

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

RENATA LANE

ACORDOS NO DOMÍNIO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo
2020

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Renata Lane

ACORDOS NO DOMÍNIO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito: efetividade do Direito, área de concentração Direito Administrativo, sob a orientação do Professor Doutor José Roberto Pimenta Oliveira.

**São Paulo
2020**

Banca Examinadora

*Para Manuela, cujo sorriso
ilumina os meus dias e me transborda de amor.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor José Roberto Pimenta Oliveira pelos ensinamentos, pela respeitosa orientação e, sobretudo, por compartilhar seus conhecimentos nesta matéria tão intrigante e espinhosa. É uma alegria muito grande ser sua orientanda, já que o senhor foi um dos responsáveis pelo meu interesse sobre o tema da improbidade administrativa, ainda como aluna da Graduação da PUC-SP. Seus ensinamentos me fizeram buscar estar em contato permanente com a matéria academicamente e profissionalmente.

À Procuradoria Geral do Estado de São Paulo pelo incentivo e apoio para este aprendizado. Também agradeço a oportunidade de trabalhar nesta área que me instiga tanto e que me conduziu ao estudo mais aprofundado da improbidade administrativa.

Aos colegas de turma de mestrado, em especial aos alunos do curso de Direito Administrativo Sancionador, lecionado pelo Professor José Roberto Pimenta Oliveira, pelos intensos e ricos debates que contribuíram com a maturação das ideias sobre o tema aqui proposto.

Aos professores Ricardo Marcondes Martins e Maurício Zockun pelas críticas e sugestões na Banca de Qualificação, as quais contribuíram para o aprimoramento deste trabalho.

À minha querida família pelo amor incondicional, apoio e companheirismo. Por estar sempre ao meu lado, incentivando e vibrando com cada conquista. Por cuidar da minha filha e possibilitar que eu me dedicasse a este estudo. Um agradecimento também especial à bisavó da Manu, que cuidou tanto da pequena para que eu pudesse me dedicar a este estudo, além de ser uma referência para mim.

Aos meus pais, que sempre me incentivaram a estudar e me proporcionaram a melhor educação possível. Por terem me ensinado valores que me formaram como pessoa combativa e resiliente que, de certa forma, levaram-me ao presente estudo. Por serem os melhores avós que a Manu poderia ter. Por tanto amor, mimos e carinho que sempre recebi de vocês. Por serem meu porto seguro, meu aconchego, meus amigos e meus guias.

Ao Deco, meu companheiro de jornada da vida, meu eterno amor e agradecimento por me dar uma família tão maravilhosa e me fazer feliz. Por ser compreensivo e me apoiar em todos os momentos desta árdua jornada do mestrado, e na difícil combinação com a gravidez e nascimento da nossa tão amada Manu. Agradeço também todos os dias e noites que você cuidou da nossa filha para que eu pudesse me dedicar ao mestrado.

À minha paixão, minha querida filha Manuela, que, desde a barriga, acompanhou-me no curso de mestrado. Você me completa, transborda-me de amor e felicidade. Poder ser sua mãe, ter você ao meu lado todos os dias, acordar com o seu sorriso é o sentimento de amor e ternura que faz a vida ter um sentido único. Para você, espero contribuir para um mundo melhor, uma sociedade mais justa e menos desigual. Que você possa crescer em uma família cheia de amor e em um país melhor e que, um dia, tenha orgulho deste estudo.

LANE, Renata. **Acordos no domínio da improbidade administrativa**. 256. f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC–SP, São Paulo, 2020.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a consensualidade dentro do domínio da improbidade administrativa, verificando a viabilidade de celebração de acordos envolvendo atos de improbidade administrativa e quais as modalidades possíveis para tais ajustes. Para tanto, este estudo apresenta o microsistema civil da tutela da probidade administrativa, o fundamento constitucional da proteção de tal bem jurídico e o sistema de responsabilização do ato de improbidade administrativa. Assim, estuda-se o movimento da consensualidade como via alternativa ao método tradicional de solução de conflitos para então aprofundar na expansão da consensualidade no Direito Administrativo e seu impacto na atividade administrativa impositiva e unilateral. Com a compreensão das transformações ocorridas no ordenamento jurídico em razão da positivação da via consensual, será analisado como a sanção tem sido paulatinamente deixada de ser a única resposta do ordenamento jurídico para os atos de improbidade administrativa, compatibilizando acordos com o próprio interesse público. Esse movimento teria culminado com a própria revogação da antiga proibição de acordos prevista no § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/92. Com essa compreensão, considerando a evolução legislativa que teria ocorrido no domínio da improbidade administrativa, será possível avaliar quais acordos são compatíveis com o domínio da improbidade administrativa, a partir da nova redação do § 1º e § 10-A do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, alterada pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Será realizada uma análise da validade dos acordos celebrados na égide da redação anterior, bem como o conteúdo e alcance da nova disciplina legal. Por fim, analisa-se as modalidades de acordos possíveis no domínio da improbidade administrativa.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Microsistema anticorrupção. Direito Administrativo Sancionador. Sanção. Consensualidade. Acordos.

LANE, Renata. **Agreements in the field of administrative improbity**. 256 f. Dissertation (Master's in Law). Pontificia Universidade Católica de São Paulo- PUC-SP, São Paulo, 2020.

ABSTRACT

The current work aims to analyse consensualness in the field of administrative improbity, examining the viability of agreements encompassing administrative improbity acts and in which arrangements those agreements are possible. Therefore, the study covers the civil microsystem of the administrative probity jurisdiction, the constitutional grounds for protection of administrative probity and the accountability system for administrative improbity acts. The dissertation analyses the possibility of consensus as an alternative route to the more traditional methods of conflict resolution, and then analyses consensualness within Administrative Law and its impact in the authoritative and unilateral acts of administration. Considering the latest changes in the national legal system that allows consensualness as an alternative to resolve administrative improbity, the work addresses how sanctions are no longer the only response of the legal system for administrative improbity acts, aligning agreements with public interest. This new approach culminated with the revocation of the previous ban on the celebration of agreements outlined in §1º, article 17 of Law nº 8.429/92. Thus, considering the evolution of the legislation in the field of the administrative improbity, the study assesses which types of agreements are compatible with the new wording of §1º and §10-A, article 17 of Law nº 8.429/1992, amended by Law nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime). The work also analyses the validity of agreements celebrated under previous wording of Law nº 8.429/92 as well as the contents and scope of the new wording of the law. Finally, the work examines the types of viable agreements within the field of administrative improbity.

Keywords: Administrative Improbity. Anti-corruption Microsystem. Punitive Administrative Law. Sanction. Consensualness. Agreements.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP	Ação Civil Pública
AL	Acordo de leniência
ADI	Ação Direta de Constitucionalidade
Ag	Agravo
AgRg	Agravo Regimental
AIA	Ação de Improbidade Administrativa
ANPC	Acordo de não persecução cível
ANPP	Acordo de não persecução penal
art.	Artigo
CPC	Código de Processo Civil
CF	Constituição Federal
CGU	Controladoria Geral da União
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
Des.	Desembargador
DAS	Direito Administrativo Sancionador
DJ	Diário Oficial
DJe	Diário Oficial eletrônico
EC	Emenda à Constituição
EDcl	Embargos de Declaração
EUA	Estados Unidos da América
FMI	Fundo Monetário Internacional
inc.	Inciso
LAC	Lei Anticorrupção
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LAP	Lei da Ação Popular
LGIA	Lei Geral de Improbidade Administrativa
LINDB	Lei de Introdução de Normas de Direito Brasileiro
LIPJ	Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas
MPF	Ministério Público Federal
MPSP	Ministério Público do Estado de São Paulo
MPCE	Ministério Público do Estado do Ceará
Min.	Ministro
Nº	Número
NT	Nota Técnica
ONU	Organização das Nações Unidas
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
p.	Página
PJ	Pessoa Jurídica
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
Resp.	Recurso Especial
Res.	Resolução
RT	Revista dos Tribunais
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TCC	Termos de cessação de conduta

TCU
TJSP
v.u

Tribunal de Contas da União
Tribunal de Justiça de São Paulo
Votação unânime

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1- MICROSSISTEMA PROCESSUAL CIVIL DE TUTELA DA PROBIIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	18
1.1 Improbidade Administrativa. Fundamentação constitucional. Direito fundamental ao governo honesto.....	18
1.2 Convenções Internacionais de combate à corrupção.....	31
1.3 A tutela da probidade administrativa. Microsistema processual civil	36
2. CONSENSUALIDADE COMO NOVO PARADIGMA DA SOLUÇÃO DE CONFLITOS	49
2.1 Legislação sobre resolução negocial de controvérsias no campo da Administração Pública	56
3. CONSENSUALIDADE E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	68
3.1 A revalorização da consensualidade na atividade administrativa e a redução da atuação unilateral.....	68
3.2 Principais diplomas legais admitindo a consensualidade no Direito Administrativo	83
3.3 Participação do administrado, cidadania e consensualidade.....	95
4. CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	99
4.1 Delimitação do Direito Administrativo Sancionador e sanções objeto de estudo	99
4.2 Consensualidade e Direito Administrativo Sancionador	106
4.3 Consensualidade, pragmatismo e eficiência	113
5. CONSENSUALIDADE NO DOMÍNIO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	121
5.1 Improbidade Administrativa como sistema de responsabilização	121
5.2 Lei Geral de Improbidade Administrativa e Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas ..	124
5.3 A problemática da celebração do acordo no domínio da improbidade administrativa antes do advento da Lei nº 13.964/2019	134
5.4 Divergência doutrinária – alguns posicionamentos	139
5.4.1 Pela admissibilidade de acordos.....	139
5.4.2 Pela inadmissibilidade de acordos.....	143
5.5 Não conversão da previsão da Medida Provisória nº 703, de 18/11/2015. Inexistência de autorização expressa como fundamento para impossibilidade de celebração de acordo na Lei nº 8.429/92.....	145
5.5.1 Art. 17, § 1º, da antiga redação da Lei nº 8.429/92 e Princípio da especialidade da norma especial sobre a norma geral	149
5.6 Imperativo de coerência sistêmica – congruência do microsistema da tutela da probidade administrativa. Possibilidade de celebração de acordo em matéria penal e acordo de leniência com a pessoa jurídica.....	151
5.7 Conclusão sobre a possibilidade de celebração de acordo na vigência da antiga vedação do § 1º do art. 17, Lei nº 8.429/92.....	156

6. MODALIDADES DE ACORDOS NO DOMÍNIO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	159
6.1 ACORDOS SEM REPERCUSSÃO SANCIONATÓRIA.....	159
6.1.1 Termos de Ajustamento de Condutas.....	159
6.1.2 Acordos de ressarcimento de danos causados ao Erário	166
6.1.3 Outros acordos.....	170
6.2 ACORDOS COM REPERCUSSÃO SANCIONATÓRIA	172
6.2.1. Acordo de não persecução cível e solução consensual na nova redação da Lei Geral de Improbidade Administrativa	176
6.2.2 Acordo substitutivo de sanções	192
6.2.1.2 Acordos de cessação de prática de ato de improbidade	194
6.2.1.3 Termo de Ajustamento de Conduta.....	199
6.2.3 Acordos como técnica especial de investigação	201
6.2.3.1 Acordo de Leniência	205
6.2.3.2 Colaboração premiada.....	216
7. CONCLUSÃO	220
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	243

INTRODUÇÃO

A presente dissertação de mestrado tem por objetivo responder quais os acordos são possíveis no domínio da improbidade administrativa, considerando a nova redação do § 1º e § 10-A do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, a partir das alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019, que tiveram forte impacto sobre a sistemática de acordos no domínio da improbidade administrativa.

Este estudo se insere dentro de uma problemática bastante atual, na qual os operadores do direito se deparavam com a previsão legal vedando totalmente a possibilidade de acordo (prevista na antiga redação do art.17, §1º da Lei Geral de Improbidade Administrativa), e o movimento da consensualidade no Direito Sancionador, inclusive com a possibilidade de celebração de acordos no âmbito penal envolvendo atos tipificados como corrupção (por exemplo, a possibilidade de celebração de colaboração premiada, transações penais e suspensão condicional do processo), assim como no próprio Direito Administrativo Sancionador, no qual diversos diplomas legais admitiam a composição com o particular (por exemplo, a celebração de acordo de leniência na Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas e na Lei Anticoncorrencial, além dos termos de ajustamento de conduta, termos de cessação de conduta ilícita, acordos substitutivos de sanções e outros).

A problemática foi ainda mais acentuada após a edição da Lei nº 13.964/2019, também conhecida como Pacote Anticrime. A alteração legislativa foi bastante significativa no domínio da Lei Geral de Improbidade Administrativa, revogando a proibição então vigente para permitir a celebração de acordo de não persecução cível (§1º do art. 17) e também uma “solução consensual” (§ 10-A do art. 17), mas sucinta, na maneira que acabou por fazê-la, terminando por não disciplinar o conteúdo e o alcance da consensualidade dentro da LGIA.

Da vedação total para a inserção de um novo marco da consensualidade no domínio da improbidade administrativa, inclusive inserindo uma nova modalidade de acordo (de não persecução cível), o presente estudo se debruçará sobre o conteúdo e o alcance da nova redação da Lei Geral de Improbidade Administrativa, preocupando-se em inferir quais os acordos possíveis no domínio da improbidade administrativa.

Anota-se que as premissas estudadas ao longo deste estudo foram fortemente impactadas com a vigência do Pacote Anticrime, que trouxe um novo marco legal consensual para o domínio da improbidade. Justamente por se tratar de uma lei com pouquíssima vigência, há pouco material bibliográfico publicado sobre o tema. Não foram localizadas decisões judiciais discutindo a aplicação da nova redação da Lei Geral de Improbidade Administrativa.

Assim, esta dissertação focará na compreensão dos novos dispositivos com base na interpretação gramatical, lógica, sistemática, histórica e evolutiva, bem como na pouca literatura publicada acerca da nova redação da Lei Geral de Improbidade Administrativa.

Também é importante registrar que a alteração da Lei ocorreu após a banca da qualificação e em uma fase na qual o trabalho já se encaminhava para finalização. As questões suscitadas pela nova lei acrescem significativamente ao debate já intenso sobre o tema. Por isso, o objetivo do presente estudo não é esgotar todas as discussões decorrentes da nova redação da Lei Geral de Improbidade Administrativa, cuja aplicação prática e cujos debates acadêmicos demandarão tempo e maturação dos operadores do Direito. Nesse sentido, buscar-se-á realizar uma leitura do novo cenário da consensualidade no Direito Administrativo Sancionador, em especial do domínio da improbidade administrativa.

Nesse caminho, será preciso analisar o movimento da consensualidade que teria culminado com a revogação da vedação de celebração de acordo na Lei nº 8.429/92. É certo que a então proibição era fruto de sua época, e o Direito não pode ser compreendido distanciado de seu contexto histórico e social, afinal, este nada mais é do que a ordenação da vida social.

Em 1992, data da vigência da Lei Geral de Improbidade Administrativa, admitir a celebração de acordos administrativos, administrativamente ou judicialmente no bojo de uma ação de improbidade, com aqueles que praticaram ato de improbidade administrativa, era praticamente inconcebível, acreditando-se que o agente ímprobo merecia a punição do sistema jurídico com toda a severidade possível. Buscava-se evitar quaisquer tipos de concessões indevidas para o agente ímprobo, entendendo-se que o acordo poderia, de algum modo, favorecer indevidamente o agente infrator. Porém, quase três décadas após, essa previsão da Lei Geral de Improbidade Administrativa se distanciou da realidade jurídica e social, tornando-se uma proibição isolada das demais normas jurídicas e da legislação mais atualizada do Direito Sancionador, tanto é que culminou em sua revogação, expressa com o advento da Lei nº 13.964/2019.

Passados quase 30 anos da vigência da Lei Geral de Improbidade, a corrupção pública ainda é uma das maiores mazelas do país, sendo consenso que a Lei Geral de Improbidade Administrativa foi insuficiente para reduzir a corrupção no país, com poucos resultados quanto ao retorno de valores desviados dos cofres públicos. Não por menos, o Brasil ocupa a 106ª posição entre 189 países avaliados no Índice de Percepção da Corrupção, segundo revelado pelo Jornal Valor Econômico, em janeiro de 2020.

Na tentativa de avançar sobre o tema, o contemporâneo enfrentamento a tais ilícitos teve significativas mudanças. As diversas operações de combate à corrupção, a cobrança da

sociedade exigindo uma maior punição dos sujeitos corruptos, a participação dos cidadãos no controle e decisões administrativas, bem como a atualização da legislação sobre o tema são exemplos da nova conformação social e jurídica frente a tal mazela. O direito à Administração proba, ao governo honesto, foi reconhecido como direito fundamental pela Suprema Corte do país e pela doutrina, exigindo normas e políticas públicas que deem concretude a tal direito.

Neste contexto, sob pressão da sociedade, novas leis de combate às práticas corruptivas trazem consigo a consensualidade como instrumento de indução e conformação de condutas sociais, inclusive no âmbito do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador. Embora haja uma correlação e interligação entre as esferas de responsabilidade, o enfoque deste estudo é a tutela jurisdicional civil da probidade administrativa, e não a tutela penal, tampouco o fenômeno da corrupção em si, que atrai diversas esferas de responsabilidade, sendo importante delimitar que o objeto deste estudo é o domínio da improbidade administrativa.

O movimento da consensualidade é extremamente relevante para o estudo da questão que se propõe a analisar. O ajuizamento de uma ação judicial deixa de ser a única resposta do sistema jurídico, que começa a apostar em modelos mais céleres e mais eficientes para resolução dos conflitos, abrindo-se espaço para vias alternativas consensuais. A precariedade da máquina punitiva estatal, a excessiva judicialização, a morosidade do Poder Judiciário, a falência do modelo tradicional de comando e controle vigente exigiam uma diferente postura para o enfrentamento dos atos ilícitos. O cometimento de crimes e condutas ímprobos não podem compensar em razão da ineficiência do Estado em punir e reprimir tais atos, de modo que as mudanças legislativas introduzidas no Direito Sancionador têm o potencial de alterar a forma do enfrentamento da questão, na busca de avanços e maior efetividade.

Boa parte das inovações legislativas no Direito Sancionador é fruto da conformação da legislação nacional aos Tratados Internacionais, a qual o Brasil é signatário. A comunidade jurídica internacional pressionava o país para internalizar normas das convenções internacionais por meio de legislação específica, impondo ao país a alteração do funcionamento de punição e conformação social dos atos associados à corrupção. Afinal, a corrupção passou a ser entendida como fenômeno transnacional dentro do mundo globalizado, exigindo que os países tivessem uma normatividade minimamente uniforme de combate a tal fenômeno.

Inegável, portanto, que os novos institutos jurídicos, a nova forma de punir atos ilícitos e conformar as condutas sociais alteraram o sistema jurídico como um todo. Não é possível analisar os antigos instrumentos jurídicos de modo estanque e isolado, como era sua

aplicação até o momento. Novos tempos, novos instrumentos, nova cultura jurídica para uma nova compreensão sobre a tutela do bem jurídico da probidade administrativa.

Esse novo modelo denominado de “Administração Pública consensual” tem como vertente a busca por resultados úteis, baseado na perspectiva jurídica pragmática e instrumental, que opera por uma lógica bastante diferente do modelo tradicional, justamente numa tentativa de conferir uma maior realização do direito fundamental à probidade administrativa.

É sob este enfoque que a presente dissertação estudará o movimento consensual como novo paradigma da solução de conflitos, inclusive dentro do Direito Administrativo Sancionador. Com esta compreensão, será possível aprofundar na análise das modalidades de acordos possíveis no domínio da improbidade administrativa, sobretudo ante a superação da antiga vedação prevista no § 1º do art. 17 da Lei Geral de Improbidade Administrativa.

O tema *acordos* é bastante controverso por si só, razão pela qual foi necessário realizar cortes metodológicos, sob pena de alargar demasiadamente o debate. A consensualidade dentro do Direito Administrativo Sancionador já atrai uma infinidade de controvérsias, razão pela qual focou-se em uma análise geral nos assuntos que mais se relacionam com acordos na improbidade administrativa. O mesmo se diz em relação ao domínio da improbidade administrativa, do qual a Lei Geral de Improbidade Administrativa e a Lei de Improbidade da Pessoa Jurídica suscitam diversos temas controversos. Deste modo, foi realizada uma análise mais geral das principais leis que formam o sistema de responsabilização da improbidade administrativa, com foco no microssistema civil da tutela da probidade administrativa, para que então seja possível avaliar a consensualidade neste domínio. O objetivo foi ressaltar os aspectos mais gerais das referidas leis e suas funções dentro do domínio da improbidade administrativa para que, então, fosse possível adentrar no tema sobre acordos em improbidade administrativa.

Pela mesma razão, não será objeto do presente estudo o Direito Penal (tanto o microssistema penal anticorrupção quanto os instrumentos consensuais), bem como os demais microssistemas que tutelam a Administração Pública. O enfoque é o microssistema civil da improbidade administrativa.

Quanto às modalidades de acordo, cada uma delas também suscitam diversos debates. Logo, buscou-se dar o enfoque da aplicabilidade de cada instrumento no domínio da improbidade, sendo necessário o recorte quanto às demais controvérsias que cada instituto suscita por si só.

Feitos tais recortes metodológicos, buscar-se-á responder às seguintes perguntas: é possível celebrar acordos no domínio da improbidade administrativa? Os acordos firmados sob

a égide da antiga redação do § 1º do art. 17 da LGIA são válidos? A partir da vigência do Pacote Anticrime, quais acordos passaram a ser admitidos no domínio da improbidade administrativa?

Para tanto, realizou-se uma pesquisa de cunho dogmático-jurídico, com análise da legislação e de doutrina que contemplem mecanismos consensuais no domínio da improbidade administrativa. Sobre a nova redação dada à Lei Geral de Improbidade Administrativa, em razão da sua recente vigência, será realizada uma abordagem inicial sobre a celebração de acordos sob a nova vertente da consensualidade positivada, recorrendo-se aos métodos clássicos de interpretação, sendo certo que a pacificação do conteúdo e o alcance do novo regramento também serão definidos pela jurisprudência.

A dissertação foi então organizada da seguinte maneira: será estudado o microsistema processual de tutela da probidade na Administração Pública, verificando o sistema constitucional de tutela de tal bem jurídico apto a garantir um direito fundamental ao governo honesto, inclusive sob o influxo das Convenções Internacionais de combate à corrupção, que ao final formariam o microsistema processual civil da probidade administrativa (capítulo 1). Posteriormente, será analisado o movimento da consensualidade como paradigma para solução de conflitos com base na legislação processual contemporânea (capítulo 2), para então compreender tal fenômeno no Direito Administrativo e seu impacto na redução da atividade administrativa impositiva e unilateral, bem como a valorização da participação do administrado dentro da nova conformação da Administração Pública (capítulo 3). Após, será verificado como a consensualidade também se expandiu para o Direito Administrativo Sancionador, permitindo uma nova concepção sobre interesse público e sanção administrativa, com a valorização instrumental e pragmática da atividade administrativa, na busca de uma maior eficiência (capítulo 4).

Com a compreensão deste fenômeno como um todo, inclusive na atividade sancionatória, bem como a verificação da improbidade administrativa como sistema constitucional de responsabilização, será analisada a consensualidade no domínio da improbidade administrativa, inclusive a possibilidade de acordo na vigência da antiga redação do § 1º do art.17 da LGIA. Assim, no capítulo 5 será aprofundado o estudo da Lei Geral de Improbidade Administrativa e da Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas, leis principais do domínio da improbidade administrativa, para compreender como os acordos foram sendo incorporados e utilizados no domínio da improbidade administrativa, tanto à luz da redação anterior da LGIA como na vigência do novo marco legal do Pacote Anticrime.

O último capítulo buscará então analisar as possíveis modalidades de acordos no domínio da improbidade administrativa, já sob a nova redação da Lei Geral de Improbidade

Administrativa, dividindo as modalidades em acordos sem repercussão sancionatória e com repercussão sancionatória, como a análise de cada modalidade de acordo e a sua aplicação no domínio da improbidade administrativa (capítulo 6).

Desta forma, será respondida a questão sobre quais os acordos admissíveis no domínio da improbidade administrativa à luz da nova redação da Lei Geral de Improbidade Administrativa, bem como a validade dos acordos firmados na vigência da vedação prevista no § 1º do art. 17 da LGIA, com a análise da expansão do movimento da consensualidade neste ramo do Direito e sua repercussão na prevenção e repressão à tais ilícitos.

Aguarda-se que o presente estudo possa contribuir na aplicação desses instrumentos no domínio da improbidade, avançando-se no combate à corrupção e na busca de melhores soluções para a conformação e repressão de tais ilícitos.

1- MICROSSISTEMA PROCESSUAL CIVIL DE TUTELA DA PROBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 Improbidade Administrativa. Fundamentação constitucional. Direito fundamental ao governo honesto

A atual Lei Fundamental foi a primeira Constituição Federal a constitucionalizar a moralidade administrativa como princípio que deve reger a Administração Pública no *caput* do art. 37, e institucionalizar a tutela da probidade administrativa como mandamento constitucional, estabelecendo um regime jurídico singular no § 4º do art. 37 da Constituição Federal, por meio de um sistema sancionatório com gravosas penas para aqueles que cometerem ato de improbidade administrativa, responsabilizando-os em distinta e autônoma esfera de responsabilidade¹.

A probidade administrativa não está inserida apenas no § 4º do art. 37 da Constituição Federal, mas em diversos outros dispositivos que também dispõem sobre tal bem jurídico, dentre os quais a previsão do § 9º do art. 14, o qual possibilita que a lei complementar estabeleça outros casos de inelegibilidade e prazos de cessação, a fim de proteger a probidade administrativa e moralidade para o exercício de mandato; o art. 15, V, que prevê a perda ou suspensão de direitos políticos por condenação por ato de improbidade administrativa; o art. 85, V, que tipifica o crime de responsabilidade do Presidente da República como os atos que atentem contra a probidade administrativa, a responsabilização do chefe do Poder Executivo que não obedeça à liberação de recursos públicos para o pagamento de precatórios vencidos, conforme a previsão do inciso III do § 10º do art. 97 e art. 104, II; por fim, a responsabilização do dirigente da instituição financeira que não transferir os recursos adicionais recebidos para a quitação de precatórios para a conta especial do Tribunal de Justiça, na forma do § 3º do art. 101. Porém, por razões metodológicas, faz-se um recorte para o estudo do domínio da

¹ Cumpre observar que a lesão à probidade administrativa não é uma novidade da Constituição Federal, pois já era prevista como crime de Responsabilidade do Presidente da República desde a Constituição Federal de 1891. Segundo Maria Sylvia Di Pietro, a inovação constitucional foi em relação à positivação do princípio da moralidade administrativa (denotando a grande preocupação com a ética na Administração Pública) e a possibilidade de punição dos servidores públicos em geral, e não somente agentes políticos (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 973-979). Frisa-se que a Constituição Federal conferiu uma outra sistemática à tutela da probidade administrativa, instituindo um sistema singular de responsabilidade, inclusive com autonomia constitucional, conforme lições de José Roberto Pimenta Oliveira (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009).

improbidade administrativa estabelecido a partir do art. 37, *caput*, e § 4º, pois estes são relacionados com o dever de probidade geral na Administração Pública, enquanto os demais dispositivos constitucionais buscam garantir a lisura daqueles eleitos para o exercício de mandato político, bem como o dever do chefe do Poder Executivo observar a estrutura constitucional para a quitação de precatórios.

Do mandamento constitucional é possível verificar que a probidade administrativa é um dos pilares da Constituição Federal e está relacionada com a conduta escorreita e leal com a Administração Pública e com a coisa pública, tendo a Carta Constitucional introduzido importante elemento ético como valor no ordenamento jurídico².

O administrador público tem o dever de agir não apenas em conformidade com a previsão legal, mas também com os valores vigentes em uma determinada sociedade juridicamente positivados no ordenamento jurídico, sendo relevante que o móvel e o objetivo de sua conduta sejam compatíveis com o dever agir de forma ética e de acordo com a finalidade pública inserida na norma jurídica³. Assim, com a constitucionalização do princípio da moralidade pública, todos os atos administrativos, além de cumprirem os mandamentos legais, devem também atender aos padrões éticos e morais vigentes na sociedade⁴, impondo uma limitação para o exercício da atividade estatal e nas relações público-privadas.

² Segundo Fabio Medina Osório, a Carta Constitucional aproximou o Direito da ética, introduzindo uma nova espécie de ética institucional como fonte normativa, exigindo padrão ético mais intenso no setor público (OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública - Corrupção - Ineficiência**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 84). José Roberto Pimenta Oliveira afirma que a constitucionalização do princípio da moralidade obrigou o Estado a “promover e desenvolver a Ética Administrativa, dentro dos novos paradigmas constitucionais morais”, trazendo um valor estruturante do exercício da função pública. Para o autor, os Códigos de Conduta e de Ética no âmbito administrativo devem justamente ter função preventiva, servindo como orientação da conduta funcional, bem como a criação de estruturas administrativas para promoção dos valores éticos jurídicos do ordenamento brasileiro, não devendo conter finalidade sancionador disciplinar. (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Código de conduta e de ética no âmbito da Administração Pública Direta. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio Leão Bastos Pereira (Coord.). **Governança, compliance e cidadania**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 101-127).

³Filiamo-nos ao pensamento de Fábio Medina Osório, de que não mais se tolera atitudes de agentes públicos não condizentes com o mínimo eticamente exigível, existindo um verdadeiro imperativo ético de imputação (OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública - Corrupção - Ineficiência**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2018, pp. 53).

⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o princípio da moralidade está relacionado com o descumprimento de “uma moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado. Significa, portanto, um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 28ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, p. 120). Já Ricardo Marcondes Martins afirma que a moralidade administrativa não é um princípio que deve ser concretizado na maior medida possível, mas sim uma regra de estrutura, já que “disciplina o exercício da função administrativa”. Por isso, está relacionada com as regras éticas objetivadas em uma sociedade. A probidade administrativa seria um subprincípio que impõe que os agentes públicos sejam honestos (MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, pp. 53-56).

