ao 30 da LINDB. Exemplificativamente, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Goiás (Lei n. 16.168/2007) autoriza a assinatura de termos de ajustamento de gestão para o efeito de afastar a aplicação de penalidades ou sanções e adequar os atos e procedimentos do órgão ou entidade controlada aos padrões de regularidade (art. 110-A). Esta previsão foi regulamentada pela Resolução Normativa n. 006/2012, que: garante a suspensão da aplicação de penalidades ou sanções, ou outras medidas impostas pelo TCE; veda assinatura de TAG nos casos em que esteja previamente configurado o desvio de recursos públicos e nos casos de processos com decisão definitiva irrecorrível; prescreve a designação de audiência de conciliação e discussão das obrigações e metas do TAG. Previsões semelhantes estão contidas nas leis orgânicas do TCE/MG (Lei Complementar n. 102/2008); TCE/SE (Lei Complementar n. 205/2011); TCE/RN (Lei Complementar n. 464/2012); TCE/MT (Lei Complementar n. 269/2007); TCE/AM (Lei n. 2.423/1996); TCE/RO (Lei Complementar n. 154/1996); TCE/AC (Lei Complementar n. 38/1993); TCE/MS (Lei Complementar n. 160/2012). O que muda essencialmente nas respectivas legislações é a competência para propor o TAG, em alguns casos, como no Rio Grande do Norte, a competência para propor o TAG é do Ministério Público de Contas, em outros, como no caso de Sergipe, exige-se a participação do Ministério Público de Contas na celebração do TAG. Por fim, lembramos dos termos de ajustamento de conduta nos casos de infração disciplinar, como aquele previsto na Instrução Normativa n. 17/2019, da Corregedoria-Geral da União (CGU), e a SUSPAD (suspensão do processo disciplinar), permitida em alguns estatutos, como no de Belo Horizonte (Lei n. 7.169/1996, regulamentada pelo Decreto n. 12.636/2007). O TAC disciplinar consiste em procedimento administrativo voltado à resolução consensual de conflitos, em caso de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, assim considerada aquela cuja conduta seja punível com advertência e suspensão de até 30 dias. A SUSPAD possibilita a interrupção do processo disciplinar pelo prazo de um a cinco anos, conforme a gravidade da falta cometida. Durante esse período, o servidor deve cumprir as condicionantes especificadas no termo aderido, as quais variam desde o comparecimento à Corregedoria-Geral do Município para a entrega do atestado bimestral de cumprimento dos deveres, de desempenho satisfatório das atribuições e de não cometimento de infrações – assinado pela chefia imediata e pelos respectivos secretários – até o cumprimento de trabalho voluntário em instituição de caráter social indicada para tal fim.

Sua celebração não afasta a responsabilidade administrativa ou penal pelo mesmo fato e pode ocorrer em qualquer fase do inquérito civil ou procedimento correlato, bem como no curso da ação judicial. O compromissário pode ser pessoa física ou jurídica. O TAC é um acordo substitutivo de sanção que implica a cessação da prática mediante o cumprimento das obrigações impostas no termo. A mencionada resolução, aliás, sequer fala em sanções ou limita quais delas não podem ser objeto do TAC. Tão somente prevê a necessidade de penalidades para o caso de descumprimento do termo.²²

O acordo de leniência previsto na Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção – LAC) é um acordo administrativo integrativo, na medida em que pressupõe cooperação com o processo administrativo sancionador e não elimina a necessidade da decisão, apenas determina o seu conteúdo, visto que não é possível a isenção de sanções. Somente pode ser celebrado por pessoa jurídica que seja a primeira a se manifestar. Admite uma miríade de autoridades competentes para sua celebração, um dos pontos de maior crítica. Exige confissão.

O acordo de não persecução cível se aproxima do acordo de leniência, posicionando-se, segundo a nossa perspectiva, como acordo administrativo integrativo, embora a legislação não disponha sobre os seus parâmetros e deixe lacuna que precisa ser preenchida. Esse espaço pode ser ocupado ao menos por três disciplinas positivadas, e nos limitaremos a elas: as disposições atinentes ao acordo de não persecução penal, previstas na mesma legislação que introduziu o acordo de não persecução cível; a disciplina relativa aos acordos de leniência, cujo objeto é o mesmo bem jurídico; ou os dispositivos que podem ser considerados cláusula geral na matéria acordo, previstos na LINDB.