Destaca-se que não existe um conceito unívoco sobre improbidade administrativa. *Probo* significa aquele que brota o bem. Está associado ao indivíduo honrado, íntegro, reto, leal, honesto, idôneo e virtuoso. Trata-se de um conceito extremamente vago e um conceito jurídico indeterminado⁵, mas é possível afirmar que aquele que pratica ato de improbidade administrativa viola a moralidade administrativa, a honestidade que se espera por aquele que desempenha função pública ou dentro das relações estabelecidas com a Administração Pública, a gestão proba dos recursos públicos, o desvio do interesse público para obter vantagens para si ou para outrem, agindo de forma ilícita, abrangendo também aquele que atua com a falta de zelo na gestão patrimonial do erário⁶.

A improbidade administrativa seria, então, uma imoralidade administrativa qualificada⁷, relacionada com a desonestidade, deslealdade às instituições públicas e falta de zelo na gestão pública⁸, e não uma mera ilegalidade ou inabilidade do administrador⁹.

⁵ Sobre a conceito de improbidade administrativa como conceito jurídico indeterminado, adotam-se as ponderações de José Roberto Pimenta Oliveira sobre a vagueza conceitual empregada pela Constituição Federal ao vedar a prática de atos de improbidade administrativa. Segundo o autor, a Carta Federal empregou um termo de elevada carga de vagueza conceitual, demandando interpretação na sua aplicação. Nesse sentido, colaciona-se as suas afirmações: “O enunciado pretende veicular uma referência ao universo das transgressões ou violações do direito, no exercício da função pública. Ao utilizar-se do conceito válvula, denuncia a obra constitucional o claro intento de modular o alcance da regra no processo de regulação e individualização do direito. Como conceito jurídico indeterminado ou de conteúdo variável, sua delimitação não se faz de forma geométrica, mas implica, na construção legislativa de seu significado e concretização, uma zona de certeza positiva e uma zona de certeza negativa, sendo condenável a atitude do intérprete que desconsidere a ineliminável existência de uma zona de penumbra na tarefa de definição do enunciado constitucional. Jamais será possível uma decodificação objetiva absoluta nesse campo de linguagem” (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 149).

⁶ Sobre o dever de zelo na gestão do erário pelo agente público, ver José Roberto Pimenta Oliveira (*Ibid.*, pp. 254-261). Ressalva o autor que não é qualquer prejuízo ao erário que faz surgir a responsabilização por improbidade administrativa, o que está devidamente evidenciado no plano normativo, já que a LGIA trata do prejuízo ao erário (art. 5º) e outros dispositivos a ofensa ao bem jurídico tutelado, que faz incidir a responsabilização a que se refere o § 4º do art. 37 da CF.

⁷ Imoralidade qualificada é uma expressão de José Afonso da Silva. Segundo o referido autor, a probidade administrativa seria uma forma de moralidade administrativa com tutela específica conferida pelo Constituinte. Por isso, ele a define como uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente a uma vantagem ao ofensor ou beneficiário. Também aponta que a probidade administrativa é um dever dos funcionários servirem a Administração Pública com honestidade, sem se aproveitar de seu cargo, seja para si, seja para outrem. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2014, p. 677).

⁸ Para Fábio Medina Osório, a improbidade administrativa não estaria relacionada ao zelo devido pelo agente público com relação ao erário, mas sim ao conceito de boa gestão pública, de modo que “a improbidade administrativa seria uma espécie de má gestão pública que comporta atuações dolosas e culposas e está relacionado com a corrupção, bem como a grave ineficiência administrativa” (OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública - Corrupção - Ineficiência**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 45).

⁹ Nesse sentido, apontou o Ministro Alexandre de Moraes no julgamento do Recurso Extraordinário nº 852475/SP, publicação DJe 25/03/2019: “DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º DA CONSTITUIÇÃO. (...) Essa inovação constitucional de 1988, em permitir tratamentos sancionatórios diferenciados entre os atos ilícitos em geral e os atos de improbidade administrativa, inclusive com a normatização em parágrafos diversos, decorreu da necessidade de se punir mais severamente a ilegalidade

Ressalta-se que o art. 10º da Lei de Improbidade Administrativa inseriu o zelo do erário como dever jurídico do agente público, de modo que é perfeitamente possível aceitar a modalidade culposa no domínio da improbidade administrativa. Assim, a improbidade administrativa não poderia ser apenas associada aos atos desonestos ou àqueles praticados com má-fé, mas também aos atos culposos no zelo da coisa pública. Nesse passo, filiamo-nos à corrente que considera que a improbidade administrativa não pode ser reduzida à modalidade dolosa, quase como sinônimo de desonestidade¹⁰, pois é necessário verificar “o desvalor da ação ou omissão do agente público: o desatendimento ao dever de cuidado ou de negligência exigível do agente público no zelo que deve ser dispensado à gestão do erário público”¹¹¹².

Anota-se, contudo, que tal posição não é uníssona, pois parte da doutrina considera que a improbidade administrativa deve ser associada à conduta desonesta como marca característica das condutas ímprobas¹³. Nesta corrente, prepondera que a possibilidade de

qualificada, ou seja, a Constituição comandou ao Congresso Nacional a edição de lei que não punisse a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para corrupção, e de todo aquele que auxilie, no intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado e evitar o perigo de uma administração corrupta pelo descrédito e pela ineficiência”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal STF. **Recurso Extraordinário: RE 852475 SP - SÃO PAULO**. Rel. Ministro Alexandre de Moraes, São Paulo, j. 8.8.2018, Tribunal Pleno. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749427786>. Acesso em: 28 mar. 2020)

¹⁰ Nesta corrente também está o posicionamento de Emerson Garcia, que pondera que, em que pese o sentido semântico da norma ter relação com a desonestidade, a improbidade administrativa seria mais ampla que esta. A Lei nº 8.429/92 indicou os atos qualificáveis como improbo, incluindo atos praticados por agentes públicos que não se revelem desonestos. Como exemplo de atos praticados com boa-fé, mas que seriam qualificados como ímprobos, são os atos praticados a despeito da previsão legal e do fim colimado pela norma que causem prejuízo ao interesse público, mas que na visão do agente público que o praticou seriam mais benéficos para a coletividade. Neste caso, pondera o autor, “será possível configurar o ato de improbidade de um agente público honesto e que, apesar do dolo de sua conduta, agiu de boa fé” (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogerio Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 186). No mesmo sentido de que a improbidade administrativa não se reduz apenas aos atos desonestos está o posicionamento de José Roberto Pimenta Oliveira. Segundo o autor, seria uma redução semântica não autorizada: “Probidade também inclui o dever ético-jurídico de zelar pela *res publica*, reflexo da conduta leal ou fiel ao patrimônio público. Sendo assim, aberta ao legislador a possibilidade, a tipificação de atos dolosos e culposos no art. 10 não merece reprimenda alguma. É válido acentuar, no entanto, que a diferença de elemento subjetivo deverá ser obrigatoriamente considerada na fixação das sanções em cada caso” (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 276).

¹¹ *Ibid.*, p. 279.

¹² Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é possível a modalidade culposa para as hipóteses do art.10 da LGIA, desde que haja culpa grave (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **AIA nº 30 AM**. Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, j. 21.09.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749427786>. Acesso em: 28 mar. 2020). Para Luciano Ferraz, o art. 28 da LINDB reforçou a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que o sistema de responsabilização por improbidade administrativa admite a forma culposa, mas ressalta que a culpa deve ser entendida apenas como erro grosseiro (que seria o equivalente à culpa grave, sendo inviável a responsabilização por culpa leve). (FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de Leniência, Acordos substitutivos e instrumentos afins)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 151).

¹³ Nesta corrente está o posicionamento de Mariano Pazzaglini Filho: “Portanto, a conduta ilícita do agente público para tipificar o ato de improbidade administrativa deve ter esse traço comum ou característico de todas as modalidades de improbidade: desonestidade, má fé, falta de probidade no trato da coisa pública” (PAZZAGLINI

responsabilização por culpa por ato de improbidade seria inconstitucional, conforme pontua Luciano Ferraz:

A ideia de improbidade administrativa, mercê da necessidade de lesão simultânea ao direito e à moral, não se coaduna com a mera ideia de culpa, que pressupõe a licitude dos fins da conduta almejada pelo agente¹⁴.

Tem-se que, com base na previsão do § 4º do art. 37, a Constituição Federal criou um sistema singular de responsabilização, com forte viés repressivo, estabelecendo gravosas sanções para os infratores da probidade administrativa; não deixando de se preocupar com o viés reparatório, cuja recuperação integral do dano ao erário e a perda da vantagem ilícita obtida também são um dos imperativos da norma constitucional. Ou, nas palavras de José Roberto Pimenta Oliveira, foi criado um “domínio punitivo da improbidade administrativa, de caráter jurisdicional, geral e autônomo, primariamente sancionatório e secundariamente reparatório”¹⁵.

Na visão do referido autor, a Constituição Federal não apenas introduziu uma diretriz valorativa positiva e negativa para o exercício de função pública, mas adentrou diretamente no ilícito e na sanção singularmente instituídos para a tutela da probidade administrativa. “Ao fazê-lo, a Constituição transformou o valor juridicizado em bem jurídico fundamental, com domínio punitivo próprio”¹⁶.

FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**. Aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 2). Mais adiante, Pazzaglini ressalta: “a culpa civil, no âmbito da improbidade administrativa, configura-se com a ação ou a omissão do agente público, resultante de descumprimento consciente de obrigação jurídica, por má fé, causando involuntariamente resultado antijurídico que poderia ele ter evitado (lesão ao erário), caso tivesse empregado a diligência devida pelo seu dever de ofício” (*Ibid.*, p. 75). Na mesma linha está o pensamento de Aristides Junqueira, para quem a improbidade administrativa seria uma conduta desonesta, pela qual o agente público enriquece ilícitamente, obtém vantagem indevida e causa dano ao erário (ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no Direito brasileiro. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de (Coord.). **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 86 *et seq.*). Marcela Mangullo pondera que a responsabilidade culposa por atos de improbidade administrativa não seria compatível com a improbidade administrativa, uma vez que não existiria desonestidade por culpa ou negligência por comportamento antiético, “esses valores demandam a consciência e a vontade de transgredi-los pelo agente. Havendo vontade, há dolo; havendo consciência e querer, há dolo; jamais culpa, pois ela prescinde de vontades, é uma quebra do dever de cuidado objetivo”. (MANGULLO, Marcela Quirino. A incompatibilidade entre a aceção de moralidade e a responsabilidade culposa. In: CAMMAROSANO, Márcio (Coord.). **Controle da Administração Pública**. Temas atuais. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 196.

¹⁴ FERRAZ, Luciano **Controle e consensualidade**: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de Leniência, Acordos substitutivos e instrumentos afins). Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 147.

¹⁵ 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. 189.

¹⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 176.

É importante observar que a Constituição Federal estabeleceu uma estatura constitucional a tal sistema de responsabilização, mas delegou ao legislador ordinário a competência para a tipificação do ato de improbidade administrativa, bem como os meios para a tutela do bem jurídico. Inicialmente, foi editada a Lei da Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/1992 – justamente para dar eficácia ao dispositivo constitucional e permitir a implementação do sistema punitivo da improbidade administrativa.

Por meio da Lei da Improbidade criou-se um Código Geral de Conduta para Administração Pública e seus agentes, estabelecendo gravosas sanções para os agentes públicos e beneficiários que cometerem algum ato qualificável como ímprobo. A redação originária da lei estabeleceu que as sanções previstas no art. 12 serão aplicadas após o provimento jurisdicional, mediante uma dosimetria da pena a ser estabelecida pelo juízo competente, que levará em conta a gravidade da conduta praticada, a extensão do dano e o proveito obtido pelo infrator.

Cumprе ressaltar que a Lei da Improbidade Administrativa tipificou uma série de condutas como ímprobas, em tipos bastante abertos. Serão sancionados todos aqueles que praticarem alguma das condutas elencadas nos incisos do art. 9º, 10º ou 11º, bem como, ainda que não tipificados no rol de cada inciso, àqueles que tenham sido imorais, desonestos e gerado o enriquecimento ilícito auferido em razão do cargo público (art. 9º, *caput* da LGIA), causado prejuízo ao erário, apropriação ou malversação de recursos públicos (art. 10º, *caput* da LGIA), que tenham concedido ou aplicado indevidamente algum benefício tributário ou financeiro (art. 10-A), ou que violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (art. 11, *caput* da LGIA).

O enfoque da Lei da Improbidade Administrativa é o estabelecimento de um dever jurídico de boas práticas gerais para aqueles que exercem algum tipo de função pública, punindo-os em caso de prática das condutas tipificadas na referida lei. O sistema de responsabilização por ato de improbidade administrativa passou a conviver com outros sistemas de responsabilidade dos agentes públicos, cada qual com suas particularidades¹⁷.

¹⁷ José Roberto Pimenta Oliveira aponta a existência de nove sistemas gerais e autônomos de responsabilidade dos agentes públicos: (i) responsabilidade civil; (ii) responsabilidade penal comum; (iii) responsabilidade por ato de improbidade administrativa; (iv) reponsabilidade por irregularidade formal e material de contas; (v) responsabilidade eleitoral; (vi) responsabilidade político-constitucional (por meio da punição por “crimes de responsabilidade”); (vii) responsabilidade político-legislativa; (ix) responsabilidade pela prática de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais previsto pela Lei de Abuso de Autoridades. (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 13. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. **Lei Anticorrupção comentada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 300).

Porém, o dever de probidade não é direcionado apenas aos agentes públicos, mas também aos particulares, em especial aos particulares que se relacionam com o Poder Público por qualquer relação jurídica. A Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção¹⁸, ou também conhecida como Lei de Improbidade Empresarial¹⁹, foi editada nesse sentido, permitindo a responsabilização por condutas ilícitas praticadas por pessoas jurídicas em detrimento da Administração Pública nacional ou estrangeira, independentemente da responsabilização das pessoas físicas. Deste modo, permite-se que a pessoa jurídica seja responsabilizada de forma autônoma, não exigindo a dupla imputação²⁰.

Nesse passo, todo aquele que tiver uma relação jurídica com a Administração Pública, seja contratual, regulatória, estatutária ou de relação especial, deverá agir de modo probo, honesto, com retidão e devido zelo na gestão da *res publica*, permitindo que as atividades administrativas sejam desenvolvidas para a realização do interesse público.

O dever de probidade nas relações jurídicas com a Administração Pública mereceu atenção constitucional, justamente em razão do histórico e endêmico risco de corrupção daqueles que estabelecem algum vínculo com o Poder Público. A Carta Constitucional avançou ao estabelecer “uma inédita previsão de sancionamento de atos de improbidade administrativa”²¹.

¹⁸ A Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), ao fazer referência à Lei nº 12.846/2013, denomina-a como Lei Anticorrupção: “Art.17, §4º. Os administradores eleitos devem participar, na posse e anualmente, de treinamentos específicos sobre legislação societária e de mercado de capitais, divulgação de informações, controle interno, código de conduta, a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), e demais temas relacionados às atividades da empresa pública ou da sociedade de economia mista”. (BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 28 mar. 2020.

¹⁹ Denominação dada por Maurício Zockum, a qual considera equivocada a alcunha de Lei Anticorrupção, uma vez que não há um conceito jurídico de corrupção (ZOCKUN, Maurício. Comentários ao art. 1º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 16); bem como denominada por José Roberto Pimenta Oliveira durante a orientação da presente dissertação.

²⁰ Pelo regime jurídico estabelecido pela Lei nº 8.429/92, a pessoa jurídica pode sofrer o sancionamento previsto no art. 12 da LGIA apenas como terceira beneficiária ou copartícipe da conduta ímproba praticada por agente público. Assim, teria de haver, necessariamente, um litisconsorte passivo entre o agente público e a pessoa jurídica que se enquadrasse como terceira beneficiária, nos termos do art. 3º, LGIA. Já com a LIPJ, a pessoa jurídica continua sendo beneficiária do ato lesivo, mas não depende da responsabilização da pessoa física para sofrer as sanções cabíveis. Sobre o tema, citando o RE nº 548181, Relatoria da Ministra Rosa Weber, publicado em 30/10/2014, Aloízio Zimmer afirma que inexistente necessidade de dupla imputação na mesma linha da responsabilização penal da pessoa jurídica, critério que deve ser aplicado por analogia, uma vez que o “art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a dupla imputação” (ZIMMER, Aloísio. Lei Anticorrupção – Lei 12.846/2013. In: NOHARA, Irene Patrícia; MOTTA, Fabrício; PRAXADES, Marco (Coord.). **Coleção Soluções de Direito Administrativo**. Leis Comentadas. Série I – Administração Pública. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 109).

²¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 63.

Outras leis ordinárias foram editadas a fim de proteger o referido bem jurídico, permitindo dar eficácia ao § 4º do art. 37 da Constituição Federal, assim como mecanismos processuais foram criados para viabilizar a referida tutela. Ocorreu uma verdadeira expansão normativa do domínio da improbidade administrativa²², alcançando diversos ramos do Direito, inclusive com alterações na própria Lei de Improbidade Administrativa.

Dentre tais leis, destacam-se a previsão na Lei de Responsabilidade Fiscal, punindo as infrações que não observarem a devida gestão fiscal²³, a responsabilização daquele que ensejar a contratação emergencial das empresas estatais²⁴, a responsabilização do ex-Conselheiro que utilizar informação privilegiada obtida no exercício do cargo de Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações²⁵, a responsabilização do prefeito nas hipóteses elencadas pelo Estatuto das Cidades²⁶, a responsabilização do agente público ou militar, prevista na Lei de Acesso à Informação²⁷; além das alterações na própria Constituição Federal, ao prever como hipótese de inelegibilidade, a fim de proteger a probidade administrativa e moralidade para o exercício de mandato no do § 9º do art. 14²⁸; a responsabilização do chefe do Poder Executivo que não libere recursos públicos para o pagamento de precatórios vencidos, conforme a previsão do inciso III do § 10º do art. 97 e art. 104, II²⁹; e a responsabilização do dirigente da instituição financeira que não transferir os recursos adicionais recebidos para a quitação de precatórios para a conta especial do Tribunal de Justiça, na forma do § 3º do art. 101³⁰. Porém, para fins metodológicos, apenas as principais leis que compõem o microsistema da tutela da probidade administrativa – § 4º do art. 37 da Constituição Federal, a Lei nº 8.429/92 e Lei nº 12.846/2013 – serão objeto de aprofundamento na presente dissertação.

Do preceito constitucional também é possível deduzir que a probidade administrativa é um direito difuso, pertencente a toda sociedade. Ter um governo probo,

²² José Roberto Pimenta Oliveira que, em estudo sobre a expansão das normas de improbidade administrativa, fez o destaque das alterações legislativas, apontando que “a expansão normativa do sistema de improbidade administrativa foi progressiva”. Após mencionar todas as leis que robusteceram o domínio da improbidade administrativa, destacou: “Observa-se que o sistema de improbidade administrativa tornou-se ao longo dos últimos 26 anos o sistema central, de caráter não penal, para robustecer o cumprimento dos princípios constitucionais basilares do Direito Público brasileiro, nos mais relevantes ordenamentos setoriais da atividade estatal” (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, Reginal Tamami (Coord.). **Carreiras típicas de Estado. Desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 190-191).

²³ Art. 73 da Lei Complementar nº 101/2000.

²⁴ § 2º do art. 29 da Lei nº 13.303/2016.

²⁵ Parágrafo único do art. 30 da Lei nº 9.472/1997.

²⁶ Art. 52 da Lei nº 10.527/2011.

²⁷ Art. 32 da Lei nº 12.527/2013.

²⁸ Redação dada pela Emenda Constitucional de revisão nº 4, de 1994.

²⁹ Incluídos pela Emenda Constitucional nº 94, de 2016.

³⁰ Incluído pela Emenda Constitucional nº 99, de 2017.

honesto, que conduza com integridade a coisa pública é um direito de toda coletividade. Afinal, a malversação da coisa pública afeta a todos e prejudica, em especial, a implementação e desenvolvimento de políticas públicas de toda a sociedade, não raro sem possibilidade de identificar um grupo individual e específico de pessoas lesadas com a prática da conduta ímproba.

A probidade administrativa é um direito ou interesse difuso ou coletivo, com estatura constitucional, no sistema republicano e democrático da atual Constituição Federal. Para instrumentalizar essa tutela jurídica, é possível reconstruir o microsistema processual civil de tutela da probidade administrativa, que está inserido no microsistema processual civil de tutela de interesses difusos ou coletivos³¹, a partir da disciplina constante na Constituição Federal.

José Roberto Pimenta Oliveira conceitua a probidade na Administração Pública como um bem jurídico meta-individual, já que a realização deste valor ultrapassaria qualquer âmbito individual, voltando-se à sociedade, sendo imprescindível para a vida social³².

Assim, a punição dos atos ímprobos tem natureza difusa, marcada pela impossibilidade de identificação subjetiva dos titulares afetados pela prática de conduta ímproba. A responsabilização constitucional a que se refere o § 4º do art. 37 é um direito subjetivo de toda a sociedade brasileira, invariavelmente afetada pela prática de condutas nefastas à boa administração pública.

No mesmo sentido está o posicionamento de Wallace Paiva Martins Júnior, o qual considera que a punição por atos lesivos a que se refere a LIPJ é direito de natureza difusa decorrente de um direito subjetivo público a um governo honesto “que é pautado pela gestão da *res publica* que preserve a integridade do patrimônio público e dos valores como moralidade, impessoalidade, eficiência, economicidade, etc.”³³.

³¹ Sobre o tema, ver NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezenda. **Manual de Improbidade Administrativa**. 5ª ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017; Fredie Didier e Herms Zanetti Junior, “O microsistema processual coletivo, o papel do Código de Defesa do Consumidor e o diálogo das fontes com o CPC-2015 (era da recodificação). *In: _____*. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo Coletivo. V. 4 – 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 64-75); ROQUE, André Vasconcelos. As ações coletivas após o novo Código de Processo Civil: para onde vamos? *In: ZANETI JUNIOR, Hermes (Coord.)*. **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodvm, 2016; BARRETO, Susana Codares Nunes. Novo Código de Processo Civil e o microsistema de processos coletivos: uma análise do art. 18. *In: DIFIER JR., Fredie (Coord.)*. **Coleção Repercussões do Novo CPC**, v. 8, pp. 284-304.

³² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 247.

³³ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Comentários ao art. 21. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago*. **Lei Anticorrupção comentada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 258.

É desse sistema normativo constitucional que se extrai o direito fundamental ao governo probó. Deste modo, para nós, a probidade administrativa é um direito fundamental vigente no ordenamento jurídico brasileiro e decorre do princípio republicano contido na Constituição Federal, o qual preconiza como um dos pilares da República a responsabilização dos agentes públicos^{34;35}. A Carta Magna valorou tanto o referido bem, dando um *status* de direito fundamental, que implementou um sistema singular de responsabilização, com penalidades severas capazes de restringir outros direitos fundamentais (como o direito de votar e ser votado).

É deste rígido sistema jurídico constitucional que, ao mesmo tempo que valora o bem jurídico da tutela proba, já determina, na própria Lei Fundamental, o sistema de punição, inclusive com restrição de direitos fundamentais, a qual é possível extrair que há um direito fundamental ao governo honesto.

Samantha Chantal Dobrowolski também considera o governo probó como direito fundamental e pontua:

O governo probó orienta-se pela realização concreta dos anseios sociais, axiologicamente delineados no texto constitucional e conforme a moralidade fundante da Administração Pública de dada coletividade. Daí derivam deveres

³⁴ Nesse sentido estão as afirmações de José Roberto Pimenta sobre o princípio republicano e a responsabilização de agentes públicos: “Em razão do princípio republicano, todo e qualquer agente público está posto em situação de subserviência, de submissão, de reverência aos interesses públicos enunciados na própria Constituição ou perfilhados pela obra legislativa complementar, através do regime de representação que estrutura o exercício do poder político. República impõe o domínio da legalidade, isonomia e intangibilidade dos direitos fundamentais. Como titular do poder exercido, assiste ao povo o direito de exigir a prestação de contas aos agentes que atuam em nome da República, pelos seus atos ou omissões, o que inclui comportamentos violadores da ordem constitucional. Deriva do princípio republicano a imposição de responsabilidade dos agentes públicos. Em rigor técnico, todos os sistemas de controle e responsabilização que incidem sobre a atuação do Estado e de seus agentes asseguram, reiteram, reforçam e densificam o princípio republicano, demonstrando sua alocação nos alicerces do sistema constitucional. Aqui incluído o sistema da improbidade administrativa”. (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 160).

³⁵ Ainda sobre a responsabilização dos agentes públicos, destacam-se as ponderações de Samantha Chantal Dobrowolski: “O princípio da responsabilidade estatal e dos agentes públicos, incluídos particulares que atuam em conjunto ou em nome do Poder Público, representa uma das principais decorrências normativas da configuração do Estado Democrático de Direito, fundado na igualdade de todos perante a lei e na correlata suposição isonômica básica de que também os detentores de parcelas do poder estatal devem responder por seus atos. Reflete o fundamento da legitimação política na democracia, que baseia os vínculos de coesão social no jurídico do poder político e nos limites de seu agir. Desse modo, ao Estado e a seus agentes – ao governante –, não se confere franquia total para gerir os negócios comuns, mas se assinalam limites e parâmetros. Vale dizer: é o exercício controlado do poder, limitado pelas leis – que universalizam regras de conduta, proibições e permissões –, com dever de prestação de contas e publicidade, que torna legítima a ação do Estado e de quem em seu nome age, pouco importando outras condições pessoais e sociais ou filiações de qualquer ordem. É a racionalização de seu exercício – derivada do império da lei e de suas exigências de publicidade e fundamentação –, e não a autoridade retórica ou formal, que legitima o poder” (DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. Aspectos da aplicação adequada da Lei de Improbidade Administrativa no atual enfrentamento à corrupção no Brasil. **Avanços e Desafios no Combate à Corrupção após 25 anos da Lei de Improbidade Administrativa**. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. Brasília: MPF, 2018, p. 153. Disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/05_18_coletanea_de_artigos.pdf. Acesso em: 28 mar. 2020).

imputáveis ao gestor público, de cuja atuação defluem efeitos variados, consoante a ótica positiva ou negativa de seu alcance, que, assim, podem ser tratados sob prismas diferenciados, até porque, democraticamente, coexistem, com a moralidade institucional, distintas instâncias de controle, abrangendo a sanção a desvios, má gestão, ineficiência e diferentes gradações de ilícitos. Nesse sentido, dada a complexidade das relações sociais em nível global e em função do modelo tecnocrático prevalente, ao Estado e seu corpo funcional são conferidos maiores poderes e mais amplas esferas de decisão, o que, por sua vez, como contraponto, deve reduzir seus âmbitos de imunidade e ampliar as possibilidades de responsabilização por desvios³⁶.

Todo o domínio da probidade administrativa foi, então, construído para garantir a existência de um governo probo, íntegro, que busque a escorreita gestão pública. O sistema punitivo erigido para garantir tal fim não visou a sancionar e a afastar da vida pública o agente inábil ou imperito, mas sim aquele que atua em detrimento do interesse coletivo, beneficiando-se ilicitamente de seu cargo ou função pública, agindo de modo desleal e desonesto.

Com efeito, a confiança nos governantes e nas instituições é um dos requisitos básicos de um governo republicano e democrático. Assim, garantir que haja uma boa administração, um governo com retidão e a devida punição àqueles que agirem de modo diverso são as bases para que se possa garantir tal preceito. Sem um sistema sólido, coerente e eficaz haverá impunidade, o que, por sua vez, conduz à falta de confiança nas instituições e enfraquece o Estado de Direito, o qual se procurou fundar por meio da Carta Constitucional. Aliás, juntamente com a construção de uma República e seu fortalecimento, a Constituição Federal buscou implementar uma sociedade democrática, com a possibilidade da participação social dos cidadãos nas decisões políticas administrativas do Estado.

Foram, então, previstas diversas formas de participação popular por meio de uma democracia participativa, além de outras formas de acesso ao cidadão nas decisões do Poder Público por meio de consultas públicas, audiências públicas, direito de petição, ação popular dentre outros mecanismos de participação direta do cidadão no seio da tomada de decisões da Administração Pública. Dinorá Grotti acrescenta a instituição de ouvidores juntos a diferentes órgãos públicos, a criação de conselhos, sistemas de disque-denúncia, coletas de opinião e outras formas de participação direta do cidadão, “devendo ser destacadas suas virtualidades no

³⁶ DOBROWOSLKI. Samantha Chantal. Aspectos da aplicação adequada da Lei de Improbidade Administrativa no atual enfrentamento à corrupção no Brasil. **Avanços e Desafios no Combate à Corrupção após 25 anos da Lei de Improbidade Administrativa**. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. Brasília: MPF, 2018, p. 153. Disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/05_18_coletanea_de_artigos.pdf. Acesso em: 28 mar. 2020, p. 154.

Estado Democrático de Direito como instrumentos de legitimidade do poder, aproximando Estado e sociedade”³⁷.

A inserção do cidadão no centro decisório da Administração Pública também tem por finalidade permitir que estes opinem sobre o próprio interesse público, elegendo prioridades e políticas públicas. Por meio da formação deliberativa e de consensos, os cidadãos terão voz na eleição do interesse comum a ser perseguido pelo Poder Público, auxiliando na definição do próprio interesse público a ser perseguido pelo Estado e por toda a sociedade³⁸.

De acordo com Nuno Roberto Coelho Pio, graças aos direitos de terceira geração, baseados nas noções de cooperação e consenso, alterou-se o conceito de interesse público. A cidadania passa a ser compreendida para muito além do voto, viabilizada por outros canais que permitirão a definição do interesse público³⁹.

A participação popular também está no seio do controle público que a Constituição Federal buscou implementar, privilegiando o acesso do cidadão não somente às tomadas de decisões e formulações de políticas públicas, mas também ao controle da retidão dos governantes e das instituições.

Essa participação social e possibilidade de controle da Administração Pública também estão relacionadas com o direito fundamental à boa administração Pública, pois confere aos cidadãos diversos meios para a realização de tal direito fundamental.

A possibilidade do ajuizamento de ação popular por qualquer cidadão para a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa prevista no art. 5º, LXXIII, é o exemplo que maior ilustra a inserção do cidadão no controle dos atos administrativos, com o intuito de garantir o direito à administração pública proba.

Segundo Crystianne da Silva Mendonça, o direito à boa administração pública é um direito do cidadão decorrente do princípio democrático, que preconiza a participação social no seio da Administração Pública. Nesse sentido, preconiza:

³⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A participação popular e a consensualidade na Administração Pública**. Boletim de Direito Administrativo – BDA. v. 18, n. 2, fev. 2002, p. 93.

³⁸ Considera-se o interesse público como a dimensão pública dos interesses individuais, conceito este extraído das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011). Ademais, conforme apontou Luzardo Faria, o interesse público deve ser extraído do sistema jurídico positivo, de modo que o interesse público é “resultado de uma escolha político- normativa. Será de interesse público aquilo que o legislador assim definir como tal” (FARIA, Luzardo. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: VILIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini. **A Lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, pp. 143-144).

³⁹ PIO, Nuno Roberto Coelho. **Participação e controle social da Administração Pública: regime jurídico dos conselhos de políticas públicas**. 206 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

Como espécie do gênero direito fundamental, a boa administração, conforme já demonstrado, tem natureza jurídica polifacética, ou seja, atua como três vetores: como direito fundamental do cidadão, como dever do Estado e como princípio a ser observado no exercício da função administrativa. Assim sendo, mostra-se como fonte para que o cidadão participe ativamente da vida política do Estado e possa, desse modo, lutar pela proteção e defesa dos direitos fundamentais⁴⁰.

Com base na participação deliberativa, diversos instrumentos consensuais foram introduzidos no Direito Administrativo, legitimando a vontade dos administrados nos processos decisórios, permitindo que estes adiram aos acordos de forma mais espontânea e menos litigiosa, favorecendo o *enforcement* da decisão da autoridade administrativa⁴¹.

Dentre os mecanismos de participação do cidadão na Administração Pública, instrumentos consensuais, de participação do administrado na tomada de decisões, têm ganhado destaque, tanto que gerou um movimento de expansão da consensualidade dentro da própria Administração Pública.

Tal movimento da consensualidade tem se caracterizado como forma de fortalecimento da democracia, sendo responsável pela alteração da forma tradicional de aplicação do regime jurídico administrativo, inclusive no âmbito sancionatório.

Importante repisar que a expansão da consensualidade também está intimamente relacionada ao direito fundamental ao governo honesto e íntegro, pois permite uma maior tutela da probidade administrativa e uma maior participação do cidadão na Administração Pública.

O diálogo estabelecido por meio deste processo deliberativo com o intuito de gerar acordos entre a Administração Pública e os administrados reforçam a boa governança pública⁴², possibilitando a alteração da atuação típica tradicional unilateral e impositiva para atuações

⁴⁰ MENDONÇA, Crystianne da Silva. **Direito Fundamental à boa administração e à transparência pública: exigências para o controle social no Estado Democrático de Direito**. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2016, p. 40.

⁴¹ OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio de Alencar Alves. Os (indispensáveis) instrumentos consensuais no controle de condutas do direito antitruste brasileiro – a experiência do CADE com o termo de compromisso de cessação de conduta e o acordo de leniência. *In*: MUNHÓS, Jorge, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org). **A lei anticorrupção e demais temas de compliance**. 2ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 398.

⁴² Em artigo sobre governança pública e gestão de riscos, Irene Patrícia Nohara pontua que a Reforma Administrativa da década de noventa inseriu a necessidade de *accountability* na atividade administrativa, a partir da qual a governança pública passou a ser prevista em diversos diplomas normativos, com “foco em capacidade de resposta, integridade, confiabilidade, melhoria regulatória, prestação de contas e responsabilidade e transparência, sendo incorporada a gestão de riscos”, por intermédio da Instrução Normativa MP/CGU nº 1/2016 e Decreto nº 9.203/2017 (NOHARA, Irene Patrícia. Governança pública e gestão de riscos: transformações no direito administrativo. *In*: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pirontini Aguierre de (Coord.). **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 327-342).

consensuais, horizontalizadas, permitindo uma maior participação dos cidadãos nas decisões administrativas.

Adota-se a premissa de que a atuação dialógica é muito mais compatível com o momento atual vivido na democracia brasileira de participação dos administrados na tomada de decisões⁴³, e tem se espreado para todos os ramos do Direito, sobretudo para os ramos do Direito responsáveis por dirimir conflitos entre Poder Público e administrado, conforme pontua Nuno Roberto Pio:

O que se observa é a substituição dessa forma unilateral impositiva e singular de agir por um conjunto procedimental orgânico e sistemático. E mesmo quando for necessário o emprego da manifestação coativa, tal manifestação deverá dar-se posteriormente a um procedimento aberto ao diálogo e participação e no contexto de um todo sistemático⁴⁴.

Deveras, mesmo no ramo do direito n qual era inconcebível qualquer outra atuação administrativa que a unilateral e impositiva, típica do *ius puniendi* do Estado, como no Direito Administrativo Sancionador, verificar-se-á a expansão de mecanismos consensuais como meio de resolução de conflitos. Assim, neste aspecto, será analisada a consensualidade também no domínio da improbidade administrativa, verificando quais os tipos de instrumentos consensuais são admitidos com base na nova redação da Lei de Improbidade, buscando responder se a utilização de tais instrumentos tem o poder de gerar uma maior eficiência no combate à improbidade administrativa.

1.2 Convenções Internacionais de combate à corrupção

A improbidade administrativa é uma espécie de corrupção pública⁴⁵, já que esta é um ilícito multifacetário que atrai simultaneamente diversos sistemas punitivos por meio de sanções correspondentes a cada ramo jurídico violado. Tais sistemas dialogam e, muitas vezes,

⁴³ Juarez Freitas afirma que a interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro conduz à primazia das resoluções de conflitos por meios consensuais, alterando a filosofia adversarial então vigente, deixando para o Poder Judiciário questões privativas e complexas (FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 276, set./dez. 2017, pp. 25-46).

⁴⁴ PIO, Nuno Roberto Coelho. **Participação e controle social da Administração Pública: regime jurídico dos conselhos de políticas públicas**. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

⁴⁵ Na mesma linha do apontamento de Juliano Heinen, consideramos que corrupção recebe várias definições, a depender do domínio relacionado. De qualquer modo, a concebemos como um desvio de comportamento que se afasta do lícito e/ou moral, sendo a corrupção pública relacionada com este desvio nas relações com a Administração Pública (HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei Anticorrupção- Lei nº 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp. 19-21).

interligam-se, na busca do fortalecimento do combate aos ilícitos que tanto afetam o Estado brasileiro.

Conforme trataremos a seguir, os Tratados Internacionais dissociaram o fenômeno da corrupção à conduta de um agente público⁴⁶. Tanto é que a corrupção pode ser praticada por particular, sem qualquer relação com o Poder Público. Isso, posteriormente, originou a Lei nº 12.846/2013, na qual é possível a responsabilização da empresa ainda que não haja qualquer participação de agente público. Assim, entende-se que corrupção seria mais ampla que a improbidade administrativa justamente por atrair outros sistemas de responsabilização, concomitantes à responsabilização por ato de improbidade administrativa⁴⁷.

Sobre este ponto, não será aprofundado o fenômeno da corrupção em si, que, conforme mencionado, atrai outras esferas de responsabilização. De qualquer sorte, o movimento internacional de combate à corrupção repercutiu no domínio da improbidade, e sob este enfoque que serão analisadas as normas internacionais.

Ademais, a corrupção não conhece fronteiras em um mundo globalizado. Muito pelo contrário, verifica-se que esquemas bastante complexos e organizados são realizados por empresas multinacionais, até com o fenômeno de exportação de forma de corromper agentes públicos e fraudar licitações.

Também se passou a compreender que a corrupção é extremamente nociva ao próprio sistema capitalista, pois corrói as bases de um modelo que depende do livre mercado e da competitividade inerente dele, de modo que a corrupção desvirtua toda a base deste sistema.

E mais, não basta apenas um país institucionalizar regras de combate à corrupção, já que se trata de um modelo transfronteiriço, globalizado, capaz de contaminar diversas relações comerciais e deixar o país que adote isoladamente medidas duras contra empresas corruptas em desvantagem. Na opinião de Aloísio Zimmer, muito além da preocupação internacional com a probidade da gestão pública, foi o interesse econômico em acabar com a vantagem concorrencial obtida em práticas corruptas⁴⁸.

⁴⁶ Em sentido diverso está o posicionamento de Emerson Garcia, o qual aponta que a corrupção estatal está atrelada ao uso ou omissão pelo agente público para obtenção de alguma vantagem indevida para si ou para terceiro, desviando os fins contemplados na norma jurídica (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogerio Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 51).

⁴⁷ Walber de Moura Agra pontua que a improbidade administrativa corresponderia à corrupção administrativa, na qual as mais diversas condutas afrontam os princípios nucleares da Administração Pública, seja por meio de obtenção de vantagem patrimonial indevida, seja causando dano ao erário, seja pelo tráfico de influência, seja para favorecimento indevido. (AGRA, Walber de Moura. **Comentários sobre a lei de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 58)

⁴⁸ ZIMMER, Aloísio. Lei Anticorrupção – Lei 12.846/2013. In: NOHARA, Irene Patrícia; MOTTA, Fabrício; PRAXADES, Marco (Coord.). **Coleção Soluções de Direito Administrativo. Leis Comentadas. Série I – Administração Pública**. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 33.

O fato é que a comunidade internacional reagiu ao fenômeno da corrupção internacional por meio de organismos internacionais, como ONU, Banco Mundial, OCDE, FMI e outros. Foram firmadas Convenções Internacionais com o intuito de formar uma cooperação internacional de combate à corrupção, exigindo-se dos Estados signatários diversas providências no âmbito interno.

São inúmeros os diplomas normativos firmados no âmbito internacional para o combate à corrupção. Porém, para fins desta tese, será objeto de estudo apenas os Tratados Internacionais considerados mais relevantes sobre o tema.

Os Estados Unidos tiveram um grande papel na exportação da repressão contra corrupção na comunidade internacional. Internamente, o país editou o “Foreign Corrupt Practices Act” (FCPA), que consiste em um programa de repressão para pessoas físicas e jurídicas que pratiquem atos corruptos no âmbito interno ou internacionalmente. Porém, as medidas isoladas dos EUA não foram capazes de combater a corrupção e manter a competitividade do país, ocasião em que o país pressionou fortemente a comunidade internacional para a adoção de medidas semelhantes.

Por meio da Convenção para Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) foi editada a Convenção de Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, em 1997. Tal Convenção foi internalizada por meio do Decreto nº 3.678/2000, trazendo considerações de que a corrupção é um fenômeno difundido nas Transações Comerciais Internacionais, incluindo o comércio e o investimento, que desperta sérias preocupações morais e políticas, abala a boa governança e o desenvolvimento econômico, além de distorcer as condições internacionais de competitividade.

Nesse passo, os países signatários devem adotar medidas necessárias ao estabelecimento de que a prática de suborno de funcionário público estrangeiro é delito criminal, responsabilizando inclusive as pessoas jurídicas. Foi então que o Brasil editou a Lei nº 10.467/2002, tipificando o crime de subornar funcionários públicos estrangeiros e cometer ato contra a Administração Pública Estrangeira.

Posteriormente, foi editada a Convenção Interamericana contra a Corrupção pela Organização dos Estados Americanos (OEA), internalizada no Brasil por meio do Decreto nº 4.410/2002. Destaca-se que os países signatários reconheceram que a corrupção é um fenômeno de transcendência internacional e que exige dos signatários uma ação coordenada para combatê-lo, sendo necessária a adoção de medidas para fortalecer os mecanismos de prevenção, detecção, punição e erradicação da corrupção, com uma maior cooperação entre os Estados membros.

Interessante que, por meio desta Convenção, foi criado um mecanismo de acompanhamento da implementação das medidas pelos Estados Membros (“Medidas de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção – MESICIC⁴⁹).

As Nações Unidas (ONU) também editaram a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como a “Convenção de Mérida”, internalizada por intermédio do Decreto nº 5.687/2006. O pacto internacional deixa claro que a corrupção é um fenômeno transnacional cujo combate exige enfoque amplo e multidisciplinar, exigindo dos Estados signatários que adotem políticas públicas para prevenção e repressão das condutas ilícitas, como Códigos de Conduta para os funcionários públicos, bem como incentiva o comportamento ético das empresas. O Pacto também exige adoção de medidas para tipificação de suborno tanto no setor público como no setor privado, bem como a responsabilização das pessoas jurídicas, tanto na esfera cível e administrativa como na penal.

Interessante também a previsão do art. 12, § 1^º⁵⁰, impondo aos signatários a adoção de medidas para a prevenção da corrupção, com a imposição de sanções penais, civis ou administrativas eficazes, proporcionais e dissuasivas, o que reforça a necessidade de que o combate à corrupção tenha políticas públicas eficientes e mecanismos capazes de induzir a prática de condutas adequadas e socialmente desejáveis nas relações jurídicas com a Administração Pública.

No âmbito da ONU também foi editada a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como “Convenção de Palermo”, internalizada por meio do Decreto nº 5.015/2004, que prevê, como medida de combate ao crime organizado internacional, medidas colaborativas com o Poder Público, fomentando a participação de pessoas para colaborar com informações úteis e documentos, auxiliando nas investigações⁵¹.

⁴⁹ Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/faq_resp.htm>. Acesso em: 10 mar. 2020.

⁵⁰ BRASIL. Decreto nº 5.687/2006: 1. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, assim como, quando proceder, prever sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas em caso de não cumprimento dessas medidas. **Portal da Legislação**, Brasília, dez. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 28 mar. 2020.

⁵¹ BRASIL. Decreto nº 5.015/2004. Artigo 26. Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei. **Portal da Legislação**, Brasília, dez. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 28 mar. 2020.

1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados:

a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente
 i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados;
 ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados;

Desde a Convenção de Palermo já se busca exigir dos Estados-Membros a adoção de políticas públicas de colaboração, possibilitando que os Poderes Públicos sejam lenientes com o infrator que contribuir com a persecução do ilícito. Isto é, aquele que contribuir com as investigações de ilícitos, fornecendo informações úteis e sensíveis para justamente possibilitar o desmantelamento de organizações criminosas e a aplicação de punição destes ilícitos deverá ser beneficiado com a redução da pena ou até mesmo com a isenção de penalidade.

Tal política pública está baseada essencialmente na cooperação dos infratores e em uma relação negocial entre estes e o Poder Público, permitindo que o colaborador se beneficie com prêmios conferidos por meio de uma política pública de leniência. São instrumentos de natureza consensual que têm grande potencial para incrementar a persecução de ilícitos, sobretudo em razão da deficiência da máquina estatal de investigação, apuração e punição dos atos ilícitos que violam a probidade administrativa.

Na legislação brasileira, os institutos de colaboração premiada (Lei nº 12.850/2013) e acordo de leniência (Lei nº 12.846/2013) são justamente instrumentos negociais baseados nessa política de contribuição do particular para a persecução de ilícitos, por meio do fornecimento de informações e provas que sirvam para fiscalização, investigação e punição de ilícitos. O Poder Público negocia com o particular os termos do acordo⁵², acordando sobre as

iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar;

b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.

2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um argüido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

⁵² É importante registrar que não existe autonomia da vontade e liberdade individual dos gestores públicos, de maneira que a negociação nestes acordos está jungida aos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, concordamos com os apontamentos de Ricardo Marcondes Martins de que o Estado sempre se apresenta como Administração Pública e “jamais se afasta do regime de direito público, mesmo quando se submete às regras de direito privado” (MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo, Malheiros Editores, 2015, p. 71). Em outra oportunidade, o referido autor pontua que não existe liberdade na Administração Pública, o que pode existir é discricionariedade, que não se confunde com liberdade jurídica (MARTINS, Ricardo Marcondes. *O princípio da liberdade das formas no Direito Administrativo*. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de; FERRAZ, Sérgio, ROCHA, Silvio Luís Ferreira Rocha, SAAD, Amauri Feres (Coord.). **Direito Administrativo e Liberdade- estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 656). Porém, discordamos do autor no que se relaciona com a impossibilidade da arbitragem nos contratos da Administração Pública, pois o próprio interesse público pode significar justamente a composição por via alternativa de conflitos, o que não significa que o Poder Público está dispondo do interesse público em si. Tampouco concordamos com o posicionamento de que a via consensual somente deverá ser adotada quando não for possível assumir a via unilateral, dependendo da aquiescência ou concordância da parte, pois se trata de uma via mais onerosa. Conforme será explorado nesta dissertação, o movimento consensual prioriza a via dialógica, pois esta se mostra mais condizente com a própria democracia e a busca de soluções pacíficas previstas na Constituição Federal.

medidas de redução ou isenção das sanções que seriam aplicadas ao colaborador em troca das informações e provas sobre o ilícito.

Ao assimilar tais institutos negociais, o Brasil se adequa à exigência internacional de adoção de instrumentos de colaboração, bem como ao movimento de valorização da participação dos infratores na persecução dos ilícitos relacionados à probidade administrativa.

Merece reflexão aprofundada a possibilidade da utilização dos instrumentos consensuais colaborativos no domínio da improbidade administrativa, seu eventual impacto no combate aos ilícitos, auferindo em que medida esses instrumentos possibilitam avanços para garantir de um governo fundamental probo.

De toda forma, o que se extrai das Convenções Internacionais é a preocupação mundial com o fenômeno da corrupção, percebendo que se trata de um ilícito que afeta a economia global, prejudica a concorrência sadia, gera disfuncionalidades no comércio internacional. Ao celebrar os Pactos Internacionais, os Estados-Membros se comprometem a adotar medidas eficientes para coibir tal prática.

Dentre as medidas exigidas por estes Acordos Internacionais, destacam-se a necessidade de implementação de uma política de combate à corrupção, a responsabilização da pessoa jurídica, tanto no âmbito penal, civil e administrativo, assim como a inserção de mecanismos de colaboração entre Administração Pública e particulares para o incremento da descoberta e punição de tais ilícitos.

Uma política voltada ao enfrentamento da corrupção exige dos Estados signatários que organizem uma política de enfrentamento, em um sistema com objeto transversal composto por diversas normas, as quais devem ser harmonizadas dentro do microssistema de combate à corrupção.

Ao internalizar tais medidas, o Brasil se comprometeu com um maior rigor no combate à improbidade administrativa, editando a Lei nº 12.846/2013, bem como fortalecendo e criando políticas de leniência para aqueles que colaborarem com o Poder Público.

Tais medidas têm o potencial de intensificar o combate à improbidade administrativa, justamente para que seja possível dar cumprimento ao preceito constitucional de garantir à sociedade o direito fundamental do governo honesto.

1.3 A tutela da probidade administrativa. Microssistema processual civil

Com a constitucionalização do princípio da moralidade, bem como a responsabilização por atos de improbidade administrativa, criou-se um microssistema

normativo de tutela da Administração Pública, na qual se objetiva proteger o patrimônio público, a moralidade e a probidade administrativa. Busca-se garantir um direito a um governo honesto e íntegro, punindo-se aqueles sujeitos (agentes públicos e terceiros) que não estão comprometidos com a *res pública*, por meio de uma lógica e regramento específicos.

Para tanto, esse microsistema é composto de uma série de leis materiais e processuais que objetivam justamente a tutela desses bens jurídicos, permitindo concluir que a Constituição Federal conferiu um sistema singular para a tutela de probidade administrativa.

Salienta-se que já foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça que a defesa da probidade constitui um microsistema cível, no qual a própria Constituição Federal conferiu uma série de instrumentos, em um autêntico sistema processual⁵³.

O microsistema da tutela da probidade administrativa exige do Estado a adoção de uma série de políticas públicas para garantir o correto desempenho da atividade pública. A inserção de instrumentos para a punição e repressão dos atos ímprobos é extremamente relevante para dar densidade e concretude ao direito a ter um governo honesto.

A formação desse microsistema de tutela da probidade administrativa permite a incidência simultânea de várias normas repressivas, em um sistema concomitante de diversas esferas punitivas, tendo como referencial a prática de atos de corrupção, adotando o conceito amplo da Convenção Internacional da ONU. Isto porque a ressalva feita constitucionalmente

⁵³ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO ESPECIAL Nº 510150-MA**. Data do julgamento 17.02.2004. Data da publicação 29.03.2004. Rel. Min Luiz Fux. Primeira Turma. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. A probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, a fortiori, difuso. 2. A característica da ação civil pública está, exatamente, no seu objeto difuso, que viabiliza multifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como o mais adequado órgão de tutela, intermediário entre o Estado e o cidadão. 3. A Lei de Improbidade Administrativa, em essência, não é lei de ritos senão substancial, ao enumerar condutas contra legem, sua exegese e sanções correspondentes. (...). 6. A fortiori, a ação civil pública pode gerar comando condenatório, declaratório, constitutivo, autoexecutável ou mandamental. 7. Axiologicamente, é a causa petendi que caracteriza a ação difusa e não o pedido formulado, muito embora o objeto mediato daquele também influa na categorização da demanda. 8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e, sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se (...). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1067013&num_registro=200300078957&data=20040329&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 28 mar. 2020. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO ESPECIAL Nº 401.964/RO**, Dje 11.11.2002. Relator Ministro Luiz Fux. “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. (...) 5. A Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele, encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=559827&num_registro=200101937021&data=20021111&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 28 mar. 2020.

permite concluir que as sanções aplicáveis aos atos ímprobos não excluem as ações penais cabíveis, em um sistema de distintas esferas de responsabilidade.

A esfera criminal, dentro da lógica adotada pelo sistema jurídico brasileiro, é a mais gravosa (já que que permite a privação da liberdade⁵⁴) e a ressalva feita no art. 37, § 4º da CF, demonstra, justamente, a gravidade desse ilícito e a necessidade de tutela pelo Poder Público, determinando que o ato ímprobo será objeto de responsabilidade no âmbito civil, administrativo e penal. Contudo, para fins desta dissertação, embora haja uma correlação e interligação entre as esferas de responsabilidade, apenas a tutela processual civil será objeto de estudo, uma vez que o enfoque é a parte da tutela jurisdicional civil da probidade administrativa, e não a tutela penal.

Nesse sentido da singularidade do domínio da improbidade administrativa, concordamos com o posicionamento de José Roberto Pimenta Oliveira, o qual sustenta que, com a Constituição Federal, a improbidade administrativa passou a ter autonomia formal cujo sistema punitivo possui um sistema de repressão, ilícitos, sanções e instrumento processual próprios e relacionados ao bem jurídico protegido, de caráter geral e autônomo⁵⁵.

Deste modo, ainda que as sanções por ato de improbidade administrativa tenham conteúdo de natureza civil, política e administrativa, o sistema por elas formado possui uma natureza jurídica singular, inseridas dentro de domínio próprio da improbidade administrativa.

É cediço que os atos de improbidade e os crimes de contra a Administração Pública, em especial, a corrupção ativa e passiva, são cometidos, em geral, na clandestinidade, de modo que raramente possuem testemunhas ou se obtêm outros tipos de prova, sendo, portanto, ilícitos de difíceis comprovações. Dentre outras razões, a dificuldade investigatória ou apuratória da descoberta de tais ilícitos contribui para que haja tanta impunidade e para que seja tão desafiador o seu combate eficaz.

Por tal razão, extremamente relevante que o microssistema de tutela jurisdicional civil da probidade administrativa contenha instrumentos e mecanismos capazes de conferir efetividade ao sistema repressivo, bem como induzir boas práticas de sujeitos (pessoas físicas e jurídicas) nas relações jurídicas para com a Administração Pública, ou a Organização do Estado. Algumas leis integram esse microssistema para garantir a tutela adequada desse bem

⁵⁴ No Direito Administrativo Sancionador também existe a possibilidade de pena de liberdade como sanção administrativa disciplinar, interpretação extraída da vedação da utilização de *habeas corpus* para punições disciplinares militares (§ 2º do art. 142, da Constituição Federal), bem como da previsão de detenção ou prisão como pena disciplinar no Estatuto dos Militares (art. 47, § 1º da Lei nº 6.880/1080).

⁵⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 416.

jurídico, sendo essencialmente formado por legislação processual civil geral (atual Código Processual Civil) e especial, destacadamente a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965), a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), a Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009), a Lei Geral de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) e a Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas (Lei nº 12.846/2013). A pertinência de normas ao universo do microsistema se faz em razão da temática, o que implica indicar o seu caráter transversal. Todos os diplomas que venham a incidir em razão da prática de atos corruptivos são considerados integrantes do microsistema, exclusivamente sob esta perspectiva, e na exata medida dela⁵⁶.

As mencionadas leis são o núcleo duro do sistema jurisdicional civil anticorrupção. Porém, há diversas outras leis esparsas que também compõem o microsistema brasileiro da tutela da probidade administrativa, como a Lei antitruste, Lei da CVM, Lei do Banco Central, Lei Eleitoral, e as demais legislações que disciplinam o sancionamento de agente público por ato de improbidade administrativa (como os diferentes Estatutos Jurídicos dos Funcionários Públicos, na esfera administrativa). Também o integram as Convenções Internacionais Anticorrupção internalizadas.

Essa multiplicidade de normas demonstra, por si só, a relevância da proteção da probidade administrativa, bem como a complexidade de sua tutela jurídica. Daí a relevância da compreensão sistemática de todas as normas de proteção para conferir ao sistema o máximo de efetividade.

As diversas normas jurídicas em diferentes ramos do Direito também comprovam que se trata de um bem jurídico multifacetário. A corrupção pública é um fenômeno que ocorre nas mais diversas formas da relação público-privada e nas diferentes modalidades de atividade pública. Nas consequências dos ilícitos em seus diversos aspectos jurídicos espelha-se exatamente a complexidade do sistema jurídico estruturado para conferir a adequada tutela do bem jurídico.

⁵⁶ Em sentido contrário está o posicionamento de Suzana Henrique da Costa, para quem as demandas coletivas, embora tenham diversos denominadores comuns (mesmos princípios e regras de interpretação, bem como objetivo de ampliar o acesso à justiça), não são interdependentes, de modo que não ensejam a aplicação recíproca. Para a autora, não há previsão normativa determinando a aplicação das legislações conjuntamente, de maneira que há autonomia dentre os mecanismos de tutela coletiva, mesmo entre a ação civil pública e a ação de improbidade. Afirma, ainda, que a Lei nº 8.429/92 não tutela direitos difusos e coletivos, mas apenas metaindividual no seu aspecto pecuniário. (COSTA, Suzana Henrique da. **O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**: ação de improbidade administrativa, ação civil pública, ação popular. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 90-100).

A formação de um microsistema na tutela de um bem jurídico é extremamente relevante, pois permite a compreensão das leis materiais e processuais que compõem o sistema jurídico desenvolvido para este escopo, sob um prisma transversal. Como tal, o microsistema se interliga, conecta-se de uma maneira particular e única, de modo que os diplomas devem ser aplicados de forma coerente e harmônica.

Por meio dessa conexão entre as diversas normas constitucionais, normas supralegais, leis e atos regulamentares que formam o microsistema, é possível a realização de interpretação conjunta, suprindo-se incoerências ou colmatando lacunas, verificadas em determinada disciplina normativa. Desta forma, é extremamente relevante que o operador do Direito tenha conhecimento do microsistema para que seja possível a aplicação adequada de todos os instrumentos processuais e normas de direito material. Nesse sentido, observa-se a definição de microsistema de Marcelo Augusto Biehl Ortolan:

Disso depreende-se que o microsistema se define como uma técnica de sistematização harmônica e orgânica de diversos diplomas legais que compartilham de uma principiologia própria, lógica autônoma, assunção de caráter de direito geral e afetação do direito codificado à função residual. Em suma, a sistematização harmônica e orgânica de diversos diplomas legais que compartilham do mesmo âmbito de tutela e possuem regimes jurídicos que demandam a interpretação e aplicação conjunta pode ser obtida através da utilização da técnica do microsistema⁵⁷.

Ainda sobre microsistemas no âmbito processual, Fredie Didier e Hermes Zaneti Junior apontam que, após a Segunda Guerra, ocorreu uma ruptura com o modelo jurídico centrado em Códigos, na qual representava “a univocidade da lei e na completude do ordenamento, um modelo ‘demasiadamente abstrato e ingenuamente totalizante’”⁵⁸. Os Códigos, então, passaram a conviver com microsistemas.

Logo, em que pese não existir um Código da Probidade Administrativa (embora a Lei nº 8.429/92 seja considerada a Lei Geral da Improbidade Administrativa), outras leis formam esse microsistema da tutela da probidade administrativa. Destaca-se que essas leis têm como fundamento de validade a Constituição Federal, ainda mais quando se trata da tutela de interesses públicos.

Dentro do microsistema jurisdicional civil deve prevalecer a interpretação sistemática entre as leis componentes, Código de Processo Civil e Constituição Federal. Dessa

⁵⁷ ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. **O novo papel do Tribunal de Contas no microsistema de combate à corrupção administrativa**. 208 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2019, p. 62.

⁵⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZENETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo Coletivo, v. 4, 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 64.

aplicação conjunta, o Código Processual Civil terá uma aplicação supletiva e subsidiária à previsão legal específica⁵⁹.