Nenhuma dessas três soluções, todavia, nos parece adequada. Os dispositivos aplicados ao acordo de não persecução penal não são compatíveis com as características da ação de improbidade administrativa, basta lermos os requisitos e condições disciplinados na

22 A propósito do acordo substitutivo, *vide* Menezes de Almeida, que cita o TAC como exemplo (*Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 304-305).

Lei n. 13.964/2019 para identificarmos as dificuldades de transpor as mesmas condições ao acordo de não persecução cível.²³ O arca-

²³ “Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. § 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o *caput* deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. § 2º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. § 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. § 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. § 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. § 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da

bouço relativo ao acordo de leniência, embora se aproxime da ação de improbidade, tendo em vista tutelar o mesmo bem, ainda assim não preenche as lacunas, uma vez que, além de insuficiente, o acordo de leniência se destina somente à pessoa jurídica, e as sanções previstas na LAC são diferentes daquelas prescritas pela LIA. Por fim, a disciplina da LINDB é insuficiente e demasiadamente genérica.

Não obstante, ainda que insuficientes as previsões a respeito do acordo de leniência da LAC, temos que elas seriam a melhor forma de preencher a lacuna deixada na LIA. Somente não se aplicariam ao acordo de leniência as limitações atinentes à isenção das sanções. Na ausência de dispositivo legal compatível com a LIA, é possível a isenção de todas as sanções no âmbito do acordo de não persecução cível, a depender da justificativa contida no acordo e dos elementos que o compõem.

O que não deve ocorrer, segundo a nossa lente, é a inovação por meio de atos infralegais para preenchimento da lacuna, o que tem feito o Ministério Público de cada estado disciplinar o acordo de não persecução cível, a exemplo do Ministério Público do Estado de São Paulo, que o fez por meio da Resolução n. 1.193/2020-CPJ. Não nos dedicaremos, no entanto, aos diversos atos infralegais.²⁴

necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. § 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. § 10 Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. § 11 O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. § 12 A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo. § 13 Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. § 14 No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.”

24 Outros exemplos de atos infralegais dos Ministérios Públicos são: Nota Técnica 001/2020 (SC); Informação Técnico-Jurídica n. 01/2020 (RS); Resolução n. 01/2020 (PE); Resolução CPJ n. 040/2020 (PB); Nota Técnica n. 01/2020 (CE).

Concentrar-nos-emos no ato do Ministério Público Federal, a Orientação n. 10/2020, a seguir analisada.

3 Análise da Orientação n. 10 do Ministério Público Federal

A polêmica sobre o acordo de não persecução cível se inicia a partir do veto presidencial ao art. 17-A, inserido na LIA por meio da Lei n. 13.964/2019. Referido dispositivo continha disciplina mínima quanto aos parâmetros e condições para a celebração desse acordo. Estava 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:

I - o integral ressarcimento do dano;

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

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

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

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

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

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

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

A exclusão das referidas disposições, as quais, como dissemos, disciplinariam minimamente as condições do acordo de não persecução cível, impôs lacuna legal. A celebração do acordo de não persecução cível (ANPC) exige, portanto, o preenchimento dessa lacuna, que, segundo a LINDB, pode ocorrer mediante o emprego da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito (art. 4º).

Pelo emprego da analogia, conforme já adiantamos no item anterior, embora não ideal e satisfatoriamente, o acordo de leniência seria o mais próximo do ANPC, visto que tutela o mesmo bem jurídico, de modo que, à exceção das disposições atinentes às limitações quanto à isenção das sanções, as quais são distintas para a LIA e para a LAC, a disciplina quanto aos requisitos pode, provisoriamente, regulamentar a celebração do ANPC.

Todavia, o Ministério Público não acolheu essa solução e passou a preencher a lacuna por meio de atos infralegais, com disciplina que se assemelha aos termos de ajustamento de conduta, embora deles se diferenciem, ao menos de acordo com o texto do ato normativo produzido pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, a Orientação n. 10, de 9 de novembro de 2020, cuja análise será a seguir enfrentada. Além de regulamentar o ANPC, o ato do MPF disciplina inclusive o acordo de leniência, que já tem estrutura legal definida.