Não haverá aprofundamento em cada particularidade das leis que compõem esse microsistema civil no aspecto processual, pois se pretende analisar nesta dissertação notadamente o direito material que compõe o domínio da probidade administrativa. Assim, apenas será abordado o aspecto geral das leis de conteúdo processual que compõem o microsistema civil da probidade administrativa, bem como a verificação de como a consensualidade é aplicada neste microsistema, para que, então, possamos verificar a consensualidade no domínio da improbidade administrativa.

A Lei da Ação Popular – Lei nº 4.717/65 –, atualmente dispendo sobre o art. 5º, LXXIII da Constituição Federal, é a primeira lei a compor o microsistema da tutela da probidade administrativa ao prever que qualquer cidadão poderá ajuizar uma ação para pleitear a declaração de nulidade de ato lesivo ao patrimônio público e à moralidade administrativa.

O aspecto de tutela da lei é muito mais amplo que a probidade administrativa, já que serve para tutela do patrimônio cultural, artístico, histórico e o meio ambiente. Porém, para fins do microsistema abordado, a referida lei é forma de tutela da probidade administrativa e, neste aspecto, de proteção do patrimônio público por danos decorrentes de atos ímprobos.

A Lei da ação popular é um dos meios de participação do cidadão no controle da Administração Pública. Ao prever que o legitimado ativo para a propositura da ação popular será qualquer cidadão, a referida lei possibilitou uma forma democrática de controle social do Estado, em um claro reforço da cidadania e democracia, ainda mais se considerarmos que a ação tem como fundamento legal a própria Constituição Federal, o que reforça a sua importância e o peso dado para o controle judicial dos atos do Poder Público. Para José dos Santos Carvalho Filho, é uma forma de exercício da democracia participativa, “momento em que autoriza qualquer cidadão a debater os atos públicos”⁶⁰.

Trata-se de uma lei corretiva ao prever a declaração de nulidade do ato lesivo. Porém, pode também ser utilizada com um viés cautelar ao possibilitar a suspensão liminar de ato ainda não vigente, com potencial conteúdo de causar lesão ao patrimônio público e à moralidade administrativa. Por meio dessa ação constitucional é possível anular qualquer ato

⁵⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZENETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo Coletivo, v. 4, 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 134.

⁶⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos; ALMDEIDA, Fernando Dias Menezes de. Tratado de Direito Administrativo: Controle da Administração Pública e responsabilidade do Estado. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Tratado de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 101.

administrativo viciado, incompatível com a boa gestão pública: vício de competência, de forma, de legalidade, dos motivos e por desvio de finalidade (art. 2º da Lei nº 4.717/65).

A simplicidade no procedimento (dado que basta possuir título de eleitor para ter legitimidade ativa), a generalidade do pedido (qualquer ato administrativo viciado que cause lesão ao patrimônio público e à moralidade administrativa), a isenção de custos processuais e honorários advocatícios (constitucionalmente previstos), demonstram que a ação popular é um forte instrumento no controle da Administração Pública, permitindo que o seu controle seja democraticamente exercido e tenha bastante relevância no controle da probidade administrativa.

Deste modo, o que se verifica é a preocupação do legislador e da Constituição Federal em conferir um meio de acesso à Justiça simples e não oneroso, trazendo o cidadão para dentro da responsabilidade de garantir um governo honesto, permitindo a participação democrática na realização de tal direito fundamental.

Deve-se registrar que a atual Constituição inovou na abrangência do controle judicial intentando por ação popular, ao consagrar a moralidade administrativa. Isso torna possível ao cidadão impugnar atos praticados sob a égide de corrupção, independentemente de ter ensejado prejuízo material ao patrimônio público. Atos ilegais e lesivos à moralidade são passíveis de anulação pelo Poder Judiciário. A verificação de corrupção invalida atos que não podem permanecer no mundo jurídico.

Por sua vez, a Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/1985 – foi editada para permitir que as entidades legitimadas para a propositura desta ação tutelem, dentre outros bens jurídicos difusos e coletivos, a moralidade administrativa e o patrimônio público⁶¹.

⁶¹ A Lei nº 13.004/2014 alterou a LACP para incluir, entre as finalidades da ação civil pública, a proteção do patrimônio público e social. Deste modo, a Lei nº 7.347/85 tutela o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, interesses difusos e coletivos, a infração da ordem econômica, a ordem urbanística, a honra e finidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, o patrimônio público e social e quaisquer outros direitos difusos ou coletivos. Antes da vigência da referida lei, o Superior Tribunal de Justiça já havia editado súmula pacificando o entendimento de que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público por meio da Súmula nº 329 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 329**. Corte Especial, julgado em 02/08/2006, Dj 10/08; 2006. Superior Tribunal de Justiça, São Paulo, p. 254. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%20329\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%20329).sub). Acesso em: 10 mar. 2020. A discussão surgiu no enquadramento da tutela do patrimônio público, em seu aspecto pecuniário, como direitos difusos. O STJ então pacificou o entendimento pela legitimidade do Ministério Público no ajuizamento de ação civil pública para tutela do erário público, uma vez que tal legitimidade se extrai do art.129, III, da Constituição Federal. No Supremo Tribunal Federal foi reconhecida a repercussão geral na legitimidade do ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público para a defesa do patrimônio público no RE nº 409.356-RO (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral No Recurso Extraordinário 409.356**. DJe 20/08/2012. Inteiro Teor do Acórdão. Rel. Min. Luiz Fux, Rondônia, j. 3.8.2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2583587>. Acesso em: 10 mar. 2020).

A LACP foi significativamente alterada pelo Código do Consumidor (Lei nº 8.078/90), introduziu um verdadeiro sistema de tutela coletiva para responsabilização por danos causados a bens difusos e coletivos, possibilitando o manejo da ação civil pública para tutela de qualquer bem difuso ou coletivo. O referido Código também foi o responsável pela introdução da possibilidade de celebração do compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, § 5º da LACP), permitindo a celebração de acordos com sujeitos que não obedecem estritamente às cominações legais, viabilizando o retorno à juridicidade por meio da consensualidade.

A ação civil pública tem assento constitucional ao prever que uma das funções do Ministério Público é o ajuizamento de ação civil pública e inquérito civil para proteção do patrimônio público e outros direitos difusos (art. 129, III, CF). Aliás, o fortalecimento do Ministério Público desde a vigência da Constituição está relacionado com a previsão constitucional da utilização da ação civil pública para garantir a tutela dos bens jurídicos difusos e coletivos. Ao longo dos anos tem sido um importante meio para que o *Parquet* postule em juízo a garantia e implementação de políticas públicas.

O fundamento da ação civil pública é o controle da legalidade, com a promoção da responsabilidade civil por danos materiais ou morais causados a quaisquer bens difusos ou coletivos (a denominada tutela de interesses transindividuais)⁶². Têm por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de uma obrigação de fazer e não fazer. Deste modo, tem o escopo mais alargado que a ação popular, permitindo a imposição de uma série de obrigações de fazer ou não fazer para que os requeridos se adequem à legalidade.

O rol extenso dos legitimados que podem propor a ação civil pública (Ministério Público, Defensorias Públicas, Fazendas Públicas, empresas estatais e associações civis com pertinência temática) também demonstram a ampliação do controle dos atos do Poder Público por diversos órgãos de controle e da própria sociedade civil organizada. Marcelo Ortolan destaca que a ampla legitimidade para a propositura de ação civil pública demonstra uma virada histórica para a tutela coletiva dos direitos difusos, em trecho que se destaca:

Esta virada da tutela individual em favor da tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro denota a adoção de uma solução pluralista de legitimação concorrente e disjuntiva, que deslocou o parâmetro da “titularidade do direito”

⁶² De acordo com José Carvalho dos Santos, a ação civil pública seria o instrumento judicial de controle da legalidade da Administração Pública. Os pedidos admitidos nesta ação judicial seriam a condenação em dinheiro (para que seja postulada a indenização dos interesses protegidos) e cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, de maneira que a ACP possuiria natureza condenatória e mandamental. Além disso, fora da previsão legal da Lei nº 7.347/85, foi admitido pedido de natureza constitutiva, como a anulação de cláusulas contratuais. (CARVALHO FILHO, José dos Santos; ALMDEIDA, Fernando Dias Menezes de. Tratado de Direito Administrativo: Controle da Administração Pública e responsabilidade do Estado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Tratado de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 118).

para o binômio “relevância social do interesse/adequação do representante” e atribuiu o poder de agir a vários co-legitimados ativos: entes políticos, Ministério Público, entidades associativas e órgãos públicos⁶³.

Deste modo, com a vigência da Lei da Ação Civil Pública, sobretudo após a Constituição e as alterações decorrentes do CDC, conferiu-se outro patamar para a tutela dos bens transindividuais. A ação coletiva passou a ser o principal instrumento de proteção desses bens, conferindo à sociedade organizada, aos órgãos da Administração Pública e ao Ministério Público uma ação que tem o poder de gerar condenações das mais amplas para que haja a adequação ao plano da juridicidade e recomposição dos danos causados.

Dentro do microsistema jurisdicional civil anticorrupção, deve-se sublinhar o cabimento da ação civil pública para anulação de atos e contratos ilegais, em cuja produção ou execução se fazem presentes práticas corruptivas, com o fim de buscar a recomposição da legalidade e dos prejuízos cabíveis. Por meio da ação civil pública, cabe a demanda para discutir a ilegalidade de atos do Poder Público, além de obter o devido ressarcimento de danos materiais e morais coletivos. O importante é destacar que na ação civil pública cabe a tutela não sancionatória do patrimônio público e social.

Já a Lei Geral da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) traz normas de direito material e processual que devem ser aplicadas conjuntamente com a Lei da Ação Civil Pública, mas para a tutela sancionatória de ofensas ao bem jurídico da probidade na organização do Estado. Fundada no § 4º do art. 37 da CF, a ação civil pública tem o escopo principal de prevenir e reprimir atos de improbidade, viabilizando, igualmente, o ressarcimento de dano, quando for o caso.

Na LGIA, ao que não houver disciplina própria e específica, aplica-se subsidiariamente o microsistema processual coletivo, de modo a prevalecer o regramento da lei especial (Lei nº 8.429/92, que tutela especificamente a probidade administrativa) sobre a lei geral (Lei nº 7.347/85, que tutela diversos bens difusos e coletivos, dentre os quais a probidade administrativa e o patrimônio público). Registre-se que, em caráter subsidiário, também incidirá o CPC.

Com efeito, em que pese as especificidades, a ação prevista para a tutela da probidade administrativa é uma espécie de ação civil pública, já que tutela um bem jurídico

⁶³ ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. **O novo papel do Tribunal de Contas no microsistema de combate à corrupção administrativa**. 208 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2019, p. 85.

difuso⁶⁴. Porém, tem um teor sancionatório específico e especial, justamente para possibilitar a cominação das sanções constitucionalmente previstas⁶⁵.

Diferentemente das demais ações civis públicas para tutela de outros direitos difusos e coletivos, a ação civil pública por ato de improbidade administrativa tem como objetivo central a imposição das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, após o reconhecimento judicial de que as condutas praticadas pelo agente público e eventual terceiro (coautor, partícipe ou beneficiário) se qualificam como improbidade administrativa.

Logo, o que se destaca na ação civil pública por ato de improbidade administrativa regida pela Lei nº 8.429/92 é o seu viés sancionatório, não deixando também de perseguir o ressarcimento integral do dano ao erário como objetivo legal. Porém, não há impedimento legal para que seja cumulada com pedidos de obrigação de fazer ou não fazer, já que também se trata de uma ação civil pública.

Justamente em razão do seu caráter sancionatório, com a imposição de rigorosas e severas penalidades para os condenados na ação por improbidade administrativa, a legislação limitou a legitimidade para a pessoa jurídica lesada ou Ministério Público.

A Lei nº 8.429/1992 contém uma série de especificidades em relação à ação civil pública geral, como a legitimidade ativa limitada, a fase de defesa prévia e recebimento da petição inicial, o pedido específico para aplicação das sanções previstas pelo art. 12 da LGIA, a previsão de que o ressarcimento do dano ao erário será revertido ao ente lesado (e não ao

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 560/STJ**. 1ª Turma, REsp 1.191.613/MG, Rel. Min Benedito Gonçalves, j. 19.03.2015, Dje 17.04.2015. Informativo de Jurisprudência, Brasília, 17 abr. 015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270560%27>. Acesso em: 28 mar. 2020; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 559/STJ**, 1ª Seção, CC 131.323-TO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j.25.03.2015, Dje 06.04.2015. Informativo de Jurisprudência, Brasília, 6 abr. 015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270559%27>. Acesso em: 28 mar. 2020; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 516190/MA**. Rel. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, j. 06/03/2007, DJU 26/03/2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2964293&num_registro=200300069024&data=20070326&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 28 mar. 2020

⁶⁵ Nesse sentido, adota-se as premissas de José Roberto Pimenta Oliveira: “A Constituição Federal fornece os indicativos de que a ação de tutela da probidade administrativa, prevista em seu artigo 37, § 4º, constitui espécie de ação civil pública – enquanto categoria constitucionalizada – porque resguarda bem jurídico supra-individual, cuja integridade é direito difuso. Acrescente-se: constitucionalmente singularizada pelo teor sancionatório da condenação proferida pelo Poder judiciário, na esfera cível. É possível, sem a menor dúvida, afirmar que neste processo constitucional de especialização do instrumento processual – e, por consta da sua inovação jurídico-institucional – está a fonte (dos) e chave para os intrincados problemas resultantes do regime previsto na Lei nº 8.429/92” (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 340). Em sentido contrário está o posicionamento de José dos Santos Carvalho, o qual considera que a ação de improbidade administrativa é modalidade autônoma de controle judicial, que não se confundiria com ação civil pública, pois disciplinada em lei própria e com procedimento específico (CARVALHO FILHO, José dos Santos; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Tratado de Direito Administrativo: Controle da Administração Pública e responsabilidade do Estado*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Tratado de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 122).

Fundo de Defesa de Interesses Difusos previstos no art. 13 da LACP) e a medida cautelar de indisponibilidade de bens.

Nesse passo, o que se verifica é que a Lei nº 8.429/92 disciplinou, processualmente, o rito da ação civil por ato de improbidade administrativa, com procedimento próprio e diferente do estabelecido para uma ação civil pública *latu sensu*.

Deste modo, em que pese tais especificidades, a ação civil pública por ato de improbidade administrativa não deixa de se qualificar como ação civil pública. Nas palavras de José Roberto Pimenta, “Inexiste obstáculo constitucional que impeça a ação civil pública (art. 129, III), de assumir feição punitiva no âmbito da tutela dos direitos meta-individuais”⁶⁶.

Também em razão do propósito punitivo, com a imposição de severas sanções previstas constitucionalmente, e não apenas para a recomposição do dano ao erário, cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, nem tampouco para declaração de nulidade do ato administrativo, a Lei nº 8.429/92 é norma central de Direito Administrativo Sancionador, no enfrentamento da corrupção, com fisionomia própria dentro do contexto das ações coletivas que compõem o microsistema de tutela coletiva da probidade administrativa.

O microsistema da tutela da probidade administrativa é composto pela Lei nº 8.429/92 e pela Lei nº 12.846/2013. Esta última inovou na legislação de combate à improbidade administrativa ao conferir um sistema singular de responsabilização objetiva das pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira.

Trata-se de um grande avanço no ordenamento jurídico, permitindo o sancionamento da pessoa jurídica que praticar um ato lesivo a ser apreciado e processado de forma autônoma e independente da pessoa física; e de forma objetiva, independente da comprovação de dolo ou culpa dos agentes que praticarem a conduta lesiva, no interesse ou em benefício da pessoa jurídica.

A LIPJ prevê a possibilidade de responsabilização administrativa, com a imposição de multa em percentual sobre o faturamento bruto da pessoa jurídica, bem como a publicação extraordinária da decisão condenatória, com o claro intuito de macular a imagem da empresa que atue em desconformidade com os deveres de probidade administrativa nas relações estabelecidas com o Poder Público (e seus agentes públicos). Além da responsabilização administrativa, a lei prevê a responsabilização judicial para a aplicação das demais sanções (perdimento de bens, suspensão ou interdição parcial das atividades, dissolução compulsória e interdição de direitos).

⁶⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 342.

Para tanto, a Lei prevê o ajuizamento de ação civil pública pela pessoa jurídica lesada ou pelo Ministério Público, de modo que a legitimidade ativa é bem mais restrita do que uma ação civil pública *latu sensu*, mas tem os mesmos legitimados de uma ação civil por ato de improbidade administrativa. A referida ação seguirá toda tramitação da Lei da Ação Civil Pública, tendo apenas a legitimidade ativa e o pedido condenatório específico em relação às demais ações coletivas.

Outra relevante contribuição da LIPJ para o microsistema de tutela da probidade administrativa foi a introdução do mecanismo consensual no domínio da probidade administrativa. Caso a pessoa jurídica queira colaborar com a investigação, fornecendo provas e informações sobre autoria e materialidade de ilícitos, em troca de atenuação do regime sancionatório, poderá ser celebrado acordo de leniência, estabelecido no art. 16 e 17 da Lei nº 12.846/2013. Essa possibilidade de celebração de acordo entre Poder Público e colaborador dentro do microsistema da probidade administrativa impactou, sobremaneira, a forma da tutela deste bem jurídico.

Conforme será abordado no capítulo 2 e 3, o acordo de leniência trouxe ao domínio da improbidade administrativa a autorização legal para a celebração de acordo entre o particular e o Poder Público, viabilizando a utilização de instrumento consensual para condutas ilícitas qualificáveis como atos de improbidade administrativa. Essa possibilidade resta fortalecida com a Lei nº 13.964/2019.

No microsistema da tutela da probidade administrativa, há uma necessidade do intérprete em compreender o sistema de proteção com um todo, permitindo que haja a devida aplicação das normas jurídicas. O que se extrai do microsistema da tutela da probidade administrativa é que se trata de um conjunto de normas esparsas nos mais diversos ramos do Direito com fundamento constitucional.

O direito fundamental ao governo honesto exige a tutela do bem jurídico de forma multifacetária, permitindo a responsabilização em diversas esferas. Justamente por isso é extremamente relevante a devida aplicação das normas jurídicas para conferir racionalidade, razoabilidade, proporcionalidade e segurança jurídica ao microsistema.

Ao lado do microsistema processual civil da probidade administrativa, é possível afirmar que existe um sistema brasileiro anticorrupção formado pelo sistema penal anticorrupção, que abrangerá toda a legislação penal e processual penal aplicáveis em face do fenômeno da corrupção. A relação do microsistema civil da probidade administrativa e do sistema penal anticorrupção é bastante acentuada. Existe uma série de avanços obtidos na esfera

penal que não podem ser ignorados no momento da aplicação das normas jurídicas na esfera administrativa e civil.

Ora, se a mesma conduta pode ser qualificada como improbidade administrativa e como ilícito penal, dada a diversidade de consequências jurídicas da corrupção, ensejando concomitantemente ambas as esferas de responsabilização, por qual motivo seria possível a celebração de acordos com o Poder Público competente em uma das esferas, mas na outra vedada? A proibição não seria condizente com um sistema harmonioso e congruente. Os próximos capítulos versam sobre a expansão da consensualidade, inclusive no Direito Administrativo Sancionador, de modo que se buscará averiguar se a autorização para a realização de acordos no microssistema penal anticorrupção pode ser transportada para o microssistema civil.

O microssistema administrativo anticorrupção também abrangerá a apuração de infrações e sanções administrativas aplicadas pela própria Administração Pública, como ocorre na legislação de licitações e contratos, legislação antitruste, legislação da CVM, legislação do Banco Central, e qualquer outra legislação administrativa em que a prática de corrupção por agente público e terceiros autorize a produção de sanção administrativa, isto por órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta, incluindo as sanções disciplinares previstas nos mais diversos Estatutos dos Funcionários Públicos, bem como legislação trabalhista aplicável. Este microssistema está inserido no Direito Administrativo Sancionador, que, todavia, alcança sanções decretadas pelo Poder Judiciário, sem caráter criminal.

A última vertente do sistema brasileiro anticorrupção está no conjunto de normas de Direito Internacional Público, que são aplicáveis nos casos de corrupção, destacadamente as Convenções Internacionais na matéria, regularmente internalizadas, relativamente às relações travadas entre a República Federativa do Brasil e os Estados-Partes no enfrentamento do ilícito, no cenário internacional.

2. CONSENSUALIDADE COMO NOVO PARADIGMA DA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A pluralidade dos interesses em um mundo globalizado e em sociedades democráticas, com intensas e complexas relações sociais, exige a busca de novas formas de composição dos interesses públicos, privados, difusos ou coletivos sociedade, e instrumentos para soluções de eventuais conflitos ou de composição de interesses contrapostos, no tráfego jurídico.

Cada vez mais, as pessoas estão conscientes de seus direitos individuais, econômico, sociais e culturais, e buscam mecanismos para fazer valer os seus interesses. Neste processo de construção da cidadania, judicializam-se os mais diversos conflitos em razão deste aspecto da sociedade contemporânea, transformando o papel do Poder Judiciário como alternativa para a resolução de todos os tipos de conflitos.

A judicialização como solução para os conflitos desta sociedade pós-moderna também foi impulsionada pela ampliação do acesso à justiça. A desburocratização do acesso, a simplificação dos processos judiciais de causas menos complexas, o acesso do cidadão à Defensoria Pública e a constitucionalização de garantias fundamentais viabilizaram o acesso da população ao Poder Judiciário.

A explosão na quantidade de ações judiciais também é um traço característico desta sociedade contemporânea, revelando o que se denomina a cultura demandista¹. Nesta, o direito processual tradicional protagoniza o Poder Judiciário como a melhor forma de pacificação social em um processo civil centrado na adversariedade entre as partes. Neste ambiente, pouco espaço há para diálogo e composição entre as partes da ação judicial².

¹ A expressão é de Fabrizio de Lima Pieroni: “Mister enfrentar a cultura demandista verificada no âmbito da Administração Pública Brasileira, que insiste em transferir ao magistrado a responsabilidade de resolver seus litígios, sob pena de pôr a perder todo o esforço da nova legislação processual em desafogar a via judicial e em construir um ambiente eficiente de tratamento de conflitos. Não há saída para a crise judiciária se não houver o envolvimento do Poder Público, que é um dos maiores litigantes do país”. (PIERONI, Fabrizio de Lima. **A consensualidade e a Administração Pública**: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Orientação prof. Anselmo Pietro Alvarez. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, São Paulo, 2018).

² Juarez Freitas destaca que uma das dificuldades da implementação da consensualidade como alternativa de resolução de conflitos é o adversarismo exacerbado e os jogos de soma zero, na qual a cooperação é bloqueada. (FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, set./dez. 2017, p. 39). No mesmo sentido está a posição de Alexandre Gavronski, que também aponta a postura adversarial como um dos grandes entraves para a autocomposição, sendo imperiosa “uma mudança de mentalidade dos sujeitos do sistema brasileiro de justiça(...)” (GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. *In*: ZANETI JR, Hermes. Fredie (Coord.). **Processo Coletivo**. Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 8. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 360).

Neste contexto de demandismo processual³, o Judiciário invariavelmente ficou sobrecarregado. O Juiz passou a ser a figura que resolve conflitos de brigas de vizinhos, de colisão de veículos, de problemas do consumidor, e quaisquer outros problemas banais da vida em sociedade, até as causas mais complexas em face dos Poderes Públicos. Ocorreu o fenômeno que foi denominado como “judicialização da vida”⁴, depositando no Estado-Juiz o poder de resolver todos os conflitos da sociedade pós-moderna⁵.

Não se pode olvidar que os conflitos com o Poder Público, em suas diferentes esferas, são um dos maiores responsáveis pelo congestionamento do Poder Judiciário, sobrecarregando-o com excessivos processos judiciais, e, em muitos casos, com a protelação da prestação da tutela judicial efetiva que se busca.

Diversos fatores também justificam a intensa litigiosidade envolvendo a Administração Pública e administrados, que não apenas as excessivas demandas judiciais e interposição de infundáveis recursos por parte do Poder Público. Por exemplo, de um lado há a ausência, até então, de acesso do cidadão à via dialógica na órbita administrativa, a impossibilidade de transação com a Administração Pública, a excessiva burocratização para acesso ao Estado. De outro lado, há a falência e precariedade da prestação de serviços públicos, a ausência e omissões de políticas públicas eficientes também justificam o alto número de demandas judiciais⁶.

³ SILVA, Fernanda Cláudia Araújo. A reforma do CPC resolve o demandismo processual: inovando ou retrocedendo? Um olhar sob o Novo Código de Processo Civil. **Themis: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Ceará**, Fortaleza, v. 13, 2015, p. 23-36.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁵ Sobre a sociedade pós-moderna, ver BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

⁶ Fabricio de Lima Pieroni, em tese de mestrado sobre a consensualidade na Administração Pública, destaca algumas razões para a excessiva combatividade das ações envolvendo o Poder Público, em trecho que se destaca: “Como visto, a Fazenda Pública é o maior litigante do país, um verdadeiro repeat player da Justiça brasileira. Tal posição tem raízes em uma atuação histórica exageradamente litigiosa, fruto de uma judicialização desnecessária de conflitos de interesse, basicamente em razão de dois fatores. Em primeiro lugar, a inexistência de uma cultura administrativa de solução interna de controvérsia, que faz com que boa parte delas seja repassada ao Judiciário como instância decisória, o que contribui para uma Administração cada vez menos eficiente. Em seguida, a intransigência do Estado em juízo, que comumente se recusa a reconhecer seus erros e exercitar o consenso, sustentando o insustentável, contestando o incontestável e recorrendo até o limite na busca pela reversão de qualquer decisão contrária aos seus interesses. Há um receio dos advogados públicos em serem responsabilizados pela realização de acordos, pela não apresentação de defesa ou pela desistência de recursos. Tal problemática é fruto da falta de independência funcional consagrada na Constituição, nos moldes do que vigorava para os membros do MP e do entendimento arraigado de que o regime jurídico administrativo seria um obstáculo para uma maior abertura do Poder Público à consensualidade”. (PIERONI, Fabrizio de Lima. **A consensualidade e a Administração Pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Orientação prof. Anselmo Pietro Alvarez. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, São Paulo, 2018, p. 87)

Inexistindo uma via consolidada de acesso administrativo pelos interessados ao Poder Público, o Poder Judiciário torna-se o único meio de impor respostas aos conflitos sociais e aos conflitos administrados-Administração. Essa circunstância é deveras caracterizada por levantamentos oficiais; não há dúvidas de que o Poder Público é um dos maiores responsáveis pela excessiva judicialidade, e, por conseguinte, congestionamento do Poder Judiciário⁷.

Justamente em razão dessa intensa litigiosidade, da incapacidade de o Poder Judiciário responder de forma adequada e célere às demandas judiciais, da insatisfação com a prestação jurisdicional, que outras formas de resolução de conflitos são na atualidade objeto de reflexão e de utilização, na busca de amenizar esta situação. Caminhos alternativos de pacificação dos conflitos, sobretudo envolvendo o Poder Público, aparecem como uma alternativa para acabar ou, ao menos, reduzir o congestionamento do Poder Judiciário.

Baseada na cooperação com o fim de criar confiança e tolerância entre os indivíduos, grupos e instituições públicas e privadas, a consensualidade tem se desenvolvido muito no modelo de Estado Democrático de Direito, sobretudo no período pós-Segunda Guerra Mundial⁸). Neste paradigma de Estado, o modelo privilegia a participação do cidadão nas decisões políticas, permitindo uma nova concepção de cidadania.

A busca pelo consenso, por meio da composição de vontades, na qual as partes dialogam para chegar a um termo, inegavelmente é uma forma mais harmônica de solucionar divergências. Por si só já deveria ser uma via preferencial das partes na busca da solução de conflitos e na busca de composição de seus interesses. O consenso na resolução de controvérsias enseja celeridade e efetividade no cumprimento da solução ajustada.

Há um mandamento constitucional para que os Estados busquem, na ordem nacional e internacional, a solução pacífica das controvérsias. Tal mandado está no preâmbulo da Constituição Federal⁹. E não há dúvidas de que a composição de interesses pela via

⁷ O Conselho Nacional de Justiça realizou uma pesquisa intitulada “100 maiores litigantes”, na qual demonstra que, ao lado dos Bancos e da Telefonia, a Administração Pública é um dos maiores litigantes nas demandas de primeiro grau. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp 516190 MA 2003/0006902-4**. Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 2003. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2964293&num_registro=200300069024&data=20070326&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 11 mar. 2020.

⁸ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan/mar. 2003, p. 132-133.

⁹ José Afonso da Silva considera que os Preâmbulos das Constituições são verdadeiras orientações para aplicação do Direito, possuindo eficácia interpretativa e integrativa. No caso brasileiro, a Constituição Federal afirma que irá assegurar valores supremos, prescrevendo uma ordem direta ao Estado para a realização desses valores (SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 22). Luzardo Faria também aponta que tal previsão no Preâmbulo, ainda que não se reconheça força normativa, impacta na atividade administrativa que deve buscar a participação popular ativa na tomada de decisões, na busca pela paz e no afastamento de controvérsias (FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a**

consensual (no âmbito extrajudicial e no âmbito judicial) é uma forma muito mais pacífica de resolução de conflitos do que a via judicial com decisão judicial unilateral da demanda, intrinsecamente conflituosa. No plano internacional, esta norma é reiterada no art. 4º, inciso VII na Constituição Federal; no plano doméstico, pode ser derivada da exigência de uma Administração Pública submetida ao princípio da boa-fé e da eficiência (art. 37, *caput*).

O movimento em busca de vias alternativas tem sido cada vez mais expressivo, de modo que a Justiça tradicional tem sido considerada como uma das últimas alternativas para a solução de conflitos. A crise do Poder Judiciário tem impulsionado o crescimento das alternativas para a pacificação de conflitos. Processualistas, como Didier e Zaneti, afirmam que o ordenamento jurídico se abriu para uma “Justiça Multiportas”, que é justamente a possibilidade de outras formas de solução de conflitos, como a conciliação, mediação, arbitragem e outros instrumentos de transação atípicos¹⁰.

Sobre o sistema de “Justiça Multiportas”, Fabrizio Lima Pieroni explica que o modelo foi importado dos Estados Unidos e possui uma racionalidade diversa do processo civil tradicional: enfatiza-se a fase pré-processual e inicial do procedimento justamente para possibilitar maior efetividade e celeridade. Este depende do aperfeiçoamento da própria estrutura do Poder Judiciário para oferecer múltiplos arranjos institucionais para diversas soluções para o mesmo conflito, em uma via que prioriza a liberdade dos indivíduos e adaptabilidade do procedimento e do processo¹¹.

Ante uma gama de vias para a resolução de conflitos, o próprio Poder Judiciário encaminha as partes para o fórum mais apropriado para o caso concreto, permitindo uma solução mais rápida e econômica para os conflitos. Deixa-se, nesta nova compreensão do papel

consensualidade no direito administrativo. Dissertação (Mestrado em Direito) – Orientador: Daniel Wunder Hachem. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 141).

¹⁰ Fredie Didier e Hermes Zaneti Junior definem a nova concepção sobre justiça e suas novas alternativas como justiça multiportas, na qual a justiça estatal clássica, centrada na resolução de conflitos pelo juiz deixou de ter primazia para se tornar a *ultima ratio, extrema ratio*, em um movimento de adequação do acesso à justiça que é importado do âmbito internacional. Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho: “A justiça não estatal não é apenas alternativa, mas, em determinados casos, é a justiça mais adequada. O princípio que faculta essa possibilidade é justamente o princípio da adequação. Assim, do acesso à justiça dos tribunais, passamos ao acesso aos direitos pela via adequada de composição, da mesma forma que, no campo do processo, migramos da tutela processual, como fim em si mesmo, para a tutela dos direitos, como finalidade do processo” (DIDIER JUNIOR, Fredie; ZENETI JUNIOR, HERMES. **Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo.** v. 4, 13ª ed. Salvador: Ed JusPodivm, 2019, p. 356).

¹¹ PIERONI, Fabrizio de Lima. **A consensualidade e a Administração Pública:** a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Orientação prof. Anselmo Pietro Alvarez. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, São Paulo, 2018, p. 45.

da jurisdição, para a via judicial, apenas os casos em que não for possível a composição entre as partes ou houver impedimento legal para a via consensual¹².

Nas vias alternativas consensuais entre particulares, privilegia-se a autonomia da vontade das partes com poderes para transigir. A autocomposição pode ocorrer quando as partes chegam a um acordo quanto ao direito controvertido, mediante à concessão mútua de direitos e interesses convergentes para um ponto comum (denominada *autocomposição bilateral*) ou pelo reconhecimento unilateral de uma das partes quanto à pretensão da parte contrária, renunciando, eventualmente, a algum direito (denominada *autocomposição unilateral*). A composição pode se dar com ou sem interferência de terceiros, a depender se as próprias partes encontram um consenso por si mesmas. Se depender de um terceiro desinteressado no objeto da disputa, a decisão deste substitui a vontade das partes. Esta via é denominada de *heterocomposição* ou *solução imparcial*. Se houver consenso entre as partes, sem interferência de terceiros, será uma forma de autocomposição¹³. Os mecanismos consensuais, na maior parte, extrajudiciais, são plurais e não taxativos. Devem ser realizados com liberdade negocial, buscando-se um equilíbrio entre as partes, uma recomposição de juridicidade por meio de uma relação dialógica, para que o ajuste entre as partes seja uma forma mais salutar de justiça no caso concreto.

Anota-se que há uma vasta doutrina processualista que diferencia cada um dos métodos de resolução de conflitos. Contudo, nesta dissertação, não se aprofundará nas diferenças processuais de cada técnica resolutive, pois fugiria do escopo deste trabalho. Assim, o que se buscou é demonstrar que a via consensual rompe com a forma predominante vigente de resolução de conflitos, em um movimento que segue em franca expansão¹⁴.

Trata-se de um claro movimento em busca de melhores respostas à pacificação de conflitos, não apenas pelo esgotamento do modelo tradicional da judicialização, mas também pela busca de alternativas mais eficientes de solucionar os conflitos sociais. Assim, a via consensual permite, além da pacificação social de forma mais eficiente, que se atenda ao princípio da razoável duração do processo previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, além de auxiliar na redução da litigiosidade.

¹² Juarez Freitas aponta que a via prioritária é a consensualidade, deixando ao Poder Judiciário apenas as causas privativas e complexas. (FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, set/dez. 2017, p. 42)

¹³ Tais classificações foram extraídas desta dissertação: PIERONI, Fabrizio de Lima. **A consensualidade e a Administração Pública**: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018, pp. 49-51.

¹⁴ Mais adiante, no capítulo dedicado às modalidades de acordos na improbidade administrativa (capítulo 6), serão analisadas mais detidamente algumas peculiaridades de cada modalidade consensual aplicável ao domínio da improbidade administrativa, mas por ora se busca conferir apenas um panorama geral da evolução da consensualidade como um novo paradigma de solução de conflitos.

Tais vias consensuais alternativas à via tradicional judicial também terão um significativo impacto na tramitação dos processos judiciais, com potencial de deixar a Justiça mais célere, concentrando-a apenas em processos judiciais que realmente não podem ser resolvidos por métodos extrajudiciais, ou que não podem ser objeto de resolução por vias alternativas¹⁵.

A consensualidade no campo da Administração Pública – com a adoção de métodos consensuais na solução de controvérsias – gera inúmeros impactos positivos. Para além da redução do congestionamento do Poder Judiciário, a consagração da “justiça multiportas” também auxiliará, sobremaneira, na desburocratização da máquina pública, facilitando e viabilizando o acesso do cidadão a canais institucionais que conduzam à solução de conflitos.

É certo que o Estado deve formular política pública que estruture a atividade administrativa e possibilite a via consensual para resolução de conflitos, por meio da qual, a longo prazo, poderá obter redução da burocracia e maior acesso do cidadão ao Poder Público.

O Direito Administrativo Brasileiro tem recebido forte impacto da relevância crescente de formas extrajudiciais de solução de controvérsias. Em matéria de contratações públicas, essa tendência ganha notoriedade, seguindo uma trajetória ascendente e ininterrupta, desde a promulgação da Constituição.

Celso Antônio Bandeira de Mello constrói o regime jurídico-administrativo brasileiro sobre a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos. Como interesses próprios da coletividade, os interesses públicos não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. Os órgãos administrativos não têm disponibilidade sobre esses interesses, cabendo-lhe apenas curá-los, conforme dispor a lei¹⁶, não estando à disposição da livre vontade do administrador. Assim, “É a ordem legal que dispõe sobre ela”¹⁷.

A consensualidade possibilitou a compreensão de que a via consensual não seria uma forma de disposição do interesse público, mas uma forma de atingir o próprio interesse público.

¹⁵ Anota-se que a lei não poderá afastar da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça do direito (art. 5º, XXXV, CF). Porém, os métodos alternativos de solução de conflitos poderão contribuir para a redução da judicialização desses conflitos.

¹⁶ Não existe liberdade ao gestor público, uma vez que este está jungido aos ditames da lei e dos princípios que regem a Administração Pública, de modo que não é possível falar em autonomia da vontade para o administrador público. Celso Antônio Bandeira de Mello menciona que os atos negociais ou “negócios jurídicos” a vontade administrativa é “de direito, preordenada à obtenção de um resultado jurídico, sendo ela que cria imediatamente os efeitos jurídicos, embora dentro dos quadros legais” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 425), denotando que a vontade administrativa deriva do regramento legal.

¹⁷ *Ibid.*, p. 76.

No Direito Administrativo Brasileiro, a lei expande, de forma inegável, os campos da consensualização da atividade administrativa, habilitando a solução dialógica de controvérsias, concedendo margens de decisão em prol da Administração na execução desse modelo negocial, como nova forma de atendimento de interesses públicos. A consensualidade seria então uma forma alternativa de composição de vontades. Utiliza-se aqui a definição dada por Thiago Marrara:

Consentimento é aceitação; consenso é aceitação recíproca pelas partes envolvidas ou o acordo sobre um determinado objeto que interessa a mais de um sujeito; a consensualidade, por sua vez, representa o grau de consenso na gestão pública e a consensualização, finalmente, o movimento de busca de consenso e de promoção da consensualidade por novas técnicas administrativas. Diante desse breve panorama, não há que se confundir consensualidade, como resultado, com consensualização, aqui correspondente a um fenômeno de intensificação da criação e do uso de mecanismos de gestão que valorizam o consentimento da sociedade ou do cidadão no processo de elaboração de decisões administrativas¹⁸.

Não se pode deixar de ressaltar que os acordos entre as partes também são, em muitos casos, mais econômicos para o Poder Público do que a via judicial. Isto é, a via consensual não utiliza todo o aparato judicial necessário para a pacificação dos conflitos, evitando-se gastos públicos com a manutenção de toda a máquina pública inerente ao funcionamento do Poder Judiciário, acentuada pelos gastos com a morosidade dos processos judiciais.

Além dessas vantagens, a consensualidade é uma via que implica uma maior aceitação das partes, evitando-se a revisão do ato administrativo pelo Poder Judiciário. Isto é, ao transigirem, concordando com os termos acordados, as partes aceitam e cumprem os termos ajustados, de modo que dificilmente voltarão a questionar a solução jurídica pela via judicial, o que também acarreta, por conseguinte, uma redução do número de processos judiciais.

Tal impacto é extremamente relevante se se pensar que o Poder Público é um dos maiores litigantes dos processos judiciais, sendo um dos maiores responsáveis pela morosidade do Poder Judiciário¹⁹. A redução na revisão judicial do ato administrativo fortalece a atividade administrativa e, também, gera maior segurança jurídica.

Ao consagrar a via administrativa (ou extrajudicial) para a solução de conflitos, além de maior segurança jurídica para a própria Administração Pública, será possível a redução

¹⁸ MARRARA, Thiago (Org.). **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 40.

¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **100 maiores litigantes**. Departamento de Pesquisas Judiciárias, Brasília, 2012. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 11 mar. 2020.

de tensão entre os Poderes, evitando-se a expansão do Judiciário no mérito administrativo, com a nefasta revisão da conveniência e oportunidade inerente à atividade do administrador.

Contudo, para se alcançar tal objetivo, caberá ao Poder Público estruturar de forma adequada uma política pública de composição de conflitos, conferindo a devida atratividade para os programas, sob pena de inefetividade. De um lado, se os acordos com a Administração Pública não forem interessantes ou vantajosos para as partes, não conferindo benefícios para ambas as partes, não haverá adesão. De outro lado, se a política não permitir que haja efetivo diálogo e proporcionalidade entre as concessões mútuas de direitos, deveres, ônus e obrigações entre as partes, não haverá particulares interessados em formalizar qualquer pacto com o Poder Público. Na realidade, sem um programa regularmente estruturado de resolução de conflitos pela via alternativa, não haverá as bases para a horizontalização necessária para que tal política funcione de forma efetiva.

Para soluções negociais, deverá haver uma autorização legislativa para que a Administração Pública ofereça algum benefício à outra parte, legitimando a celebração de acordo²⁰. Caso contrário, não haverá como instaurar a via do consenso a fim de pacificar o conflito, de modo que restará, novamente, a resolução de conflitos pela via judicial.

Por fim, é importante mencionar que o modelo consensual é uma via alternativa que não implica em superação absoluta da via tradicional, sendo mais um mecanismo a dispor do Estado. Ou seja, para os casos em que não for possível a conciliação ou não seja permitida a composição de conflitos por mecanismos alternativos, restará sempre disponível a via judicial.

2.1 Legislação sobre resolução negocial de controvérsias no campo da Administração Pública

Com o advento da atual Constituição, é inegável que o ordenamento brasileiro tem progressivamente perseguido aperfeiçoamentos institucionais para a obtenção de uma justiça efetiva e célere. Participam dessa atenção especial a previsão de instituição de juizados especiais para causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, bem como a justiça de paz, ambos previstos no art. 98, inciso I e II da CF. O inciso I

²⁰ Segundo Manoela Machado, a Administração Pública não possui uma livre disposição do interesse público, “motivo pelo qual a negociação somente pode ser implementada quando encontra autorização legislativa e quando concebida como pertinente à proteção de dito interesse”. Deste modo, aponta como limites ao exercício da negociação pela Administração Pública os princípios da legalidade, da finalidade, da impessoalidade, razoabilidade, motivação e publicidade. (RIBEIRO, Manoela Barbos Machado. **A negociação no Direito Administrativo: uma perspectiva sobre o acordo de leniência**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 41)

consigna norma constitucional expressa com destaque à “conciliação” e “transação”; o inciso II se refere às “atribuições conciliatórias” da justiça de paz.

A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. O art. 2º estabelece que o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação. Nos termos do seu art. 3º, § 2º, ficaram, todavia, excluídas da competência do Juizado Especial as causas de interesse da Fazenda Pública. Essa exclusão legal reproduzia, com perfeição, a forma de compreensão sobre o tema das soluções consensuais em demandas, versando sobre interesse da Fazenda Pública, notadamente envolvendo o Direito Administrativo.

Conforme a Emenda Constitucional nº 22, de 18 de março de 1999, foi adicionado ao art. 98, parágrafo único, preceituando que “Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.” Por meio da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, a União dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Não há menor dúvida sobre a possibilidade de conciliação pelo Poder Público no âmbito deste sistema, à luz do disposto nos art. 9º, 11 e 12.

Por fim, por meio da Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, a União dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, conforme art. 2º, dispondo a lei sobre hipóteses de exclusão de atribuições (art. 2º, parágrafo 1º). Está igualmente prevista a conciliação nesse sistema, nos termos dos art. 7º, 9º, 10 e 16.

Nesta última legislação nacional, interessa perceber a valoração dada ao princípio da legalidade, quando o art. 8º estabelece que “Os representantes judiciais dos réus presentes à audiência poderão conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação”. Também é sintomático perceber que a lei nacional excluía do Juizado Especial da Fazenda Pública as ações por improbidade administrativa (art. 2º, §1º, inciso I, da Lei nº 12.153).

Além das diversas simplificações e transformação do processo tradicional em menos complexo e mais célere, certo é que os Juizados Especiais trouxeram novos institutos para solução de conflitos envolvendo a Administração Pública, com a possibilidade de extinção de processo com julgamento de mérito.

Posteriormente, outras leis processuais foram editadas para tratar de forma mais aprofundada da conciliação, inserindo as referidas alterações no Código de Processo Civil. A Lei nº 8.952/1994, por exemplo, inseriu a previsão no Código Processual sobre a possibilidade de as partes conciliarem a qualquer tempo no processo. Posteriormente, a Lei nº 9.245/1999 inseriu a previsão de que o juiz poderá ser auxiliado por um conciliador, cujo acordo deveria ser posteriormente homologado pelo juiz, e a Lei nº 10.444/2002 estabeleceu a previsão de uma audiência destinada à tentativa de conciliação antes do início da fase probatória.

No ano seguinte, foi editada a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça para organizar a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses. A referida Resolução espelha, com exatidão, o correto papel que se espera do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. A sua aprovação decorre da constatação de que (i) o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa; (ii) cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; (iii) a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios; (iv) a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados nos país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças; (v) ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais; (vi) a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça.

A Resolução estabelece a criação, pelos Tribunais, de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, bem como dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, para atender “aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários,” funcionando como unidades do Poder Judiciário, preferencialmente,

responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

Seguindo o caminho trilhado pelo Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público também aprovou a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, por meio da Resolução CNMP nº 118, de 1º de dezembro de 2014.

Importante recordar que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF). Dentre suas funções institucionais, está zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia; e promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, conforme, respectivamente, estabelecido no art. 129, inciso II e III.

A consequência dessas atribuições constitucionais está no intenso controle da Administração Pública, relativamente à sua submissão aos princípios e regras constitucionais. Seja por provocação, seja por iniciativa própria, o Ministério Público está legitimado a realizar este controle de juridicidade. E, quando o faz, como se depreende dos próprios dispositivos citados, pode utilizar a via extrajudicial²¹ ou judicial para solução das controvérsias.

A Portaria nº 118/2014, do Conselho Nacional do Ministério Público, que estabelece uma Política Nacional de Incentivos à Autocomposição, preceitua-se que “Ao Ministério Público brasileiro incumbe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão” (art. 1º, parágrafo único). São objetivos da política “a boa qualidade dos serviços, à disseminação da cultura de pacificação, à redução da litigiosidade, à satisfação social, ao empoderamento social e ao estímulo de soluções consensuais” (art. 2º).

A Portaria é um relevante instrumento de organização de atribuições na execução da política, com vistas à obtenção de seus resultados. Nos termos do art. 8º, “a negociação é recomendada para as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como

²¹ A Resolução CNMP nº 23/2007 disciplina a instauração e tramitação do inquérito civil público. A Resolução CNMP nº 174/2017 disciplina, no âmbito do Ministério Público, a instauração e a tramitação da Notícia de Fato e do Procedimento Administrativo.

parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal (art. 129, III da CR/1988)”. Nos termos do art. 9º, “a mediação é recomendada para solucionar controvérsias ou conflitos que envolvam relações jurídicas nas quais é importante a direta e voluntária ação de ambas as partes divergentes”. Nos termos do art. 11, “a conciliação é recomendada para controvérsias ou conflitos que envolvam direitos ou interesses nas áreas de atuação do Ministério Público como órgão interveniente e nos quais sejam necessárias intervenções propondo soluções para a resolução das controvérsias ou dos conflitos.”

Em vista da singularidade da atuação extrajudicial do Ministério Público, a Portaria inova em procedimentos de resolução consensual. Refere-se à “mediação comunitária e a escolar” para que casos que envolvam a atuação do Ministério Público sejam regidos pela máxima informalidade possível (art. 8º, parágrafo único). Os artigos 13 e 14 tratam das “práticas restaurativas”, que são recomendadas nas situações para as quais seja viável a busca da reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre o(s) seu(s) autor(es) e a(s) vítima(s), com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos. Nas práticas restaurativas desenvolvidas pelo Ministério Público, o infrator, a vítima e quaisquer outras pessoas ou setores, públicos ou privados, da comunidade afetada, com a ajuda de um facilitador, participam conjuntamente de encontros, visando à formulação de um plano restaurativo para a reparação ou minoração do dano, a reintegração do infrator e a harmonização social.

A Resolução também traz diretrizes gerais sobre as “convenções processuais” (art. 15 a 17). São recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais. São fundadas no CPC, encontrando-se legitimado o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, para celebrar acordos visando a constituir, a modificar ou a extinguir situações jurídicas processuais. Em termos de procedimento, as convenções processuais devem ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos por intermédio da harmonização entre os envolvidos, podendo ser documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta, referido na Lei nº 7.347/1995.

Essa abertura ou mudança de paradigmas na forma de solução de controvérsias, com vistas à efetividade de resultados obtidos culminou na disseminação da exigência de resolutividade na atividade do Ministério Público, bem retratada na Resolução CNMP nº 54, de

28 de março de 2017, que dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro.

Esta última Resolução considera que (i) o Ministério Público é função essencial à justiça incumbido da defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e que o êxito na promoção da justiça supõe a efetividade concreta dos direitos de cuja proteção e defesa a Instituição é incumbida; (ii) a atuação resolutiva de planejamento e de gestão sistêmicos contribui decisivamente para o desenvolvimento harmônico e sustentável, principalmente nas parcerias e nas redes de cooperação, sendo convergente à missão constitucional do Ministério Público; (iii) o estágio atual do movimento do acesso à justiça e o paradigma jurídico do século XXI são incompatíveis com uma atuação institucional formal, burocrática, lenta e despreocupada com a entrega à sociedade de resultados concretos da atuação jurídica do Ministério Público.

A Resolução observa que a resolutividade é um avanço que exige planejamento institucional adequado, considerando que (iv) o planejamento nacional do Ministério Público brasileiro estabelece a necessidade de retornos para a sociedade, orientados para a defesa dos direitos fundamentais, a transformação social, a indução de políticas públicas e a diminuição da criminalidade e da corrupção, todos objetivos que supõem a produção de resultados concretos que promovam efetividade dos direitos defendidos e protegidos pela Instituição; (v) o planejamento institucional do Ministério Público destina-se a promover a eficiência da atuação institucional com enfoque na celeridade, na ampliação da atuação extrajudicial e em uma atuação proativa, efetiva, preventiva e resolutiva.

A Resolução também observa o vínculo deste novo perfil propositivo e a necessidade de utilização de outras formas culturais de solução de controvérsias, considerando (vi) a relevância e oportunidade de se instituir, no Ministério Público, uma cultura institucional de produção de resultados socialmente relevantes; (vii) a existência da Resolução nº 118/2014, a qual dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, que destaca a adoção de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos.

Por fim, o CNMP justifica as novas diretrizes em sua missão estratégica de promover uma atuação institucional responsável e socialmente efetiva, com o fomento a uma atuação crescentemente resolutiva, vale dizer, orientada para a resolução concreta das situações de inefetividade dos direitos de cuja defesa e proteção são incumbidas à Instituição, preferencialmente sem a necessidade de processo judicial e no menor tempo e custo social possíveis, ou, quando o recurso ao Poder Judiciário se fizer necessário, com a efetivação mais célere possível dos provimentos judiciais alcançados no interesse da sociedade.

O termo de ajustamento de conduta também é instituto que se preordena fundamentalmente a solução extrajudicial de controvérsias, tendo sido incluído na LACP por alteração decorrente do CDC (Lei nº 8.078/1990). Em sintonia com as novas regulamentações sobre a atuação extrajudicial e resolutiva do Ministério Público, este instituto está disciplinado pela Resolução CNMP nº 179, de 26 de julho de 2017, que regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, delineando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta.

De acordo com a referida Resolução, os TACs são instrumentos de redução de judicialidade. Assim, caberá aos Ministérios Públicos a utilização de tal via para tutela de direitos difusos, coletivos, individuais, homogêneos e outros direitos cuja tutela é competência do Ministério Público. Aponta que se trata de um negócio jurídico pelo qual se especifica obrigações adequadas e necessárias negociadas na interpretação do direito para o caso concreto, sendo vedada a disposição de tais direitos ou interesses.

A Resolução nº 179/2017 deixa claro que o TAC poderá ser firmado em qualquer fase da investigação ou no curso de uma ação judicial; que a composição não afasta, necessariamente, a responsabilidade administrativa ou penal pelo mesmo fato, tampouco importa no reconhecimento da responsabilidade para outros fins; que o compromisso poderá ser celebrado por outros órgãos públicos e sociedade civil, que o TAC deverá ser diligenciar para a fiscalização do efetivo cumprimento, devendo conter cláusulas de multa diária ou outras espécies de cominação para os casos de descumprimento, dentre outras especificações.

A Lei da Arbitragem – Lei nº 9.307/1996 – instituiu a arbitragem como método de composição de conflitos. A referida lei foi alterada pela Lei nº 13.129/2015, reconhecendo expressamente a possibilidade da utilização da arbitragem para resolver conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis pelo Poder Público, afastando a controvérsia sobre a utilização da arbitragem²².

As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de

²² Sobre arbitragem na Administração Pública, conferir: YAMATO, Ricardo. **Arbitragem e a administração pública: uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos**. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Orientação Dra. Daniela Monteiro Gabbay. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018; MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e Administração Pública**. Fundamentos teóricos e soluções práticas. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. Eis o novo conteúdo normativo do art. 1º da Lei nº 9.307, com alterações da Lei nº 13.129.

Deste modo, a partir de 2015, a Administração Pública passou a ter segurança jurídica para a utilização desta via, incorporando-a no dia a dia da atividade administrativa, sobretudo para as controvérsias contratuais. Nesta matéria, a Lei nº 11.079/2004 (art. 11, inciso III), disciplinando as parcerias público-privadas, admitiu “o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”. Na sequência, a Lei nº 11.196/2005 alterou a Lei Geral de Concessões e Permissões, reconhecendo a admissibilidade da arbitragem, nos termos do art. 23-A, inserido na Lei nº 8.987/1995. No mesmo caminho, a Lei nº 13.190/2015 alterou o Regime Diferenciado de Contratação para conferir o mesmo tratamento da arbitragem no seu âmbito (art. 44-A, da Lei nº 12.462/2011). Por fim, registre que não houve alteração similar na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/1993), e também não houve previsão similar na Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016).

A maior controvérsia está na interpretação do conceito legal “direitos patrimoniais disponíveis na administração direta e indireta”, considerando que os interesses públicos são caracterizados pela indisponibilidade, em razão da titularidade, já que não pertencem aos órgãos e entes da Administração Pública, que tão somente zelam e curam pelo seu adequado atendimento²³.

A indisponibilidade dos interesses públicos não elimina a possibilidade da legislação disciplinar a modo de implementá-los, quando há controvérsia na aplicação da lei. Havendo vedação da solução negociada depreendida da disciplina jurídica de determinada atividade administrativa no ordenamento jurídico, não se poderá incursionar o aplicador do direito por esta senda. Entretanto, inexistindo esta vedação legal, absoluta ou relativa, a implementação de interesses públicos, no quadro da legalidade vigente, pode ocorrer de forma unilateral ou consensual, conforme os parâmetros da potestade administrativa.

Foi com a edição do novo Código de Processo Civil que efetivamente adotou-se a via consensual como a forma mais adequada para resolução de conflitos²⁴. A simplificação,

²³ De acordo com Celso Antônio Bandeira de Melo, a arbitragem não poderia afastar a apreciação do Poder Judiciário sobre assuntos relacionados ao interesse indisponível, uma vez que o particular não poderia se sobrepor ao de uma autoridade pública dentro do exercício de sua competência. Nesse passo, a Administração Pública somente poderá submeter algum litígio à arbitragem quando houver interesse patrimonial disponível (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 804).

²⁴ Nesse sentido estão as ponderações de Fabricio Pieroni, para quem o Código de Processo Civil de 2015 instituiu um complexo de estímulo à autocomposição, inserindo diversos dispositivos sobre soluções consensuais.

agilidade e conciliação das partes foram as tônicas da nova legislação processual. Frisa-se que a inovação do novo CPC “é a criação de condições favoráveis à consensualidade”, conforme pontua Mariana Carnae, nisto se diferenciado do Código de Processo Civil de 1973²⁵.

O novo Código de Processo Civil tem como um dos pilares a solução consensual entre as partes, conforme previsão do art. 3º, § 2º, CPC, que estabelece: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Há um mandamento legal para que o Estado tenha uma política pública voltada para solucionar conflitos pela forma consensual, e não mais preponderantemente litigiosa. Inclusive o referido dispositivo legal elege a via consensual como forma prioritária na resolução de conflitos.

Essa previsão do Código de Processo Civil está inserida nesse contexto de busca de outras formas de pacificação social que não a via contenciosa do Poder Judiciário. A via tradicional está num momento de exaustão e descrédito, seja pela morosidade dos processos judiciais, pelo congestionamento dos Tribunais, seja pela sensação de impunidade e não realização do direito que as longas tramitações das ações judiciais geram. Assim, nesse movimento da consensualidade, o próprio Código de Processo Civil inseriu um mandamento ao Estado para que busque estruturar uma política pública para solução consensual de conflitos.

Essa inserção no código que é a expressão máxima da litigiosidade é bastante simbólica. Ora, se o próprio Código de Processo Civil determina que o Poder Público formule uma política pública de consensualidade e determina que todos os atores do sistema de justiça, inclusive os magistrados (art. 3º, § 3º do CPC), busquem soluções consensuais, há uma clara mensagem de que a via litigiosa não deve ser a primeira e única solução para pacificação de conflitos.

Além desse mandamento destinado ao Poder Público (como responsável por formular uma política pública voltada à consensualidade), bem como ao juiz, o Código de Processo Civil também prevê a necessidade de uma audiência prévia de conciliação ou mediação para que as partes possam compor algum termo, antes mesmo da apresentação de

(PIERONI, Fabrizio de Lima. **A consensualidade e a Administração Pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 72)

²⁵ Sobre o tema, são as considerações de Mariana Carnae: “Nota-se que a ênfase do novo Código, diferentemente do ordenamento vigente, voltou-se aos meios alternativos de solução de controvérsia, dado que é lógico o raciocínio de que uma solução negociada pode ter muito mais efetividade do que uma solução imposta. (...) o que se observa na nova redação é a criação de condições favoráveis à consensualidade, que foi além da previsão dos meios clássicos de formas de solução de conflitos, como autotutela (ainda permitida no Código Civil, nos casos de desforço imediato), a autocomposição via conciliação e a heterocomposição via arbitragem, para tutelar meios que não dependem, necessariamente da judicialização prévia do conflito, conforme consta no artigo 174 do Código (...)” (CARNAE, Mariana. **O compromisso de ajustamento de conduta e o princípio constitucional da eficiência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 210).

contestação pelo réu (art. 334, CPC). Inclusive o não comparecimento à referida audiência prévia poderá ser considerado um ato atentatório à justiça, com sancionamento da parte que agir de má fé (art. 334, § 8º, CPC).

A leitura atenta das normas fundamentais do processo civil, constantes dos art. 1º ao 12, não fazem qualquer exclusão do âmbito da solução consensual de conflitos no tocante à Fazenda Pública e autarquias e fundações públicas, nem tampouco no que pertine a entes com personalidade de direito privado que integram a Administração Pública. Registre-se que o Código Civil estabelece que, no art. 840, é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas. Deste confronto entre CPC e CC se extrai que houve uma revogação parcial do art. 841 do CC, pelo qual “só” quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação. Com o novo CPC, quaisquer direitos patrimoniais, de caráter público e privado, podem ser objeto de transação.