Segundo referida orientação, os acordos por ela regulados (termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência) podem ser celebrados no âmbito extrajudicial e judicial da improbidade administrativa, por pessoa física ou jurídica (nesse ponto se diferencia do acordo de leniência da Lei n. 12.846/2013, celebrado somente pelos entes coletivos), com sistema delimitado pelas Leis n. 8.429/1992 e n. 12.846/2013. Quando celebrados no âmbito extrajudicial, exige-se homologação judicial. Quanto a isso não há definição dos critérios que poderão balizar a decisão judicial de homologação. Questionamos se o juiz ou juíza estará vinculado aos termos da Orientação n. 10 ou de qualquer outro ato infralegal do Ministério Público.

Já na largada a orientação contraria o veto ao art. 17-A, que no § 2º autorizava a celebração do acordo também no curso de ação de improbidade.²⁵ Não obstante, não nos parece que a lei vede a celebração do acordo no âmbito judicial. O § 10-A do art. 17 anuncia essa possibilidade de forma explícita, embora inaugure certa polêmica: “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”. Nossa leitura é no sentido de que a fixação do momento processual da contestação se refere somente à suspensão do processo, o que não impede a celebração do acordo depois de ultrapassada essa fase, quando não ocorrerá a suspensão processual. A orientação em análise permite, inclusive, sua celebração em segunda instância.

Os acordos previstos na orientação, segundo dispõe o seu art. 4º, são elementos indispensáveis à prevenção, dissuasão e a repressão de atos de improbidade previstos na Lei n. 8.429/1992 e na Lei n. 12.846/2013. Significa dizer que pode ser celebrado ANPC no âmbito da LAC. É o que se extrai, inclusive, do art. 4º, § 3º, e do art. 19 da orientação, respectivamente: “O Membro do MPF, à luz da sua independência funcional, poderá eleger a melhor forma de consensualidade para solução do caso concreto”; “O ANPC abrangerá qualquer categoria de improbidade administrativa, agasalhada nos artigos 9º, 10 (e 10-A) e 11 da LGIA e artigo 5º da LIPJ”.

Nesse ponto a orientação traz inovação duvidosa. Em que pese à inexistência, entre nós, de sistematização e metodologia no que tange

25 As razões do veto são as seguintes: “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”. Ao contrário do que aduz o veto, a prática consensual foi fortalecida nas últimas duas décadas e encontra guarida no texto constitucional e nos anseios da sociedade, que demanda soluções mais eficientes e menos custosas. O interesse público reside exatamente na possibilidade de solucionar os conflitos de forma mais eficaz e pacífica e não na forma amesquinhada consignada nas razões que justificaram a censura à propositura legislativa.

aos diversos tipos de acordos administrativos, de modo que não é possível apontar um regime aplicável de forma bem identificada para cada uma das suas modalidades, é certo que cada legislação adotou uma técnica diferente de consensualização. A LIA não assimilou a mesma técnica da LAC (ou LIPJ), já que, se o tivesse feito, não teria criado novo tipo de acordo (o ANPC). Isso talvez porque o rito respectivo das ações previstas em ambas as legislações seja diferente e porque o acordo de leniência tenha natureza diferente do acordo de não persecução cível, inclusive porque aplicado no âmbito de responsabilidade objetiva.²⁶

Outras inovações introduzidas pela orientação são o Cadastro Nacional de Acordos de Não Persecução Cível, o Cadastro Nacional de Acordos de Leniência do MPF e o Cadastro Nacional de Pessoas Impedidas de Leniência do MPF. Referidos depositórios não encontram previsão legal e não poderiam ser utilizados por terceiros além do próprio Ministério Público, menos ainda limitar direitos dos interessados.

Segundo a orientação, o acordo de leniência e o ANPC são “categorias específicas de Termos de Ajustamento de Conduta”. Ocorre que o TAC, nos termos da Resolução CNMP n. 179/2017, conforme já dissemos aqui, tem natureza de negócio jurídico e como finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais.