É importante não assimilar demanda que envolve interesse público e social (art. 178, inciso I, CPC) com direitos indisponíveis. O CPC expressa a proibição de aplicação de efeitos da revelia na demanda sobre direitos indisponíveis (art. 345, inciso II), da mesma forma que não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis (art. 392). Também veda a distribuição diversa do ônus da prova na causa que envolve direitos indisponíveis (art. 373, § 1º, inciso I). E habilita o Ministério Pública a agir na defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 176), e assegura a intervenção do Parquet no caso de interesse público (art. 178, inciso I).

Isto significa que haverá potestades administrativas cujo manuseio pela Administração Pública ensejará repercussões patrimoniais, de caráter público ou privado, e poderão nesta exata medida ser objeto de negociação e pactuação; exemplifica-se no efeito patrimonial da potestade expropriatória (justa e prévia indenização). Entretanto, haverá potestades cuja repercussão extravasará a órbita patrimonial, inviabilizando a negociação e pactuação: exemplifica-se com a potestade declaratória de interesse público na desapropriação. São potestades que instrumentalizam a cura do interesse público, e exigem a produção de atos jurídicos, de modo unilateral, pelo titular da competência. Disso resulta que não será lícito dispor sobre os pressupostos da declaração de utilidade pública em transação ou conciliação, extrajudicial ou judicial, mas nada o impedirá relativamente ao valor da justa indenização.

Por fim, *last but not least*, o Código de Processo Civil trouxe diretrizes de consensualização no âmbito da Administração Pública. Nos termos do art. 174, 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.

Exemplifica hipóteses de atuação destas Câmaras: 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. Logo depois, o CPC expressa o caráter não exauriente do modelo preconizado no art. 174, estabelecendo que as disposições da Seção (conciliação e mediação) não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

De acordo com o art.175 do CPC, é possível a composição sem a necessidade de tais câmaras, uma vez que estas não são “condição de validade para nenhum ato de transação que envolva a Administração”²⁶.

A Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, na esteira da disciplina contida no CPC, dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Sobre a “autocomposição”, a lei autoriza a criação, pelos entes federativos, de “câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos” (art. 32). No âmbito de suas atribuições, são abrangidos “conflitos entre órgãos e entidades da administração pública” (inciso I), e “controvérsias entre particular e pessoa jurídica de direito público” (inciso II), nas quais haja pedido de resolução administrativa por “composição”. Por fim, atribui-se também a promoção de “celebração de termo de ajustamento de conduta” (inciso III). O modo de composição e funcionamento das câmaras será estabelecido em regulamento de cada ente federado. A submissão do conflito às câmaras é facultativa e deve observar os casos previstos no regulamento do respectivo ente federado. Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial. Destaca-se, ainda, que as atribuições abarcam “prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares”.

A Lei nº 13.140 exclui da “autocomposição” “controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo”. É uma clara limitação derivada do princípio da legalidade administrativa, indicativo de que a “autocomposição” se opera no âmbito da legalidade.

²⁶ SCHWIND, Rafael Wallabach; KUKIELA, Marina. Câmaras de Conciliação e Mediação da Administração Pública: comentários ao art. 174 do Novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo (Coord). **Processo e administração pública**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 10. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 338.

A Lei da Mediação, por fim, estabelece que, enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto nos art. 14 a 20 (disposições comuns), dedicados ao procedimento de mediação.

No âmbito da tutela coletiva de direitos, a Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos (art. 33, parágrafo único).

Deste modo, o que se verifica por meio deste panorama geral da legislação processual brasileira é a crescente inserção de mecanismos consensuais como forma de resolução de conflitos, fortalecendo o movimento da consensualidade como via alternativa de pacificação social.

Anota-se que o objetivo não foi adentrar em cada mecanismo consensual ou na especificidade de cada legislação que introduziu instrumentos consensuais, mas demonstrar a crescente da consensualidade como novo paradigma da solução de conflitos, bem como uma forma de atenuar a crise do Poder Judiciário e a constante insatisfação com a prestação jurisdicional.

A expansão da consensualidade no Direito Brasileiro reflete a necessidade de conferir novas formas mais céleres e mais eficientes de resolução de conflitos, sobretudo em razão da grave crise do Poder Judiciário. A sociedade conclama por melhores soluções de seus conflitos, exigindo a formulação de políticas públicas que permitam a utilização da via consensual.

A superação da cultura demandista e a implementação de uma sociedade mais aberta ao diálogo ainda está em construção progressiva. Porém, cada vez mais tem-se consolidado a concepção de que o Poder Judiciário deverá ser a última via para a solução de conflitos na órbita das relações jurídico-administrativas.

3. CONSENSUALIDADE E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 A revalorização da consensualidade na atividade administrativa e a redução da atuação unilateral

Celso Antônio Bandeira de Mello bem revela a exata relevância da unilateralidade na produção jurídica da Administração Pública. O Professor Emérito da PUC-SP chama a atenção para as vias técnico-jurídicas de ação administrativa consistentes na expedição de atos infralegais: (i) unilaterais, gerais e abstratos, dentre os quais se salientam os *regulamentos*; (ii) unilaterais e concretos, costumeiramente designados como *atos administrativos*. Para o atendimento das finalidades públicas, sublinha a relevância dos procedimentos ou *processos administrativos*. Afora os atos unilaterais, também destaca os atos bilaterais, consensuais, nominados de *contratos administrativos*, em grande parte, precedidos de *processos licitatórios*¹.

É indubitosa a relevância dos atos administrativos no campo do Direito Administrativo. A doutrina distingue classicamente os atos da Administração Pública e os atos administrativos. Dentro dessa categoria, aparecem os atos administrativos em sentido amplo (v.g. regulamentos, instruções etc.) e atos administrativos em sentido estrito (licenças, autorizações, etc.), apartando-os dos atos convencionais. Neste marco conceitual, a unilateralidade é considerada um atributo fundamental dos atos administrativos em sentido amplo e restrito.

Atos unilaterais designam “os que são formados pela declaração jurídica de uma só parte”, e não afeta essa unilateralidade a condição não rara de o ato depender, em sua produção ou eficácia, da aquiescência do particular, ora solicitando sua edição, ora aderindo aos seus efeitos². Essa atuação unilateral é reforçada pelos atributos da presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e exectoriedade de atos administrativos, na forma da lei³.

A atuação unilateral da Administração Pública no cumprimento da lei tem sido o paradigma de execução da função administrativa. Mesmo que não lhe seja uma consequência lógica, a unilateralidade acaba sendo reforçada pela ideia de verticalidade que presidem as

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 349-350.

² *Ibid.*, p. 440.

³ *Ibid.*, p. 431.

relações jurídico-administrativas, em razão da supremacia do interesse público⁴. O ordenamento jurídico instrumentaliza a Administração Pública com uma “posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares”, bem como com uma “posição de supremacia do órgão nas mesmas relações”⁵.

O aprofundamento da democratização no campo da Administração Pública vem consolidando na atualidade um novo paradigma de atividade administrativa, marcado pela consensualidade.

A expansão da consensualidade dentro do Direito Administrativo é um movimento bastante inovador neste ramo do Direito que atuava, basicamente, de forma vertical, unilateral e impositiva, baseada no denominado “poder extroverso” da Administração Pública. Por muito tempo, inadmitia-se o diálogo, composição ou qualquer forma de ajuste com o Poder Público, entendendo-se que qualquer acordo envolvendo a Administração Pública feriria o princípio da indisponibilidade do interesse público e a primazia do interesse público sobre o privado, já que aquele não poderia dispor de qualquer de suas prerrogativas deste último.

A resistência à possibilidade de formação de consensos envolvendo tomadas de decisões e resolução de conflitos com a Administração Pública remonta à concepção equivocada de supremacia da Administração Pública sobre o particular. Tal entendimento tem raízes históricas que justificavam a concepção de que a Administração Pública só poderia atuar de forma unilateral e impositiva.

Com efeito, antes da formação de um Estado de Direito, o interesse do rei ou daqueles que ocupavam o poder era compreendido como o próprio interesse público. Nesta época, a Administração não estaria vinculada à lei, mas à sua própria vontade. Segundo Moreira Neto, apenas com a Revolução Francesa e com o positivismo jurídico o conceito de interesse público ganhou autonomia, passando a representar o interesse coletivo e não mais o do Rei ou do grupo que ocupava o poder⁶.

Com a construção do Estado de Direito, separando os poderes, a legalidade estrita passou a ser a única forma de atuação administrativa, limitando a atividade estatal ao máximo, freando o exercício do poder pela autoridade competente de modo a garantir direitos aos cidadãos e impedir o autoritarismo dos governantes. Nesse contexto, emerge o princípio da legalidade, vinculando a atuação do Estado aos ditames da lei. Segundo Mônica Bandeira de

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. 33^a ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 70.

⁵ *Ibid.*, p. 70.

⁶ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan/mar. 2003.

Mello Lefèvre, o direito administrativo surgiu exatamente com o fim de conter o poder, a partir da submissão de todos à ordem jurídica (princípio da legalidade) e da consagração da separação dos poderes⁷.

O Direito Administrativo moderno jungiu a Administração Pública aos ditames da lei, conferindo-lhe prerrogativas para possibilitar a realização do interesse público. As prerrogativas imperativas são capazes de limitar, condicionar, restringir ou mesmo de sacrificar direitos. Impô-las aos administrados é típico do Direito Administrativo, sendo frequentemente confundidas com instrumentos autoritários.

Essa é a posição de Gustavo Binenbojm, para quem o direito administrativo não surgiu da submissão da Administração Pública à lei, mas sim da criação, pela própria Administração Pública (por meio do Conselho de Estado francês), de um direito especial, com o fim de garantir a autoridade e a vontade soberana do Poder Público. Deste modo, para o autor, haveria uma origem autoritária do direito administrativo, possibilitando a criação de um conjunto de privilégios de natureza material e processual do regime jurídico-administrativo⁸.

Celso Antônio Bandeira de Mello discorda de qualquer viés autoritário do Direito Administrativo, uma vez que não existiria tal ramo do Direito fora do Estado de Direito. Para o autor, o Direito Administrativo é “o conjunto de deveres da Administração em face dos administrados”, de maneira a possibilitar a atuação da Administração Pública para servir a sociedade.

Prossegue o referido autor afirmando que o Direito Administrativo foi caracterizado por conter prerrogativas, posteriormente denominadas de “poder exorbitante”, que inexistiam no âmbito do direito privado, criadas a partir da ideia de “*puissance publique*”, “isto é, da existência de poderes de autoridade detidos pelo Estado e exercitáveis em relação aos administrados”. Porém, tais poderes nada se relacionam com autoritarismo, pois somente com a ordem jurídica estabelecida a partir da fundação do Estado de Direito, na qual emerge o conceito de cidadãos, administrados, e não mais súditos, surge o Direito Administrativo⁹.

Filiamo-nos à corrente que discorda de qualquer viés autoritário do Direito Administrativo. As prerrogativas do Poder Público possibilitam o atendimento dos interesses públicos no exercício da atividade administrativa. Não há um viés antidemocrático no exercício

⁷ LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 29.

⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 9-26.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 42.

dessas prerrogativas, mas apenas uma forma legítima de atuação do Poder Público, o que não impede a inserção de instrumentos mais abertos e participativos na atividade administrativa, possibilitando o diálogo e a bilateralidade na formação desses atos.

Ou seja, a unilateralidade, a imperatividade, os poderes exorbitantes e a supremacia do interesse público não significam que a Administração Pública seja autoritária no sentido de antidemocrática. Apenas significam que ao Poder Público se atribui poderes extrovertidos para concretizar o interesse público, cuja força jurídica independe da aquiescência dos administrados. Trata-se de prerrogativas instrumentais para a concretização das finalidades públicas definidas pelo ordenamento jurídico, e não para o uso desmedido, autoritário e aleatório pelo Poder Público. A imperatividade pressupõe concretização do próprio interesse público que, no final, nada mais é do que o conjunto de interesses titularizados pelos membros da coletividade, nesta condição estatutária¹⁰.

Para nós, a única forma de considerar a imperatividade como arbitrária é no sentido oposto à formação de consensos, mas não no sentido de ser antidemocrática. É certo que a consensualidade é fruto de um movimento democrático de maior participação do cidadão dentro do Estado, mas implica na afirmação que a via tradicional está fora do Estado Democrático de Direito.

A invocação do princípio da supremacia do interesse público para justificar atuações arbitrárias pelo Poder Público é uma forma de distorcer este princípio, em evidente abuso de poder, que merece ser repellido pelo sistema normativo, do que um pretenso autoritarismo imbuído no Direito Administrativo em si, que nele se entronizaria desde o seu surgimento.

Assim, a atividade administrativa tradicional não pode ser classificada como autoritária porque é exercida de forma imperativa e unilateral, pois ela só existe para concretizar o interesse público definido por uma sociedade democrática. Isso igualmente vale para os princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, que convivem, harmonicamente, com o Estado de Direito e são normas fundamentais do regime jurídico administrativo.

¹⁰ Aqui adotamos o conceito de *interesse público* difundido por Celso Antônio de Mello, cuja definição de interesse público seria o “resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade”. E mais, prossegue o autor afirmando que tal definição de interesse público permite extrair que os próprios particulares podem defender o interesse público, já que estes não são estranhos a tais interesses, bem como o fato de que nem todo o interesse do Estado corresponde integralmente ao interesse público (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 62).

A edição de atos unilaterais pela Administração Pública, como via tradicional de produção jurídica, não é avessa à horizontalidade e abertura ao diálogo com os administrados, de modo que ela não é oposta à consensualidade, e não a elimina do campo da atividade administrativa. Assim, o que existe são diferentes formas do exercício da atividade administrativa.

É certo que um Estado mais aberto ao diálogo, à formação de consensos, a relações mais horizontalizadas, à utilização em menor medida de seus poderes extroversos faz mais sentido no modelo de Estado contemporâneo. Porém, é importante salientar que a adoção da consensualidade não decorre da tentativa de superação de uma Administração Pública dotada de prerrogativas exercitáveis de forma unilateral, mas sim da incorporação de novos instrumentos modernos de participação individual e social, mais condizentes com a valorização do cidadão na tomada de decisões políticas-administrativas.

No plano da aplicação das normas constitucionais e legais não existe uma regra de supremacia de interesse público apriorística e geral que deve prevalecer em todos os casos concretos e que impossibilita a composição do interesse a ser perseguido pela Administração Pública. A supremacia dos interesses públicos deverá ser realizada na maior medida possível, e muitas vezes conciliável, no caso concreto, com os interesses individuais e supraindividuais.

Isto porque a supremacia de interesses públicos sobre interesses privados é um princípio constitucional¹¹, não uma regra jurídica que deve ser aplicada segundo a lógica do tudo ou nada. Pelo contrário, deve ser realizada na maior medida possível. No contexto da individualização do direito aplicável, a composição com o particular poderá ser exatamente a maior realização do interesse público naquele caso concreto¹².

Com a evolução da sociedade e as transformações dos modelos de Estado (do modelo de Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar Social, e após para o Estado Regulatório), muda-se a lógica da relação entre Administração Pública e administrado¹³. Do Estado Liberal, que atuava para proteger os direitos políticos e civis dos cidadãos, agindo de

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 99.

¹² Cleuler Barbosa das Neves e Marcílio da Silva Ferreira Filho, em razão das diversas externalidades positivas da consensualidade, concluem que “a consensualidade, ao invés de traduzir incompatibilidade com o interesse público, vai, na verdade, ao encontro de seu intento, concretizando-o em sua integralidade” (NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Contrapeso de uma Administração Pública consensual: legalidade versus eficiência. **Revista de Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 19, n. 103, p. 49-77, maio/jun. 2017, p. 60).

¹³ FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no direito administrativo**. Orientador: Daniel Wunder Hachem. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 131-133.

forma impositiva para garantir tais direitos, ao Estado de Bem-Estar Social, prestador de serviços públicos, no qual não era mais necessária uma relação entre Poder Público e cidadãos de forma impositiva.

No Estado Regulador surgem as agências reguladoras, como autarquias independentes, com poder regulador e decisório, inclusive com competência para composição de controvérsias envolvendo interesses diversos nos setores regulados, adotando-se consultas e audiências públicas em processos decisórios. Para tanto, exige-se que as agências reguladoras sejam capazes de mediar interesses divergentes, bem como de negociar com os agentes privados para o cumprimento dos objetivos setoriais definidos na política pública do setor.

No DAS, o marco das agências foi relevante para admissão da consensualidade na matéria, destacadamente os chamados acordos substitutivos de sanções, termos de cessação de prática lesiva e termos de ajustamento de conduta¹⁴.

Por isso, o ambiente regulatório é propício para o desenvolvimento da consensualidade¹⁵, exigindo o aperfeiçoamento do diálogo entre Administração Pública e administrados. A revalorização da consensualidade não é apenas um aspecto fundamental da expansão do “Estado Regulador”, mas segue bem alinhada com a expansividade de direitos fundamentais.

O Estado Regulador também alterou a compreensão do princípio da legalidade, na qual a legalidade estrita foi substituída pelo princípio da juridicidade¹⁶, adotando-se conceitos jurídicos mais abertos e normas de conteúdo indeterminado, possibilitando uma atuação mais flexível e, por vezes, com maior discricionariedade, delegando ao administrador a possibilidade de auferir a conveniência e oportunidade de uma decisão administrativa dentro dos moldes normativos¹⁷.

Tal conceito é fundamental para compreender o fenômeno da consensualidade na Administração Pública, sobretudo no ramo do Direito Sancionador. Conforme será

¹⁴ Sobre o tema, ver MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de conduta dos regulados. **Revista digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 1, p. 274-293, 2017; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus; VIANNA, Mariana Tavares de Carvalho. Regulação Consensual: a experiência das agências reguladoras de infraestrutura com termos de ajustamento de conduta. **Revista Estudos Institucionais**, v. 3, q, 2017; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia-RDPE**, v. 9, 34, 2011.

¹⁵ LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 54.

¹⁶ *Ibid.*, p. 90.

¹⁷ De acordo com Mônica Lefèvre, a legalidade foi reposicionada pela juridicidade, base para atuação administrativa consensual (LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 90-92).

aprofundado neste capítulo, o ato consensual, dentre o leque de possibilidades de atuação da atividade administrativa, poderá ser a via que realiza o próprio interesse público na maior medida possível, permitindo a obtenção de resultados mais eficientes.

Além da crescente substituição do princípio da legalidade estrita, possibilitando uma atuação menos engessada do gestor público, a introdução de instrumentos antes admitidos somente no âmbito do Direito Privado contribuiu sobremaneira para o movimento de desverticalização das relações entre Poder Público e particulares.

A submissão da Administração Pública a princípios constitucionais próprios do paradigma do Estado Democrático, dentre eles, a participação, e o reforço de abertura ao diálogo e ao consenso foram um marco para o estabelecimento de uma nova forma de relacionamento público-privado e a conformação de uma outra maneira de exercício da atividade administrativa.

Sobre o tema, Luciano Ferraz menciona que a modernização administrativa, com a adoção de novas técnicas de atuação da Administração Pública, utilizou de modelos das empresas privadas para adaptar o novo modelo e paradigma de gestão pública pós-moderno¹⁸.

Nesse panorama, o contrato administrativo contribuiu com a inserção da consensualidade no direito administrativo. Em que pese a existência de cláusulas exorbitantes inerentes a um contrato administrativo, há uma parcela deste contrato que resulta do acordo entre as partes, sobretudo no que diz respeito a espaços de negociação capazes de prevenir e solucionar conflitos, possibilitando ajustes entre o particular e a Administração Pública¹⁹. Ademais, a celebração de contratos administrativos pressupõe a convergência de vontades entre as partes, o que implica que o interessado na celebração do contrato administrativo proposto pela Administração Pública aceite-o de modo voluntário. O contrato é, portanto, uma forma de atuação administrativa, menos unilateral e mais cooperativa com os particulares.

Parte da doutrina considera que houve uma contratualização de algumas atividades administrativas, criando-se novos institutos, publicizando institutos de direito privado. Tal movimento, segundo Gustavo Binbenjy, é característico de um Estado regulador, e não mais

¹⁸ FERRAZ, Luciano **Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de Leniência, Acordos substitutivos e instrumentos afins)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 75.

¹⁹ De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, o contrato é uma relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes se obrigam reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas. O vínculo é formado por intermédio da consensualidade. No caso do Poder Público, há uma série de poderes reconhecidos à Administração Pública em razão de suas funções que “não são contratuais, pois não podem ser objeto de avenças”. O contratual então residiria na parte econômica convencionada. Ou seja, apenas neste aspecto poderia ser objeto de pactuação entre as partes, de modo que “só existe contrato em relação a isto” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 637-638).

prestador, no qual a intervenção direta na economia foi paulatinamente substituída por parcerias com a iniciativa privada, necessitando de novas técnicas de organização e gestão empresarial na própria Administração Pública²⁰.

E mais, com a Reforma do Estado, inserindo o princípio da eficiência no *caput* do art. 37 da CF, por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998, passa-se a questionar os modelos tradicionais, em especial a atividade sancionadora baseada no “comando e controle”. A preservação do interesse público passa a ser a opção mais eficiente na escolha administrativa, atrelada ao resultado desta atividade, no que foi denominado por Moreira Neto de “constitucionalismo de resultado”, tornando obsoleto o “constitucionalismo programático”. Assim, os atos administrativos precisam ser não apenas válidos, mas eficientes²¹.

Essa necessidade de que o ato administrativo também seja eficiente permite a abertura à consensualidade, passando a ser mais uma possibilidade de atuação do Poder Público ao lado da atuação tradicional imperativa e unilateral, tipicamente impositiva.

Desta forma, o movimento da consensualidade ingressa na esfera do Direito Administrativo, admitindo-se que, em alguns casos, a composição com o particular, por intermédio de uma relação horizontal e dialógica, é a melhor forma de atingir o próprio interesse público, com mais celeridade e eficiência.

A consensualidade no Direito Administrativo corresponderia, portanto, a qualquer forma de acordo de vontades envolvendo a Administração Pública, seja por meio de composição judicial, seja por meio da composição extrajudicial ou administrativa, após um procedimento dialógico e horizontal entre as partes. Trata-se de um modelo aberto e democrático em contraposição com o modelo tradicional fechado, impositivo e unilateral.

Segundo Juliana Palma, a consensualidade é uma técnica de gestão administrativa que se dá por meio de acordo administrativo com vistas ao término consensual do processo administrativo (por meio de um ato consensual terminativo ou integrativo do processo administrativo), negociando-se a própria prerrogativa pública por meio de um acordo de vontades entre Administração e administrado, como meio de satisfação da finalidade pública²².

Luzardo Faria conceitua os atos administrativos consensuais da seguinte forma:

²⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 20.

²¹ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, jan./mar. 2003, p. 140-141.

²² PALMA, Juliana Bonacorsi. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros e Sociedade Brasileira de Direito Público, 2015, p. 112.

acordos de vontade estabelecidos entre a Administração Pública e um ou mais sujeitos de direito, regulados pelas normas do regime jurídico-administrativo e celebrado no seio de um processo administrativo através dos quais as partes estabelecem de comum acordo os termos de constituição, modificação ou extinção de uma determinada relação jurídica, em relação à qual a Administração tradicionalmente poderia interferir unilateralmente por meio de suas prerrogativas²³.

Moreira Neto considera a consensualidade como “novos modelos da ação administrativa, ou seja, aqueles módulos organizativos e funcionais caracterizados por uma atividade consensual e negocial”. Para o autor, a celebração de pactos seria antagônica à imperatividade e unilateralidade do Direito Administrativo clássico²⁴.

Diferentes são as nomenclaturas para essa forma de atuação estatal, aberta ao diálogo, em busca de consenso como forma de atingir o interesse público com maior eficiência. Manoela Machado Ribeiro pontua:

Em decorrência do processo comunicativo e da cultura do diálogo, a Administração passa a empregar métodos e técnicas negociais ou contratuais no campo de sua atuação, de onde surgem expressões como “administrar por contrato”, “administração dialógica” e “administração consensual”, as quais materializam essa ideia de que a Administração deve estabelecer vínculos de comunicação com os administrados como forma de legitimar suas ações. Assim, em substituição ao autoritarismo e à imperatividade tradicionalmente associados às ações administrativas, a Administração passa a privilegiar o consenso, o acordo, a colaboração, a conciliação, a transação e, conseqüentemente, a negociação, por intermédio da qual se criam os vínculos entre a Administração e os administrados²⁵.

Na consensualidade, a supremacia e a indisponibilidade formal de interesses públicos não significam uma barreira à transação, negociação, horizontalização no exercício da função administrativa. Entende-se que, em muitos casos, a composição entre Poder Público e particulares é a melhor forma de atingir o interesse público num determinado caso concreto, conforme ponderações de Manoela Machado Ribeiro:

O fato é que o princípio da indisponibilidade dos interesses da Administração Pública determina que tais interesses não sejam objeto de livre disposição à vontade do administrador, entretanto, tal princípio, longe de representar uma proibição incondicional a toda e qualquer disposição de recursos pela

²³ FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no direito administrativo**. Orientador: Daniel Wunder Hachem. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 133.

²⁴ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, jan./mar. 2003, p. 146.

²⁵ RIBEIRO, Manoela Barbos Machado. **A negociação no Direito Administrativo: uma perspectiva sobre o acordo de leniência**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 26.

Administração, significa que essa não pode dispor desses com total liberdade, como fazem os particulares em geral.

(...)

Existe, portanto, uma vedação à livre disposição do interesse público, motivo pelo qual a negociação, somente pode ser implementada quando encontra autorização legislativa e quando concebida como pertinente à proteção do interesse público. Sendo assim, a negociação deve sempre representar a maneira mais eficiente de atingir o interesse público no caso concreto²⁶.

A percepção de que a indisponibilidade do interesse público não é contrária à consensualidade já está na doutrina administrativista. Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a Administração Pública está jungida às finalidades da norma, de modo que o interesse público não está à livre disposição da vontade do administrador. Na atividade administrativa não haveria espaço para liberdade ou vontade pessoal, de modo que o administrador deve agir dentro da autorização conferida pela norma²⁷. Os interesses públicos são de titularidade da coletividade, e, nessa condição, jamais estão no campo da livre disposição de qualquer agente público. A busca e a realização dos interesses públicos ocorrem nos termos da Lei Fundamental e das demais normas jurídicas que disciplinam a atividade administrativa. São implementados dentro do bloco de legalidade ampla que subordina a ação dos agentes públicos.

Desta forma, se a lei autoriza a possibilidade de ajustes com o particular, permitindo que o Poder Público negocie a sua própria prerrogativa pública, ou solucione controvérsias mediante formas consensuais, os acordos podem significar a própria consecução do interesse público, e não a disponibilidade ilegítima deste²⁸. Logo, a consensualidade, por si só, não é antagônica ao princípio da indisponibilidade do interesse público. É certo que a disciplina legal que estabelece atuação consensual no exercício da função administrativa não pode violar princípios e regras da Lei Fundamental. A admissão da consensualidade, não adversa à indisponibilidade congênita de interesses públicos, necessita sempre de justificação constitucional.

Por meio da consensualização, permite-se que sujeitos afetados pela ação administrativa tenha uma maior participação nas atividades administrativas, reforçando a

²⁶ *Ibid.*, p. 40.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 74-76.

²⁸ Nesse sentido também está a posição de Luzardo Faria: “A indisponibilidade, porém, está longe de se constituir como fundamento jurídico apto a negar a possibilidade de a Administração realizar acordos com particulares. Por outro lado, a função do princípio da indisponibilidade nessa seara é impor determinadas limitações e condicionantes à atuação administrativo consensual, sendo o respeito à legalidade administrativa um dos principais resultados desse impacto” (FARIA, Luzardo. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública: uma análise a partir do princípio do interesse público. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini. **Lei de Introdução e o Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 146).

democracia e a participação popular, tornando mais legítima a atuação estatal, além de aprimorar a governabilidade, satisfazer interesses jurídicos dignos de tutela, e pacificar conflitos ou controvérsias de uma forma mais célere e mais efetiva²⁹.

Assim, quando não houver impedimento legal, ou quando houver previsão de que a atuação administrativa será por meio da via tradicional de controle e comando, a via imperativa deve ser acionada apenas quando necessária e indispensável para a realização dos interesses públicos, tornando-se uma espécie de última *ratio* nas decisões administrativas³⁰.

É certo que, em muitos casos, a via consensual poderá não ser a opção mais adequada para um determinado caso concreto, seja porque inexistente previsão normativa³¹, seja porque não há abertura para a composição, seja porque o Estado deverá agir por atos administrativos, com os atributos da imperatividade, presunção de legitimidade, exigibilidade e autoexecutoriedade, para dar cumprimento ao ato administrativo, conforme o caso. Porém, considera-se que todas as vezes que seja possível a composição nos conflitos entre Administração Pública e cidadãos, ou quando não há conflito e a decisão administrativa poderá ser tomada após a consulta à sociedade, a via dialógica é a via que deverá ser adotada.

Há doutrinadores que não depreendem do movimento da consensualidade no Direito brasileiro esta consequência. Ricardo Marcondes Martins entende que a regra geral deve ser pela impossibilidade de substituição do ato unilateral pelo bilateral, apenas quando for “imprescindível ou extraordinariamente conveniente para a configuração do conteúdo da relação jurídica administrativa”, e desde que previamente autorizado pelo ordenamento jurídico, pois o ato bilateral seria mais oneroso para a Administração Pública, já que incompatível com a precariedade. Com a consensualidade, alterar-se-ia o regime jurídico, impedindo a alteração e extinção de um ato bilateral sem o dever de indenizar. Por isso,

²⁹ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan/mar. 2003.

³⁰ Juarez Freitas afirma em artigo sobre o tema que a via consensual se tornou prioritária dentre as opções para a edição do ato administrativo, afirmando que ocorreu uma “autêntica guinada, em seus primórdios, rumo ao caráter prioritário de soluções consensuais dos conflitos que envolvem a administração pública”. O referido autor elenca uma série de fatores que evidenciam a reconfiguração do Estado-administração, como o fato de que a postura adversarial e não cooperativa viola diversos princípios da Administração Pública e a duração razoável do processo, além dos custos diretos e indiretos de tal processualização, bem como a emergência de um sistema multiportas, possibilitando a nova conformação da atuação administrativa. Assim, pontua que a via consensual deve preferir as demais: “Deste modo, a solução negociada, nas relações de administração pública, merece ser vista como estratégia preferencial de pacificação, nas fronteiras do princípio da juridicidade que impõe limites, não raro, intransponíveis” (FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, set/dez. 2017, pp. 26-32).

³¹ Juarez Freitas menciona que a previsão legal inviabilizando a via consensual é uma escolha política que elegeu a adjudicação judicial como via eleita (*Ibid.*, p. 36).

Marcondes considera a bilateralidade mais onerosa, dificultando a realização do interesse público³².

É fundamental que haja uma significativa ruptura com a cultura tradicional, acostumada com a atividade unilateral e vertical do Estado, bem como com a ideia de que qualquer tratativa do Poder Público com terceiros seria dispor ilicitamente do interesse público. A composição entre Administração Pública e o administrado pode ser a via que realiza o interesse público em um maior grau e, por isso, neste movimento de consensualização, com a abertura da Administração Pública ao diálogo, demonstra-se, sempre que possível, a via mais adequada de conformação de interesses. Além disso, a composição no caso concreto não significa que o Poder Público estaria dispondo do interesse público. Os interesses públicos, a sua indisponibilidade e primazia sobre os interesses particulares continuam intactos. O que muda é a forma de atingir e realizar o interesse público que poderá ser pela via negocial, e não impositiva.

A Administração Pública deve se preparar para viabilizar o diálogo com o cidadão e aprimorar as estruturas administrativas e institucionais para que seja possível implementar uma Administração Pública consensual, criando um ambiente mais ameno e propício para as relações horizontalizadas.

É nesse sentido que, existindo essa tendência de consensualização, deve-se criar uma nova cultura no exercício da atividade administrativa, mais aberta e mais dialógica, rompendo com o *modus operandi* até então vigente na Administração Pública, mais acostumado com a imposição dos atos administrativos e com uma posição beligerante³³.

Exemplificamos com o exercício da potestade expropriatória, por razões de utilidade pública ou necessidade pública. No Decreto-Lei nº 3365/1941 já consta a legitimidade de execução da Declaração de Utilidade Pública mediante acordo, visando a obtenção do justo preço pela propriedade expropriada. Todavia, a praxe administrativa desde sempre somente envereda pela indiferença ao valor jurídico que a consensualidade pode propiciar em termos de celeridade e efetividade ao resguardo dos interesses públicos e privados em cena. A regra é o litígio, a adversariedade. O *modus operandi*, atento ao movimento de consensualização, exige

³² MARTINS, Ricardo Marcondes. O princípio da liberdade das formas no Direito Administrativo. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luís Ferreira Rocha. SAAD, Amauri Feres (Coord.). **Direito Administrativo e Liberdade - estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo**. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 641-687.

³³ Expressão utilizada por Juarez Freitas para se referir a postura adversarial e extremamente litigiosa assumida pela Administração Pública (FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, set/dez. 2017, pp. 30-31).

uma nova posição ou cultura institucional, que torne sobranceira e prioritária a via consensual na solução necessária ao pleno atendimento do interesse público e da ordem jurídica.

Além de ser uma via mais célere para resolução de conflitos, alcançando a realização do interesse público e a conformação das condutas à legislação, a via consensual, uma vez adotada, exige menos do Poder Público em termos de fiscalização e sancionamento. Isto é, há uma maior celeridade e voluntariedade na conformação da conduta pelo administrado. No tocante ao cumprimento de normas sancionadoras, a abertura da Administração ao diálogo com administrados sobre a execução dos modelos sancionadores faz com que o Estado utilize menos o seu aparelho punitivo.

E, adotando a técnica consensual na concessão de benefícios em troca de informações úteis, a consensualização acaba otimizando recursos. Não é mais necessário que o Estado fiscalize, descubra o ilícito, obtenha provas para a instrução do processo administrativo e/ou judicial para que então haja correção comportamental de desvios de condutas. Demanda-se menos da máquina punitiva tão deficiente e incapaz de apurar e sancionar todos os ilícitos.

Portanto, há diversas razões que justificam a adoção pelo Estado de via consensual, e razões que o Estado aprimore a política pública que incentive tais instrumentos.

Incorporar a consensualidade no Direito Administrativo não significa que a imperatividade e unilateralidade serão deixadas para trás e que o Poder Público apenas poderá agir de forma concertada. Pelo contrário, mantêm-se todas as prerrogativas públicas anteriores, incluindo-se a via consensual como mais uma forma de atuação da Administração Pública. Os modelos de atuação administrativa não são excludentes. Inclusive porque em alguns casos sequer caberá qualquer acordo entre as partes, ou, este não sendo cumprido, será necessária a atuação administrativa impositiva e unilateral.

Aponta Thiago Marrara que o modelo coercitivo poderá até incentivar a própria via consensual:

A retroalimentação e a inter-relação entre mecanismos tradicionais de gestão pública baseados na autoridade e na unilateralidade e mecanismos pró-consensuais, menos verticalizados, variam conforme o contexto, os interesses dos regulados e o tipo de estratégia de conciliação e diálogo que a Administração utilizará³⁴.

Por tal razão, adotamos que a consensualidade se tornou a via prioritária da atividade administrativa, em um movimento em franca expansão. Porém, deve-se atentar ao

³⁴ MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática de ajustamento de condutas dos regulados. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 1, p. 274-293, 2017, p. 276.

regime jurídico incidente sobre os acordos da Administração Pública. Diverge-se em torno de em qual categoria poderia ser encaixada essa modalidade de atuação administrativa: ato administrativo, negócio jurídico, contrato administrativo ou até mesmo uma nova figura no Direito Administrativo³⁵.

Celso Antônio reconhece a utilidade da classificação dos atos administrativos, quanto à formação do ato, em atos unilaterais e atos bilaterais. Os primeiros são os formados pela declaração jurídica de uma só parte, no caso, a Administração Pública. O Professor da PUC-SP percebe que o direito positivo não raro faz o ato administrativo depender, para sua produção ou para seus efeitos, do concurso da vontade do particular na relação jurídico-administrativa. Mas isso “não afeta a unilateralidade” (exemplo do ato de licença para edificar). A formação do ato continua a apresentar caráter unilateral, mesmo que a perfeição e/ou eficácia do ato venha a depender de manifestação de vontade de outrem.

Os atos bilaterais são os formados por um acordo de vontades entre partes. Celso Antônio os designa *atos convencionais* (exemplo de contrato e da concessão de serviço público)³⁶. Atos bilaterais ou convencionais são atos administrativos em sentido amplo. A formação desta modalidade de atos desliga-se do modelo unilateral, mas seguem sendo “declarações do Estado (ou de quem lhe faça as vezes (...)) no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”³⁷.

Merece destacar que a bilateralidade não se confunde com a consensualidade, se a esta for atribuído o significado de efetiva participação das partes no processo administrativo, sobre o conteúdo das decisões administrativas. Assim é que o ato de concessão de férias ou de concessão de uma licença para edificar é caracterizado pela bilateralidade, mas não se trata de atuação com consensualidade. Essa específica qualidade do processo de decisão é uma característica que ultrapassa a bilateralidade, parte dela e avança para aperfeiçoar o modo de exercício da função administrativa.

Daí que, mesmo quanto aos atos unilaterais, a consensualidade está se expandindo como elemento relevante do processo de formação do ato. Colhem-se exemplos na atividade regulamentar, na atividade regulatória, na produção de atos concretos etc. Um regulamento

³⁵ Sobre o tema, ver CARNAE, Mariana. **O compromisso de ajustamento de conduta e o princípio constitucional da eficiência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 92-115; NERY, Ana Luiza. **Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta**. 3^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 110-142.

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 440.

³⁷ *Ibid.*, p. 397.

aprovado, após intenso processo de consulta e audiência pública, segue sendo um ato unilateral, mas com inequívoca consensualidade na sua formação.

Em outros termos, a consensualidade pode ocorrer na presença de atos unilaterais e bilaterais. Quando inserida no regime jurídico-administrativo, pretende revolucionar a formação, eficácia e efetividade de atos unilaterais. Quando se dissemina nos atos bilaterais, impulsiona novos tipos de atos convencionais, de que se vale a Administração Pública para atingir os interesses públicos.

Celso Antônio reconhece aos atos administrativos os atributos de presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e autoexecutoriedade, na forma estabelecida pelo ordenamento jurídico, como prerrogativas instrumentais para se objetivar eficazmente os objetivos de interesse público, “para o exato e eficiente cumprimento de sua razão de ser”³⁸. A presunção se dirige à veracidade dos fatos analisados e ao direito aplicado pela Administração Pública na execução da lei. A imperatividade é a aptidão do ato de interferir, de modo unilateral, na esfera jurídica protegida de outrem (“poder extroverso”). A exigibilidade é qualidade de exigir o cumprimento do ato, ou seja, a obediência ao seu conteúdo, sem recurso ao Poder Judiciário. A autoexecutoriedade acrescenta, no processo de cumprimento do ato, a possibilidade de a Administração Pública “compelir materialmente o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu”³⁹.

A consensualidade, idealizada como forma de solução de controvérsias surgidas na e pela produção de atos administrativos, busca amenizar o exercício dessas prerrogativas, relativamente aos sujeitos cuja esfera jurídica é afetada pela atuação da Administração Pública. É nesse sentido que, no âmbito administrativo, ela prestigia a adesão, o entendimento mútuo, sobre uma situação que a Administração pode dispor por meio da sua supremacia. A via consensual poderá caracterizar uma forma de “renúncia” ao atributo de atos, criados pela lei, para o exercício da competência. Mas não haverá, de direito, renúncia, porque a consensualidade apenas interfere no modo de cumprimento da potestade, da qual a Administração não pode renunciar, e, não tendo êxito a via consensual, os atributos permanecem à disposição do aparelho administrativo, na tutela do interesse público, nos termos da lei.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 429.

³⁹ *Ibid.*, p. 431.

Mesmo no plano da solução judicial de controvérsias que nascem de questionamentos judiciais sobre a atuação da Administração, a consensualidade sinaliza que o caminho mais adequado segue pela mesma diretriz de ajustamento, de concessões recíprocas, de pactuação, de entendimento, sobre a solução do problema objeto da demanda judicial. A consensualidade interfere para abreviar litígios judiciais, e, assim, assegurar a realização ótima, em tempo oportuno, da tutela de interesses públicos, ao mesmo tempo que prestigia a efetividade e celeridade da garantia fundamental do acesso à Justiça, incluindo a duração razoável dos processos judiciais.

Com a abertura do Direito Administrativo à consensualidade, e a adequada interpretação do princípio da supremacia e da indisponibilidade dos interesses públicos, diversas leis foram editadas, possibilitando que a Administração Pública enverede pela atuação consensual, seja na órbita administrativa, seja na órbita do Poder Judiciário.

3.2 Principais diplomas legais admitindo a consensualidade no Direito Administrativo

A Constituição Federal subordina a Administração Pública Direta e Indireta de todos os Poderes da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal aos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência (art. 37, *caput*). Houve a constitucionalização das bases principiológicas do Direito Administrativo.

Em tema de contratos, a Constituição estabelece a competência legislativa exclusiva da União para dispor, no art. 22, inciso XXVII, sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III. Essa referência diz respeito a “obras, serviços, compras e alienações”, em que a Administração Pública figura como contratante. Há referência expressa às concessões e permissões para outorga da prestação de serviços públicos (art. 175). Esses dispositivos são dignos de registro para sublinhar a relevância da contratualização na atividade administrativa. Tão relevante que foi prevista competência específica para o órgão constitucional autônomo de controle externo (Tribunal de Contas) para “fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito

Federal ou a Município” (art. 71, inciso VI), contendo normas específicas de controle externo de “contratos”.

Em tema de solução de controvérsias, entretanto, não houve o mesmo tratamento amplo e destacado à consensualidade. Mas é certo que o Texto Constitucional preconiza que o Estado Democrático está comprometido com a “solução pacífica de controvérsias” (preâmbulo). Estabeleceu um rol extenso de garantias fundamentais para conter a arbitrariedade do Estado (art. 5º), reconhecendo a função da universalidade da jurisdição como instrumento essencial na resolução de litígios (art. 35, inciso XXXV). Encontramos no art. 12 do ADCT um dispositivo específico, acolhendo a celebração de acordos, na esfera administrativa, entre Estados e Municípios, para “demarcação de suas linhas divisórias atualmente litigiosas, podendo para isso fazer alterações e compensações de área que atendam aos acidentes naturais, critérios históricos, conveniências administrativas e comodidade das populações limítrofes”.

Antes da Constituição atual, e recepcionada por esta, é certo que a composição com o particular não é novidade no ordenamento jurídico pátrio, pois há muito já havia a possibilidade da denominada *desapropriação amigável* (Decreto-Lei nº 3.365/1941), na qual há acordo administrativo sobre a justa indenização.

Da mesma forma, no campo da responsabilidade administrativa ambiental, a Lei nº 6.938/1991, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, estabelece em favor do CONAMA a atribuição (art. 8º, inciso IV) de homologar acordos visando à transformação de penalidades pecuniárias na obrigação de executar medidas de interesse para a proteção ambiental.

Esse dispositivo foi reproduzido do Decreto nº 88.351/1983 (art. 7º, inciso VI), que conferia ao CONAMA a atribuição de “autorizar acordos e homologar transação entre a SEMA e as pessoas físicas ou jurídicas punidas, visando à transformação de penalidades pecuniárias na obrigação de executar medidas de interesse ambiental, nelas compreendidas a pesquisa científica e a educação ambiental”. Posteriormente, o Decreto nº 94.764/1987, alterando o art. 45 do Decreto nº 88.351, estabeleceu que “As multas poderão ter a sua exigibilidade suspensa quando o infrator, por termo de compromisso aprovado pela autoridade ambiental que aplicou a penalidade, se obrigar à adoção de medidas específicas para cessar e corrigir a degradação ambiental.” Acrescentava o Parágrafo único que “cumpridas as obrigações assumidas pelo infrator, a multa terá uma redução de até 90% (noventa por cento) do seu valor original”⁴⁰.

⁴⁰ BRASIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto nº 88.351, de 1º de junho de 1983. Regulamenta a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, e a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, que dispõem, respectivamente, sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental, e

A substituição de sanções administrativas pecuniárias por execução de medidas de interesse para a proteção ambiental foi recepcionada pela nova disciplina constitucional em 1988, destacadamente o art. 225 da Lei Fundamental. A transformação é inequívoca forma consensual de solução do problema criado pelo cometimento de infração administrativa ambiental, somente sendo possível realizá-la mediante consenso.

Assim é que o mesmo tratamento foi observado no Decreto nº 99.274/1990, acolhendo a atribuição do CONAMA (art. 7º, VI), bem como no Decreto nº 1.205/1994, que estatui em favor do CONAMA a atribuição (art. 18, inciso IV) de “homologar acordos visando à transformação de penalidades pecuniárias na obrigação de executar medidas de interesse para a proteção ambiental”.

A Lei nº 9.605/1998 foi alterada pela Medida Provisória nº 1.710/1998, para tratar da celebração de termos de compromisso, previstos no art. 79-A. Pela atual redação, advinda da MP nº 2.163-41/2001, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores.

O exemplo da atividade administrativa ambiental demonstra que a consensualidade foi aos poucos migrando de legislações administrativas específicas para legislações administrativas gerais.

Dentro desse contexto constitucional, o Direito Administrativo se desenvolveu ao influxo do aprofundamento do princípio democrático, sendo que uma das projeções desta evolução normativa foi a redescoberta do processo ou procedimento administrativo para garantia e tutela de direitos e interesses dos administrados, como desdobramento do devido processo legal. Leis gerais sobre processos administrativos foram editadas e poderiam ter já mais bem disciplinado o tema da solução de controvérsias, na esfera administrativa, mas não o fizeram.

Na União Federal, não existe uma disciplina ou permissão genérica sobre a possibilidade da Administração Pública se valer de mecanismos consensuais no processo

administrativo, inexistindo um regramento específico sobre o tema na Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999)⁴¹. A lei consagra amplo rol de sujeitos com legitimidade para intervir no processo administrativo (art. 13). Assegura, com detalhamento, direitos de ampla defesa e contraditórios na instrução do processo administrativo (art. 29 a 47). Enuncia o dever de motivação clara, tempestiva, necessária e congruente no processo administrativo (art. 50).

Todavia, não trouxe expressamente a possibilidade de acordo como forma de extinção do processo administrativo, limitando-se a estabelecer a regra segundo a qual “o interessado poderá, mediante manifestação escrita, desistir total ou parcialmente do pedido formulado ou, ainda, renunciar a direitos disponíveis” (art. 51). No mesmo dispositivo, fixa que a desistência ou renúncia do interessado, conforme o caso, não prejudica o prosseguimento do processo, se a Administração considerar que o interesse público assim o exige. Ao lado dessa timidez, também explicitou que “A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.” (art. 11). Em suma, a disciplina federal geral não favorece o consenso no curso e na finalização de processos administrativos.

Mesmo não tendo obtido disciplina geral na Lei de Processo Administrativo Federal Geral, a consensualidade foi avançando na solução de litígios judiciais, envolvendo a Administração Pública.

Neste domínio judicial, observa-se que a Lei nº 6.825/1980 trouxe, em seu art. 5º, a possibilidade de representantes judiciais da União, suas autarquias e empresas públicas federais transigirem em causas dentro de uma faixa de valor, excluídas as causas de natureza fiscal e as relativas ao patrimônio imobiliário. Este diploma remete ao preenchimento de condições estabelecidas pelo Poder Executivo. Ultrapassado o limite admitido na lei, a transação somente era possível mediante prévia e expressa autorização de autoridades indicadas pelo Poder Executivo. A lei foi regulamentada pelo Decreto nº 88.434/1983.

Revogando a Lei nº 6.825, a Lei nº 8.197/1991 foi a primeira a tratar de transação em causas da União Federal, suas autarquias, fundações e empresas públicas federais, por meio de seus representantes judiciais, após a Lei Fundamental de 1988. O diploma igualmente estabelece valor teto, acima do qual exige prévia e expressa autorização por autoridade indicada

⁴¹ Nesse ponto, ante a ausência de previsão legal na Lei nº 9.784/99, Juarez Freitas recomenda o aperfeiçoamento legislativo justamente para contemplar a via consensual dentro do processo administrativo (FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, set/dez. 2017, p. 38).

em Decreto. Interessante que qualquer transação somente poderia ser homologada após a manifestação do Ministério Público. Qualquer transação em desconpasso com essas legislações era considerada nula (art. 5º).

Na sequência, exsurge a Lei nº 9.469, de 10.07.1997, regulamentando o art. 4º da Lei Complementar nº 73/1003 – Lei Orgânica da Advocacia Geral da União (AGU), que, dentre outras atribuições do Advogado-Geral da União, estabelece a de “desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente”.

A Lei nº 9.469 autorizou Advogado Geral da União e os dirigentes máximos de Autarquias, Fundações e de Empresas Públicas Federais, a (i) realizar acordos e transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 50.000,00; e (ii) a não-propositura de ações, não-interposição de recursos, e requerimento de extinção de ações em curso ou de desistência de recursos judiciais, para a cobrança de créditos de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00, em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes (art. 1º). Se a causa envolvesse valores superiores, o acordo ou transação, pena de nulidade, dependia da prévia e expressa autorização do Ministro de Estado (ou titular da Secretaria da Presidência da República, conforme o caso), na União, ou da autoridade máxima da Autarquia, Fundação ou Empresa Pública. Desta autorização legal foi excluída causas relativas ao patrimônio imobiliário da União.

No mesmo diploma, o Advogado Geral da União e dirigentes máximos referidos poderiam autorizar a realização de acordos, homologados pelo Juízo, em processos ajuizados por essas entidades, para pagamento de débitos de valores não superiores a R\$ 50.000,00, admitindo-se parcelamento de até 30 parcelas mensais e sucessivas (art. 2º).

A Lei nº 9.469/1997 foi alterada pela Lei nº 11.941/2009. Esta última aumentou o teto previsto no art. 1º, para causas de valor até R\$ 500.000,00, e admitiu delegação da competência atribuída ao Advogado Geral da União. No novo parágrafo 1º, para causas envolvendo valores superiores, exigiu-se prévia e expressa autorização do AGU e do Ministro de Estado (ou do titular da Secretaria da Presidência da República, conforme o caso), ou, ainda, do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Tribunal ou Conselho, ou do Procurador Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e judiciário, ou do Ministério Público da União. Conforme este novo § 1º, empresas públicas federais não dependentes necessitam apenas de prévia e expressa autorização de dirigente máximo.

Relativamente ao art. 2º, o Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal e dirigentes máximos de empresas públicas federais e do Banco Central do Brasil receberam

atribuição para autorizar a realização de acordos, homologados pelo Juízo, em processo judicial, para o pagamento de débito de valores não superiores a R\$ 100.000,00, em parcelas mensais e sucessivas até o máximo de 30.

A Lei nº 9.469/1997 também foi alterada pela Lei nº 12.249/2010, para incluir na primeira o art. 4º-A, relativo à atribuição da Advocacia Geral da União para celebrar termos de ajustamento de conduta, para prevenir ou terminar litígios, em hipóteses envolvendo interesse público da União, suas autarquias e fundações, sendo que, efetuada a oitiva de órgãos sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações, a decisão final foi atribuída ao Advogado Geral da União. Pelo seu campo de abrangência material, o TAC referido serve tanto para litígios na esfera administrativa como litígios na esfera judicial. Existe uma disposição relevante de previsão de multa ou de sanção administrativa, no caso de descumprimento do TAC (art. 4º-A, inciso V).

A Lei nº 9.469/1997 foi alterada pela Lei nº 12.348/2010, que revogou o § 2º do art. 1º, que excluía da incidência da lei causas relativas ao patrimônio imobiliário da União.

A Lei nº 9.469/1997 foi alterada pela Lei nº 12.716/2012, que conferiu nova redação ao § 2º da primeira, estendendo o pagamento de débitos de valores não superiores a R\$ 100.000,00, para parcelas mensais e sucessivas até o máximo de 60 (sessenta).

Na sua alteração mais recente, a Lei nº 9.469/1997 foi alterada pela Lei nº 13.140/2015, a mesma que dispõe sobre mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Observam-se as seguintes modificações no art. 1º: (i) foi retirado do texto legal a fixação de valores-teto, que será objeto de regulamento; (ii) foi prevista a celebração de acordos e transações por dirigentes máximos de empresas estatais “em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto”; (iii) foi previsto que as partes possam definir a responsabilidade de cada uma pelo pagamento de honorários dos respectivos advogados; (iv) foram criadas câmaras especializadas com o objetivo de analisar e formular propostas de acordos ou transações.

Em relação ao art. 2º, pela nova redação da Lei nº 13.140/2015, podem ser ressaltadas as seguintes modificações: (i) foi retirado do texto legal a fixação de valores-teto, que será objeto de regulamento; (ii) nos acordos de empresas públicas federais, a delegação é restrita ao órgão colegiado formalmente constituído, composto por pelo menos um dirigente estatutário.

O Decreto nº 10.201/2020 regulamenta o art. 1º, § 4º e art. 2º da Lei nº 9.469/1997. O Decreto estrutura o nível decisório na celebração de acordos ou transações para prevenir ou

terminar litígios, inclusive os judiciais, que envolvem a União ou empresas públicas federais, com a seguinte escala de competências:

- (i) acordos ou transações que envolvam créditos ou débitos com valor igual ou superior a R\$ 50.000.000,00, a atribuição é prévia e expressa do Advogado Geral da União e do Ministro de Estado, cuja área de competência estiver afeto ao assunto, ou autoridades elencadas no art. 2º, § 2º do Decreto (Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal, Presidente do Tribunal de Contas da União, Presidente de Tribunal ou de Conselho, Procurador-Geral da República, Defensor-Público Geral Federal, no âmbito de suas competências);
- (ii) acordos ou transações, com valor inferior, ao Advogado-Geral da União (diretamente ou por delegação) ou dirigente máximo de empresa pública federal em conjunto com dirigente estatutário da área;
- (iv) o Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal e o Procurador Geral do Banco Central do Brasil (direta ou por delegação) poderão realizar acordos para prevenir ou terminar litígios, judicial ou extrajudicialmente, em litígios que envolver valores de até R\$ 10.000.000,00, em parcelas mensais e sucessivas até o máximo de 60;
- (iii) no caso de empresas públicas federais, acordos ou transações que envolvam valores iguais ou superiores a R\$ 10.000.000,00, o Decreto estabelece que também deverá contar com prévia e expressa autorização do Ministro de Estado do titular da Pasta a qual a empresa pública estiver vinculada;
- (iv) no caso de empresas públicas federais, acordos ou transações que envolvam valores de até R\$ 5.000.000,00, o Decreto estabelece que poderão ser autorizados pelos dirigentes máximos em conjunto com o dirigente estatutário da área a qual estiver afeto o assunto, observando-se possível parcelamento de até 60 meses;
- (v) no caso de empresas públicas federais de menor porte, os valores de referência serão de R\$ 5.000.000,00 e R\$ 1.000.000,00, conforme o art. 2º, § 4º e artigo 4º do Decreto.

Essas disposições no âmbito da União Federal bem demonstram a complexidade na estruturação de uma Política de Estado em prol da consensualidade na solução de litígios, na esfera administrativa e judicial. Há vários aspectos a serem considerados: (i) a atribuição de competências decisórias conforme a divisão orgânica da Administração Pública, e sua representação judicial/extrajudicial; (ii) fixação de tetos de valores, para fins de

desconcentração funcional, no processo de decisão de celebração de acordos; (iii) a previsão de agentes políticos e alta direção de órgãos da advocacia pública na celebração dos acordos; (iv) a avaliação da adoção da técnica de delegação de atribuições; (v) a disciplina normativa sobre a vinculação ou discricionariedade na celebração dos acordos ou transações; (vi) a disciplina da matéria conforme as peculiaridades da organização administrativa de entes componentes da Administração Indireta; (vii) a criação de órgãos colegiados para analisar e propor acordos e transações; (viii) as formas de acordos celebrados no âmbito administrativo, incluindo a disciplina dos TAC.

De todo modo, a disciplina atual da Lei nº 9.469/1997, após todas as alterações apontadas, mostra os enormes desafios para a consensualidade no campo da solução de controvérsias. É incontestável que o maior desafio é subordinar a significativa discricionariedade atribuída pela lei aos princípios constitucionais da Administração Pública, destacadamente, a impessoalidade, a isonomia, a eficiência, a moralidade, a boa-fé, o devido processo administrativo, a publicidade, dentre outros.

Importante salientar que tais leis conferiram a possibilidade de transação pela Administração Pública Federal em ações judiciais, o que antes era inviável. Reconheceu-se que a transação em ações judiciais poderá ser mais vantajosa para o Estado, permitindo a extinção do processo judicial em curso, otimizando a atuação do Poder Público em juízo e contribuindo para a redução da litigiosidade e morosidade do Poder Judiciário. Tal previsão é bastante significativa quando considerarmos que o Poder Público é um dos maiores responsáveis pela grande quantidade de ações judiciais, congestionando ainda mais o Poder Judiciário.

Outro marco relevantíssimo na consensualidade dentro do direito administrativo, principalmente para o Direito Administrativo Sancionador, foi a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta, também denominado TAC, que, como visto anteriormente, foi disciplinado na Lei nº 12.249/2010, no âmbito da tutela de interesses públicos da União, mas cuja disciplina geral é anterior.

Com a vigência da Lei de Defesa do Consumidor, a Lei nº 7.347/85 passou a prever uma autorização genérica de termo de ajustamento de conduta, possibilitando à Administração Pública celebrar compromissos envolvendo direitos ou interesses difusos e coletivos, adequando as condutas de interessados às exigências legais, com força de título extrajudicial. Não há impedimento de celebração de TAC para encerrar um litígio judicial, desde que seja devidamente homologado pelo juiz competente.

Mônica Lefrève aponta que foi na década de noventa, após a Reforma Administrativa, que a consensualidade adentrou, com maior intensidade, no direito administrativo:

A Reforma Gerencial do Estado e o fenômeno da agencificação também endossaram a consolidação de um ambiente favorável ao desenvolvimento dos módulos convencionais de atuação administrativa. Seja no âmbito das leis instituidoras das agências reguladoras independentes ou da atividade de regulação setorial que lhes cabe, foram privilegiados instrumentos destinados a assegurar a transparência na sua atuação e a permeabilidade a mecanismos de interlocução com os administrados (entes regulados ou cidadãos)⁴².

O desenvolvimento da regulação independente tem forte influência na disseminação da consensualidade, enquanto técnica de atuação que privilegia o consenso e a participação de interessados nas decisões regulatórias. Desde o seu surgimento, a atuação administrativa das agências segue ostensivamente essa diretriz axiológica. A consensualidade e participação é incentivada nos domínios do exercício de competências normativas e sancionadoras das Autarquias especiais, designadas como “agências reguladoras independentes”. Excelente demonstração dessa influência são os acordos de leniência e de cessação de conduta previstos na Lei Antitruste⁴³, o termo de compromisso na Comissão de Valores Mobiliários (Lei nº 9.457/97), o termo de compromisso previsto na Resolução 19/2002 da Agência Nacional de Saúde, o termo de ajustamento de conduta previsto na Resolução nº 333/2008 da Agência Nacional de Energia Elétrica, o termo de ajustamento de conduta previsto no Decreto nº 7.729/2012, que legitimou a ANCINE a firmar TAC para corrigir irregularidades, dentre outros diplomas legais “ que demonstram que a consensualidade adquire instrumentalidade e procedimento próprios de acordo com a disciplina conferida pelos atos normativos das agências reguladoras”⁴⁴, e tantas outras normas editadas por cada agência para disciplinar os acordos nos processos sancionadores⁴⁵.