Não nos parece que o acordo de leniência e o ANPC visem a adequação da conduta, uma vez que eles não têm como objeto a cessação de prática e não são acordos substitutivos. Aliás, é requisito para a celebração do acordo de leniência que a prática seja cessada na data da sua propositura e não posteriormente ou no curso do monitoramento do acordo (art. 16, § 1º, inciso II, da Lei n. 12.846/2013). O acordo de leniência e o ANPC são acordos integrativos e visam, portanto, tratar das repercussões dos atos praticados, mediante concessões recíprocas, na medida em que o poder público, de um lado, exerce sua competência punitiva de forma não coercitiva e reduzida, e o particular, de outro lado, coopera com o processo, seja por meio do reconhecimento

²⁶ Sobre a responsabilidade objetiva prevista na Lei n. 12.846/2013, *vide*: CARDOSO, Raphael de Matos. *A responsabilidade da pessoa jurídica por atos de improbidade e corrupção*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019.

da prática não conforme, seja mediante a revelação de fatos e situações não conhecidas pelo poder público. É o que dispõe o art. 21 da orientação ao tratar das obrigações do celebrante: “prestar as informações que lhe forem solicitadas e cooperar para o esclarecimento dos fatos; havendo impossibilidade de fazê-lo, prestar as justificativas devidas”.

Quanto à cooperação do particular, embora estejamos convictos de que ela possa se manifestar mediante o reconhecimento do ato e a disposição para eventual correção e recomposição sem o aguardo do longo trâmite de uma ação judicial, o art. 21 da orientação afirma que os benefícios serão proporcionais às vantagens obtidas com o acordo. Essa disposição impõe ônus maior à motivação do acordo, sobretudo quando o particular não cooperar de outra forma senão com o reconhecimento das práticas, e pode limitar as isenções sancionatórias, o que seria desestímulo à consensualização.

A incompreensão quanto aos limites e propósitos do acordo e principalmente os reflexos que a ausência de disciplina legal suficiente causa estão bem expostos na previsão da orientação indigitada, que abre espaço à realização de audiência pública. Os acordos celebrados no ambiente sancionatório, especialmente os acordos integrativos, não são compatíveis com a participação popular, como se fossem arremedos de júri. Nessa situação, o particular já está naturalmente exposto e fragilizado, e o poder público tem interesse (ou deveria) na pacificação, preferencialmente na justiça restaurativa. Para cumprir essa competência, dificilmente é possível vislumbrar a necessidade e pertinência de participação coletiva, sobretudo porque a atividade sancionatória e punitiva *lato sensu* é privativa do Estado, seja ela exercida mediante o emprego da força legalizada, seja da consensualização.

A orientação não explicita de forma ílesa de dúvidas, mas, a partir da leitura do seu art. 20, é possível afirmar que é condição para a celebração do ANPC a confissão, na medida em que se exige que a responsabilidade imputada pelo MPF seja reconhecida pelo celebrante. Aqui se instala outra dúvida: todas as responsabilidades hipoteticamente identificadas pelo Ministério Público devem ser necessariamente confessadas pelo celebrante? E se o celebrante não reconhecer

a prática de algum ou alguns dos atos que lhe são imputados, isso inviabiliza o acordo? Não nos parece que as respostas a essas indagações devam ser positivas, sob pena de perda da essência do acordo e transformação do ato em imposição de assunção de responsabilidades.

Disposição alvissareira e que deve fomentar o diálogo e a cooperação institucional é aquela atinente à participação da entidade lesada. Embora a orientação faculte a integração com a pessoa jurídica lesada, os esforços devem se concentrar no sentido de reunir todos os interessados e otimizar a responsabilização, de modo a zelar pela segurança jurídica e a evitar excessos. O ideal seria que o acordo contemplasse inclusive a responsabilidade disciplinar e administrativa, de forma que o celebrante não ficasse exposto ainda a outros processos de responsabilização além da ação de improbidade administrativa.

Há retrocesso, todavia, quanto aos benefícios do acordo. A orientação veda a isenção total de sanções e proíbe a isenção da suspensão dos direitos políticos para os efeitos da LC n. 135/2010. Na prática, independentemente dos atos praticados e reconhecidos, o ANPC já larga no mínimo com a sanção de suspensão dos direitos políticos, como um adereço indispensável e inegociável, enquanto referida sanção não tem aplicação compulsória sequer na esfera judicial. Aliás, para os efeitos da LC n. 135/2010, somente são inelegíveis os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito. O ANPC terá o mesmo *status* da condenação exigida pela lei complementar? A confissão (ou o reconhecimento da responsabilidade imputada, segundo a redação da orientação) implica declaração de ato doloso de improbidade? E quando o ato não causar lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito? Mais uma vez a orientação manifesta incompreensão quanto à consensualização e aos efeitos dos acordos no âmbito sancionatório.

Não obstante a sanção obrigatória acima mencionada, a própria orientação prevê outras soluções, não isentas de críticas, no sentido de serem estabelecidas obrigações no acordo, como

o compromisso de não se candidatar a cargos políticos, no prazo de até 8 (oito) anos, contados da data de celebração do acordo, em função da categoria de ato ímprobo praticado, desde que a improbidade tenha sido praticada pelo celebrante no exercício do cargo político; [e] o compromisso de não exercer cargo comissionado ou função de confiança, no âmbito da Administração Direta ou Indireta lesada pela improbidade, no prazo de até 8 (oito) anos, contados da data de celebração do acordo, em função da categoria de ato ímprobo praticado.

Por fim, nessa rápida leitura crítica a que nos propomos nesse artigo, a orientação guarda uma pérola que contraria os postulados constitucionais e tem o potencial de violar a ampla defesa. A “cereja do bolo” está assim textualizada entre os deveres do interessado:

substituir o advogado constituído pelo celebrante, no caso de o Ministério Público Federal verificar, de forma fundamentada e objetiva, impedimento para a representação regular da parte no processo de celebração, incluindo a ocorrência de conflito de interesses.

Não conseguimos vislumbrar qual seria o impedimento ao advogado, senão aqueles disciplinados pela legislação que regula a profissão, bem como quais seriam os possíveis conflitos de interesses que impossibilitariam o patrocínio do celebrante. Mais que isso, o que autoriza a interferência do Ministério Público na escolha da defesa pelo celebrante, a não ser que seja praticada alguma ilegalidade e, nesse caso, são imperativas outras providências?

4 Efeitos da celebração do acordo de não persecução cível

Além de não regulamentar o ANPC quanto às condições e limites, a LIA também não previu os reflexos da sua celebração, seja para o celebrante, seja para os demais réus que não aderiram à solução consensual.

Para o celebrante não nos parece que o acordo possa apresentar automaticamente efeitos externos nos moldes de uma condenação transitada em julgado, como, por exemplo, quanto à inelegibilidade, já tratada linhas atrás, e aos impedimentos à celebração de contratos ou ao recebimento de benefícios, como aquele de que cuida a Lei n. 13.019/2014:

Art. 39. Ficará impedida de celebrar qualquer modalidade de parceria prevista nesta Lei a organização da sociedade civil que: [...] VII – tenha entre seus dirigentes pessoa: [...] c) considerada responsável por ato de improbidade, enquanto durarem os prazos estabelecidos nos incisos I, II e III do art. 12 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

A não ser que referidos impedimentos tenham sido assumidos pelo celebrante como compromisso no bojo do acordo, eles não poderão ser efeito imediato da celebração do ANPC, uma vez que não há condenação transitada em julgado, mas resolução alcançada pelas partes mediante concessões recíprocas, o que naturalmente implica restrições quanto às suas repercussões.

No que tange aos demais réus, o impacto do ANPC ainda é uma incógnita, pelo menos para nós, em algumas situações. Uma delas, e aqui não pretendemos explorar as diversas situações que a prática impõe e a teoria nem sempre consegue alcançar, pode ser vislumbrada no seguinte caso hipotético: suponha-se que o ato de improbidade tenha sido praticado por dois sujeitos, um agente público e um particular. O agente público celebra ANPC, e o particular não. A ação de improbidade administrativa poderá ser proposta ou poderá prosseguir somente contra o particular, malgrado o entendimento pacificado de que o polo passivo deve ser ocupado, concomitantemente, por agente público? Nesse caso, o acordo celebrado pelo agente público será considerado como prova da prática do ato, de sorte que sua presença no polo passivo da ação será dispensada?

Parece-nos que o ANPC não poderá produzir efeitos a terceiros que dele não participem, embora o celebrante, ao contribuir, possa apresentar provas que naturalmente serão utilizadas para a persecução de quem não celebrou o acordo. Nesse caso, o acordo deverá integrar a ação de improbidade administrativa não somente como elemento de prova, sujeito, é claro, ao crivo judicial, como também comporá a relação processual, de modo a suprir a ausência do agente público, que poderia impedir a propositura ou o prosseguimento da ação.

5 Conclusão

O direito administrativo atravessou transformações – e ainda atravessa –, especialmente no que se refere a alguns dos seus pilares, entre eles o interesse público (supremacia e indisponibilidade), o qual exerce forte influência no desenvolvimento da atividade consensual da Administração Pública, acostumada às relações verticais e ao exercício da autoridade mais por fetichismo do que por necessidade.

À medida que as transformações do direito administrativo o despojaram de algumas das amarras dogmáticas, que são mais herança do absolutismo e do autoritarismo do que mecanismos a serviço da função pública, a Administração Pública passou a diversificar os meios de execução das suas finalidades, notadamente no que se refere à função sancionatória.

Os sinais dessa guinada consensual estão expressos nas últimas duas décadas de produção legislativa, que fez inserir em diversos diplomas legais meios consensuais de solução de conflitos, potencializadores da consensualização na função administrativa.

Malgrado esse processo transformador, nem todos os meios consensuais disponíveis à Administração Pública têm requisitos e parâmetros suficientemente definidos pela legislação, como é o caso dos acordos de não persecução cível inseridos na Lei n. 8.429/1992. Diante da ausência absoluta de regulamentação legal, a solução seria a analogia, neste caso mediante a aplicação das disposições da Lei n. 12.846/2013 atinentes ao acordo de leniência, exceto quanto às limitações referentes às isenções das sanções, tendo em vista a distinção entre as penalidades de ambas as mencionadas leis.

Além de não abrigar essa solução, o Ministério Público passou a legislar sobre a matéria, inclusive sobre os próprios acordos de leniência, o que não pode ser aceito como razoável no Estado Democrático de Direito, sobretudo porque o próprio Ministério Público é parte no acordo que ele mesmo disciplinou. Além disso, a regulamentação imposta pelo Ministério Público não é submetida ao devido processo legislativo, com as balizas e barreiras pertinentes a esse processo, especialmente qualificado pela represen-

tatividade, de modo que as modificações das condições estão mais vulneráveis a ocorrerem, o que viola a segurança jurídica e cria múltiplos regimes para o mesmo instituto.

Portanto, além das fragilidades e problemas expostos nessa célere análise, o ativismo legislativo do Ministério Público, ao contrário de contribuir com a solução pacífica, e acreditamos que esse seja mesmo idealmente o mote, somente fomentará controvérsias, com o potencial de amesquinhar instrumento tão relevante para a evolução da função punitiva.

Referências

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CÂMARA, Jacintho Arruda. O mito das cláusulas exorbitantes: vale a pena alimentá-lo na nova lei das contratações públicas? *Online: Jota*, 22 out. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-mito-das-clausulas-exorbitantes-22102019>. Acesso em: 23 set. 2020.

CARDOSO, Raphael de Matos. *A responsabilidade da pessoa jurídica por atos de improbidade e corrupção*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019.

CARVALHO, André Castro. Acordos de leniência: recomendações da OCDE. *O Estado de S. Paulo*, A2, 15 fev. 2019.

CARVALHO, André Castro. Por uma norma geral de acordos administrativos para ilícitos corporativos. *Consultor Jurídico*, 2 out. 2019.

DE PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação de mestrado, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 26, p. 115-136, 1999.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 89-113.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *RDDA*, v. 2, n. 2, 2015.

MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. *RDDA*, v. 4, n. 1, 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antônio. 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*, v. 303/2020, p. 291-314, maio 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento administrativo no Brasil. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (coord.). *As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros Editores e Sociedade Brasileira de Direito Público, 2000.