⁴² LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 54.

⁴³ Ver MARRARA, Thiago. Comentários ao artigo 16. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. **Lei Anticorrupção comentada**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018; p.187-227; MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática de ajustamento de condutas dos regulados. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 1, p. 274-293, 2017; CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de Leniência: Fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

⁴⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros e Sociedade Brasileira de Direito Público, 2015, p. 231.

⁴⁵ Ver RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus; VIANNA, Mariana Tavares de Carvalho. Regulação Consensual: a experiência das agências reguladoras de infraestrutura com termos de ajustamento de conduta. **Revista Estudos Institucionais**, v. 3, 2017; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA,

Outras normas extremamente relevantes para a consensualidade no Direito Administrativo atual referem-se ao acordo de leniência inserido no domínio da improbidade por intermédio da Lei nº 12.846/2013, o termo de compromisso previsto na Lei nº 13.506/2017, bem como os recentes acordos previstos no Pacote Anticrime, possibilitando acordos de não persecução cível e solução consensual na Lei Geral de Improbidade Administrativa.

Dada a sua pretensa generalidade, cumpre destacar que a Lei nº 13.655/2018 – que incluiu novos dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) – trouxe grandes avanços na possibilidade de celebração de acordos envolvendo a Administração Pública, reforçando a tendência da consensualidade no Direito Administrativo.

O art. 26 da LINDB traz uma autorização para que a Administração Pública celebre compromissos com interessados sempre que houver irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, desde que permitida pelo ordenamento jurídico. Além disso, há autorização para que a Administração celebre compromisso processual para prevenir ou regular a compensação por algum benefício indevido, prejuízos anormais ou injustos resultantes de processos ou condutas dos envolvidos.

Parte da doutrina considera que este dispositivo legal foi inserido para dar segurança jurídica para a realização de acordos pela Administração Pública. Nesse sentido está o posicionamento de Luzardo Faria, para quem a LINDB trouxe uma cláusula genérica permissiva de acordos administrativos não existentes no ordenamento jurídico, dado que a previsão de Termo de Ajustamento de Conduta estaria restrita ao âmbito das ações civis públicas. Contudo, o mesmo autor assevera que a LINDB não afastou a aplicabilidade da antiga redação da LIA, pois a vedação da Lei de Improbidade era uma norma especial, que não poderia ser derogada por lei posterior. Além disso, o próprio art. 26 da LINDB menciona que deve ser observada a *legislação aplicável*, de modo que a lei aplicável na ocasião (art. 17, § 1º da Lei nº 8.429/1992) vedava o acordo, fazendo com que a LINDB expressamente se submetesse a tal restrição⁴⁶.

Sérgio Guerra e Juliana Palma, em artigo sobre o tema, também consideram o art. 26 como um permissivo genérico para realização de acordos, representando um novo marco à consensualidade no direito administrativo. Com base na LINDB, o Poder Público pode celebrar compromissos independentemente de lei ou regulamento específico. Para os referidos autores,

Jacinto. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia-RDPE**, v. 9, 34, 2011.

⁴⁶ FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no direito administrativo**. Orientador: Daniel Wunder Hachem. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 294.

a LINDB acaba com a dúvida sobre a possibilidade de a Administração Pública celebrar compromissos, fornecendo requisitos mínimos necessários para a validade desses acordos.

No mesmo sentido está o posicionamento de Clóvis Alberto Bertolini Pinho, para quem a LINDB é um reforço para a celebração de acordos de leniência por parte de órgãos de controle, inclusive com o dever de fundamentação das consequências jurídicas para a celebração do acordo⁴⁷.

Como anteriormente destacado, o que se verifica é que existem diplomas normativos esparsos permitindo a celebração de acordos envolvendo a Administração Pública, no campo extrajudicial/administrativo e judicial. No plano da juridicidade, tais normas legais dão o fundamento legal necessário para a celebração de acordos.

Concordamos, nesse passo, com o entendimento de Mônica Bandeira de Mello LEFRÈVRE, que aponta que não é necessária uma autorização normativa para cada órgão da Administração Pública, sob pena de trazer gravoso engessamento da máquina pública⁴⁸. Assim, há uma vinculação negativa da Administração Pública à lei em matéria de consensualidade, donde apenas há impedimento para celebração de acordos em caso de vedação expressa⁴⁹.

A referida autora também baseia suas conclusões no julgamento do Recurso Extraordinário nº 253.885/MG, relatado pela Ministra Ellen Gracie⁵⁰. Conforme o Acórdão, só haveria necessidade de autorização legal para a celebração de acordo quando a transação com

⁴⁷ PINHO, Clóvis Alberto Bertolini Pinho. A LINDB e seus Efeitos na Celebração de Acordo de Leniência. In: **A Lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. VILIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 463-484.

⁴⁸ Nesse sentido estão as ponderações da Monica Bandeira de Mello Lefrèvre: “A orientação no sentido de que a Administração Pública só poderá atuar consensualmente caso esteja expressamente autorizada a fazê-lo tende a acarretar o engessamento da máquina administrativa, eis que seria necessária uma norma legal específica para cada órgão ou, ainda, para cada acordo. Além de inviável em termos práticos, tal interpretação mostra-se incompatível com as transformações ocorridas no âmbito do direito administrativo ao longo das últimas décadas, que clamam pela reconfiguração da noção de legalidade em prol de soluções mais céleres e eficazes” (LEFRÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 94).

⁴⁹ LEFRÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 94-95.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 253885 MG. Data do Julgamento: 04/06/2002. DJ 21.06.2002. EMENTA: Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: RE 253885 MG**. Relatora Ellen Gracie, j. 04/06/2002. DJ 21.06.2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258322>. Acesso em: 28 mar. 2020)

o Poder Público envolver renúncia a direitos, alienação de bens ou assunção de obrigações extraordinárias pelo Poder Público.

Portanto, para todos os outros casos em que não houver um gravame patrimonial, não será indispensável uma autorização legal específica para a composição com o particular, bastando os permissivos legais já existentes no ordenamento jurídico para que seja viável a celebração de acordos.

Nesse passo, e na esteira do entendimento do STF, consideramos que não há necessidade de autorização legislativa específica para a celebração de todos os acordos. Pelo contrário, diversos diplomas normativos permitem que haja a pactuação com o particular, sem que isso signifique em violação do princípio da legalidade ou da indisponibilidade do interesse público.

No caso específico de tutela de direitos difusos e coletivos, a previsão de Termo de Ajustamento de Conduta na Lei da Ação Civil Pública é uma autorização genérica para a pactuação de acordos pela Administração Pública, nessa seara jurídica.

Dessa forma, ainda que previsto de forma esparsa, abriu-se uma enorme variável de formas e hipóteses de atuação consensual por parte do Poder Público. E o reforço da consensualidade na Lei de Introdução às Normas de Direito Público enfatizam tal instituto.

Porém, inúmeros são os desafios para a adoção da Administração Pública consensual, sobretudo para garantir um ambiente que reforce a segurança jurídica e propicie a devida previsibilidade para os interessados na celebração de acordos. Cleuler Barbosa Neves e Marcílio da Silva Ferreira Filho destacam diversos pontos sobre a dificuldade na adoção de modelos consensuais:

(...) possibilidade de captação pelos agentes interessados e a possibilidade de direcionamento a interesses particulares, a insegurança jurídica na relação entre administrador e órgãos de controle; além da dificuldade de compatibilizar o interesse público em face dos interesses privados envolvidos⁵¹.

A estruturação de uma Política de Estado em prol da consensualidade auxiliará a consolidação desse modelo. As normas editadas conferindo segurança jurídica para a celebração de acordos foram passos significantes para que o Poder Público possa efetivamente implementar a consensualidade e permitir que tenha primazia em relação à atividade unilateral. As soluções consensuais devem observar os princípios norteadores da Administração Pública,

⁵¹ NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Contrapeso de uma Administração Pública consensual: legalidade versus eficiência. **Revista de Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 19, n. 103, maio/jun. 2017, p. 60.

sobretudo a isonomia, a impessoalidade, a proporcionalidade, a finalidade e a submissão ao controle.

Aos poucos, a evolução da sociedade permitirá a superação da cultura refratária aos acordos, enxergando-a como importante forma de concretização do interesse público.

3.3 Participação do administrado, cidadania e consensualidade

A constitucionalização de direitos fundamentais, na qual o administrado passa a ser titular de situações jurídicas com fundamentação formal e material constitucional superior, na condição de cidadão – implicando sua participação cada vez mais alargada na tomada de decisões, e na valorização de seu papel dentro do Estado Democrático de Direito, não resta dúvida de que os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público devem ser interpretados e aplicados, considerando a preservação e garantia de direitos fundamentais. Isso exige tratamento de interesses individuais, juridicamente cuidadoso, dentro de um juízo de ponderação nos casos concretos.

Essa valorização do cidadão, da relevância da sua participação na política e nas decisões administrativas, legitimando a ação do Estado e as escolhas de políticas públicas, foram essenciais para que houvesse um novo percurso da atividade administrativa.

A introdução de instrumentos consensuais no Direito Administrativo permite que o administrado inicie tratativas para composição com o Poder Público nos processos administrativos, bem como viabiliza a participação do cidadão nas decisões públicas, aumentando a participação popular no seio de tomadas de decisões do Estado.

Deveras, nas democracias contemporâneas, valoriza-se cada vez mais a participação dos cidadãos na sociedade, seja organizando-se privadamente (a denominada sociedade civil), seja viabilizando a sua participação por mecanismos diretos na Administração Pública (como ocorre na democracia direta, realizada por meio de consultas públicas, orçamento participativo), seja por meio do controle popular do Estado (como a possibilidade de reclamação da prestação de serviços públicos, a representação contra exercício negligente ou abusivo de cargos ou funções públicas, o ajuizamento de ações populares, direito de petição, dentre outros), seja incluindo os cidadãos nos processos decisórios (abertura ao diálogo antes da expedição do ato administrativo).

A consensualidade está intimamente relacionada a um claro aprimoramento da própria cidadania e da democracia. O cidadão é trazido para dentro do Estado, das decisões

administrativas, manifestando-se e participando das tomadas de decisões, tornando-as mais legítimas, deixando de apenas ser submetido às decisões impositivas e unilaterais do Estado.

Ao participar, os cidadãos permitem que o Poder Público tenha conhecimento dos interesses contrapostos na sociedade e isso possibilita a conformação desses interesses de forma mais democrática e não tão impositiva. Defendem, assim, os seus interesses individuais tanto como os interesses da coletividade. Sobre o assunto, consideramos as ponderações de Mônica Lefèvre:

Considerando que a participação dos interessados na formação da vontade estatal consiste em instrumento indispensável para a realização dos valores democráticos, são alçados à condição de instrumentos consensuais aqueles mecanismos que permitem que os diversos interesses contrapostos existentes no seio da sociedade sejam submetidos ao exame público. Permite-se, assim, que a Administração tenha conhecimento acerca dos diferentes pontos de vista envolvidos, estando apta a compatibilizar e acomodar os interesses dos cidadãos-administrados de acordo com a realidade do caso concreto posto sob análise. Como espécies dessa primeira modalidade, tem-se as consultas e audiências públicas, os plebiscitos e referendos, o debate público, dentre outros⁵².

Gustavo Binenbojm menciona tal fenômeno como “democratização do exercício da atividade administrativa não diretamente vinculada à lei”. Democratiza-se a tomada de decisões por meio da participação do processo administrativo como forma de resposta do sistema à crise da democracia participativa e da lei formal, permitindo que o administrado de fato participe nos processos decisórios do Poder Público^{53:54}.

Além de participar de decisões administrativas, a consensualidade poderá introduzir instrumentos de maior acesso do cidadão à própria Administração Pública, por meio de canais que possibilitem ao cidadão encontrar soluções administrativas diretamente com a Administração Pública. A participação do cidadão também permite que haja uma maior

⁵² LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 61.

⁵³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 77.

⁵⁴ Sobre o processo de processualização da atividade administrativa, destaca-se as seguintes ponderações de Gustavo Binenbojm: “Um dos traços marcantes dessa tendência à democratização é o fenômeno que se convencionou chamar de processualização da atividade administrativa. Tal termo é designativo da preocupação crescente com a disciplina e democratização dos procedimentos formativos da vontade administrativa e não apenas do ato administrativo final. Busca-se, assim, (i) respeitar os direitos dos interessados ao contraditório e à ampla defesa, (ii) incrementar o nível de informação da Administração acerca das repercussões fáticas e jurídicas de uma medida que se alvitra implementar, sob ótica dos administrados, ante a sua implementação; (iii) alcançar um grau mais elevado de consensualidade e legitimação das decisões da Administração Pública” (*Ibid.*, p. 78).

transparência na atividade administrativa, dando-se maior publicidade na tomada das decisões públicas.

O direito de petição, por exemplo, é um meio que viabiliza o acesso do cidadão, possibilitando o diálogo com o Poder Público, e poderá ser um meio de solução de conflitos entre o peticionário e a Administração Pública; a ação popular também é um claro exemplo de participação do cidadão no controle do Poder Público; e as consultas públicas e audiências públicas são vias de participação dos cidadãos nas tomadas de decisões da Administração Pública.

Outra forma de participação social é a colaboração dos particulares para a persecução de ilícitos, por meio de institutos premiais. Admite-se a concessão de benefícios, com redução ou isenção de sanções, em troca de informações úteis para a elucidação de ilícitos. Nesse sentido estão as ponderações de Renée Ó Souza:

A nova concepção de cogestão de agentes particulares na coisa pública serve de sustentáculo para apreciação da nossa exposição visto que, em certa medida, também é sentida nos acordos de colaboração premiada e de leniência, ainda que em menor escala. A participação do agente colaborador na elucidação do ilícito é ato colaborativo e de compartilhamento de informação, capaz de otimizar a atividade persecutória estatal. Nisso consiste a tendência de gerencialismo da política criminal, em que o estado conta, cada vez mais, com a participação privada no controle social. Semelhante é a ontologia dos programas de integridade ou *compliance*, em que a atividade preventiva, investigativa e remediadora de determinados ilícitos é delegada para a própria circunscrição da pessoa interessada e comprometida com estas práticas⁵⁵.

Deste modo, legislações esparsas trouxeram para o ordenamento jurídico pátrio diferentes modos de participação de cidadãos nas tomadas de decisões administrativas com o objetivo de incorporar a pluralidade de decisões, de interesses dos cidadãos, nas tomadas de decisões e formulações de audiências públicas. Essa participação social é extremamente relevante em uma sociedade plural e complexa, donde a identificação do interesse público ou dos interesses públicos a prevalecer decorrem de atividade complexa de ponderação e composição de todos os interesses em cena. Desta forma, a participação dos cidadãos pela via consensual é exatamente a possibilidade da formação plural do interesse público a ser perseguido pelo Estado⁵⁶.

⁵⁵ SOUZA, Renée Ó. **Os efeitos transversais da colaboração premiada e o acordo de leniência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 133-135.

⁵⁶ Neste sentido, Wallace Paiva Martins Junior aponta: “As reflexões sobre o interesse público indicam que sua unidade cedeu lugar à multiplicidade de interesses públicos, assim como que pereceu a noção de monopólio do interesse público pela Administração Pública em virtude da emersão de novos atores sociais defensores de interesses coletivos ou difusos associados, coincidentes ou convergentes ao interesse público” (MARTINS

Os instrumentos consensuais já estão mais sedimentados e incorporados no dia a dia da Administração Pública e têm sido bastante utilizados para a formulação de políticas públicas e tomadas de decisões administrativas, mas ainda permanecem um desafio quando direcionados para a resolução de conflitos entre o Poder Público e o administrado.

Por meio de instrumentos consensuais, muitas vezes se evita a instauração de conflitos, de modo que a consensualidade possui um forte viés preventivo de antagonismos. Para além dessa funcionalidade, uma das maiores dificuldades está em como utilizar instrumentos consensuais após o surgimento de conflitos.

4. CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

4.1 Delimitação do Direito Administrativo Sancionador e sanções objeto de estudo

A sanção administrativa está inserida dentro do Poder Sancionador estatal, regido pelo direito público punitivo. A compreensão da natureza jurídica é relevante para que se possa definir o regime jurídico aplicável, inclusive para que possamos compreender se é possível utilizar de acordos no domínio da improbidade administrativa.

Historicamente, a sanção administrativa era fruto do exercício do Poder de Polícia, a qual se inseria dentro da competência da Administração Pública de restringir direitos individuais que colidiam com direitos da coletividade ou do próprio Estado. Diferentemente do direito sancionador, o exercício do poder de polícia não possui um caráter punitivo, mas sobretudo preventivo, com vistas a restabelecer a juridicidade, com objetivo de alcançar o bem comum, garantir o cumprimento da legislação, limitando o exercício de particulares¹.

Desta forma, o poder de polícia deixou de estar dentro do Poder Punitivo estatal, tornando-se autônomo, de modo que a sanção administrativa passou a fazer parte do exercício do Poder Sancionador do Estado.

Ainda que haja consenso sobre a distinção entre direito sancionador e poder de polícia², a discussão existente está na divergência sobre a qualificação de uma sanção administrativa, regida pelo Direito Administrativo Sancionador, da sanção penal, regido pelo Direito Penal.

¹ Adota-se aqui a definição de poder de polícia de Celso Antônio Bandeira de Mello: “A atividade estatal de condicionar a liberdade e propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se “poder de polícia”. A expressão, tomada neste sentido amplo, abrange tanto atos do Legislativo quanto do Executivo. Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e propriedade dos cidadãos”. Mais adiante conceitua o poder de polícia em sentido estrito: “A expressão “ poder de polícia” pode ser tomada em sentido estrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais, quer abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais como as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastante com os interesses sociais. Esta acepção mais limitada responde à noção de polícia administrativa”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 829).

² Sobre o tema, são as ponderações de Fábio Medina Osório: “A sanção administrativa não resulta ligada a um genérico poder de polícia, embora possa, não raro, servir instrumentalmente, à atividade administrativa no sentido de uma consecução de determinados objetivos públicos. Não se deve desprezar a íntima conexão do poder de polícia com sanções administrativas, mas tampouco se pode conectá-los de forma a dissipar o conceito e autonomia da atividade sancionadora, a qual está regida por princípios e regras específicos”. (OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 111).

Alguns administrativistas entendem que a sanção administrativa é fruto da atividade administrativa, o que significava dizer que a sanção administrativa apenas poderia ser imposta pela Administração Pública. O elemento subjetivo de quem teria competência para aplicação da sanção administrativa seria, então, fundamental para caracterização de uma sanção como administrativa. Caso fosse aplicada pelo Judiciário, por exemplo, deixaria de ser uma sanção administrativa para que fosse qualificada como sanção judicial.

Celso Antônio Bandeira de Mello se enquadraria dentre estes administrativistas. Neste sentido, conceitua a sanção administrativa como “ a providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é de alçada da própria Administração”. Porém, entende que a sanção não perderia suas características, caso tivesse que ser imposta pelo Poder Judiciário em razão do não cumprimento espontâneo pelo administrado³.

Na mesma linha está o posicionamento de Rafael Munhoz de Mello, o qual considera que o Poder Judiciário não poderia aplicar sanções administrativas, pois o Judiciário não exerce função administrativa, mas tão somente jurisdicionais, de modo que não há que se falar na incidência do Direito Administrativo Sancionador no âmbito jurisdicional⁴.

Para tal autor, a sanção administrativa é uma medida aflitiva imposta pela Administração Pública decorrente de uma conduta ilícita, podendo ser uma medida aflitiva de caráter retributivo (que causa um mal, mas que também tem função preventiva para desestimular a prática de comportamentos ilícitos), ou medida aflitiva de caráter ressarcitório, com o fim de reparar a vítima.

Davi Cardoso, em dissertação sobre as sanções administrativas, também as qualifica como o ato administrativo editado no curso do processo administrativo, observando o direito administrativo, enquanto as sanções penais são aplicadas pelo Judiciário, observando o direito penal⁵. Mais adiante, o autor afirma que ambas as atividades sancionadoras devem

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 855.

⁴ Nesse sentido, ao conceituar sanção administrativa, Rafael Munhoz afirma que: “A sanção administrativa é uma sanção jurídica. Como tal, a ela se aplica o conceito acima. Mas há peculiaridades que identificam a sanção administrativa entre as demais sanções jurídicas. A principal peculiaridade diz respeito ao sujeito competente para sua imposição, a saber, a própria Administração Pública. Trata-se de elemento decisivo para identificá-la. Se a medida punitiva não é imposta pela Administração Pública de sanção administrativa não se trata. Logo, é o elemento subjetivo que permite diferenciar a sanção administrativa da sanção penal: “o que as aparta”, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, “é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção”. (MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da culpabilidade. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 3, n.11, jan/mar, Belo Horizonte, Fórum, 2003, p. 26-27).

⁵ CARDOSO, Davi Pereira. **Os acordos substitutivos da sanção administrativa**. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Curitiba, Curitiba, 2016, p. 20.

observar o núcleo de garantias constitucionais comuns, ainda que tenham regimes jurídicos próprios⁶.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez também diferenciam a sanção administrativa da pena pelo aspecto formal, já que uma é aplicada pela Administração e a outra por Tribunais penais. Caberá ao legislador eleger a competência sancionatória, desde que não implique pena privativa de liberdade, restrita à imposição pela via judicial⁷.

Daniel Ferreira também considera que a distinção entre sanção administrativa e pena deve ser realizada pelo critério formal, de modo que a sanção administrativa seria uma consequência direta e imediata de uma infração, restringindo direitos (caráter repressivo), imposta no exercício de uma função administrativa.⁸

Para essa corrente, a sanção administrativa e a sanção penal teriam a mesma finalidade, inerente a todo o sistema Direito Sancionador. Caberá ao Legislador tomar uma decisão política de escolher entre a sanção administrativa ou penal. Porém, ambas possuem o mesmo escopo – a retribuição como consequente da violação de uma norma jurídica, bem como atingir uma finalidade específica, seja uma política pública ou um fim específico previsto pela norma jurídica⁹.

Ou seja, para esta corrente, caberá ao legislador optar pela tipificação de ilícitos em penais e/ou administrativos, em um exercício discricionário e político, já que não existiria uma diferença ontológica entre as sanções penais ou administrativas. Haveria, então, um verdadeiro princípio da livre conformação do legislador para a definição da natureza jurídica dos ilícitos/sanções¹⁰.

A distinção entre ambas seria quem exerceria tal função. No caso da sanção aplicada pela Administração Pública, a sanção será administrativa, regida pelo direito administrativo sancionador. Se aplicada no exercício da função jurisdicional, será uma sanção penal ou judicial.

⁶ CARDOSO, Davi Pereira. **Os acordos substitutivos da sanção administrativa**. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Curitiba, Curitiba, 2016, p. 25.

⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 187-188.

⁸ FERREIRA, Daniel. Vinte anos de reflexão acerca das sanções e infrações administrativas: revolvendo alguns temas polêmicos, complexos e atuais. *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, pp. 89-90.

⁹ FREIRE, André Luiz. Direito Público Sancionador. *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, pp. 73-74.

¹⁰ Como Rafael Munhoz de Mello, Fabio Medida Osório e Regis Fernandes de Oliveira.

Outra diferença relevante entre a sanção administrativa e a sanção penal é que apenas o Direito Penal permite a pena privativa de liberdade, o que existiria no âmbito do Direito Administrativo Sancionador apenas para crimes militares¹¹. Por tal razão, em todas as demais hipóteses, apenas o Poder Judiciário, após ajuizamento de ação penal, poderia impor a pena mais gravosa do sistema jurídico.

De forma diversa, para outra corrente, a sanção administrativa não se qualifica como tal em razão do elemento subjetivo (presença da Administração Pública para sua aplicação), mas sim em razão da natureza jurídica material. Ao caracterizar a sanção administrativa pelo aspecto formal, essa primeira corrente apenas considera a razão histórica, já que o Poder Executivo era quem centralizava os poderes punitivos, sendo o único responsável pela imposição de sanções. Porém, com a evolução da sociedade, o Executivo deixou de ser a única esfera competente para aplicação de punições, passando a dividir parte dessa tarefa com outros órgãos, como Judiciário e Tribunal de Contas.

Passou-se a entender que a lei poderá conferir competência para que o Poder Judiciário imponha sanções administrativas, sem que isso desvirtue a sua natureza jurídica, aplicando o regime jurídico do direito administrativo sancionador e não o direito penal; o que levou parte da doutrina a considerar que a sanção administrativa não é de competência única e privativa da Administração Pública.

Essa distinção é relevante para compreensão do domínio da improbidade administrativa, uma vez que, pela Lei nº 8.429/1992, as sanções previstas no art. 12 são aplicadas pelo Poder Judiciário. Daí a relevância para compreender o regime jurídico a qual está submetida.

Nessa corrente, filia-se Fábio Medina Osório, o principal defensor de que a sanção administrativa não pode ser definida pela simples presença da Administração Pública no exercício da função punitiva. Para o autor, independe se a sanção for aplicada pela própria Administração Pública ou pelo Poder Judiciário, pois se o legislador conferir poderes para este último, a sanção administrativa poderá ser resultado da atividade jurisdicional, sem que descaracterize a sua natureza jurídica.

Assim, segundo Fábio Medina Osório, ao aplicar a sanção administrativa, o Judiciário não estaria exercendo função administrativa, esta privativa da Administração Pública, pois a sanção administrativa não se confundiria com a atividade administrativa. A

¹¹ Interpretação extraída da vedação da utilização de *habeas corpus* para punição disciplinares militares (§ 2º do art. 142 da Constituição Federal), bem como a previsão de detenção ou prisão como pena disciplinar no Estatuto dos Militares (art. 47, § 1º da Lei nº 6.880/1080).

sanção administrativa seria o resultado punitivo do Estado com finalidade de assegurar os valores sociais e restabelecer a ordem jurídica violada dentro dos limites formais e materiais do direito administrativo¹².

Prossegue o autor afirmando que a sanção administrativa teria como elemento objetivo o efeito aflitivo da medida, causando um mal ou um castigo ao infrator, como consequência de uma conduta ilegal previamente tipificada em uma norma proibitiva, cuja finalidade é repressora ou disciplinar, ressaltando que a sanção administrativa significaria “a privação de direitos preexistentes ou imposição de obrigações originais aos imputados, com conteúdo finalístico intimidatório e repressivo”¹³. Não se trataria de sanção qualquer medida de ressarcimento ao erário, pois estaria relacionada à responsabilidade civil, e não ao exercício da atividade sancionatória estatal.

No mesmo sentido está o posicionamento de Ana Júlia Andrade Vaz de Lima, a qual também compreende que a sanção administrativa pode ser imposta pelo Poder Judiciário, desde que não tenha natureza de sanção penal e a Administração Pública figure como ente lesada¹⁴.

Posicionamo-nos no sentido de que a sanção administrativa é aquela imposta pela Administração Pública como uma resposta ao ilícito administrativo, regida pelo Direito Administrativo Sancionador. Neste sentido, o caráter formal seria relevante para distinguir a sanção administrativa dos demais tipos de sanção. Também consideramos que caberá ao legislador optar pela via adequada de responsabilização pelos ilícitos, inexistindo uma diretriz normativa que assegure que uma determinada infração seja punida pela via administrativa ou penal ou por ambas.

Quanto à função da sanção administrativa, Alice Voronoff defende que a sanção administrativa deve ter essencialmente um fim instrumental, com a vocação de criar incentivos para o maior cumprimento da legislação, não possuindo um fim preponderantemente retributivo como Direito penal, mas dissuasório. A sanção administrativa teria então uma lógica de aplicação própria com capacidade de gerar efeitos diversos (com exceção da restrição da liberdade).

Deste modo, para Voronoff, não seria o regime jurídico que definiria a natureza administrativa da sanção, “mas são as características específicas, o papel e os fins peculiares

¹² OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 142.

¹³ *Ibid.*, pp. 107-108.

¹⁴ LIMA, Ana Júlia Andrade Vaz de. Programa de compliance no Direito Administrativo Sancionador. *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. 447.

associados ao direito administrativo sancionador e seus instrumentos que definem o regime jurídico neste campo”¹⁵ No pensamento desta autora também está a percepção de que a sanção administrativa não pode ser considerada como uma resposta indisponível do ordenamento jurídico como consequência do cometimento de uma infração, e não como uma finalidade em si mesma. É um meio de gestão típico de um Estado Regulador, na qual a sanção funciona como uma técnica regulatória¹⁶.

Filiamo-nos ao conceito de sanção administrativa desta autora. A sanção administrativa não pode ser concebida apenas como uma resposta automática da violação de alguma norma jurídica, com o fim único de causar um mal ou um castigo para o infrator. A sanção administrativa poderá ter uma função punitiva e uma função não punitiva, voltada sobretudo para um fim dissuasório, de conformação de condutas socialmente desejáveis.

Nesse sentido, e conforme apontado por Alice Voronoff, a sanção administrativa deve ter a aptidão de produzir resultados, sendo um instrumento para a conformação de condutas, com enfoque prospectivo e conformativo. Deve funcionar com base em uma lógica correta, adequada e proporcional de incentivos necessários capazes de conformar as condutas desejáveis, sob pena de perder sua função social¹⁷.

Com efeito, a sanção administrativa poderá ter uma função pedagógica para o infrator e ao mesmo tempo coercitiva, punindo-o pelo ilícito praticado. Porém, deve sempre servir para a adequação de condutas ao plano da juridicidade e, concomitantemente, atingir a política pública instituída pelo Estado. De nada servirá uma sanção que cause um mal, castigue o infrator, mas seja incapaz de gerar condutas adequadas, impedindo o retorno ao plano da juridicidade.

Em outras palavras, a sanção que apenas inflija um mal, restrinja direitos, mas que não tenha capacidade de alterar as condutas dos cidadãos para adequá-las ao padrão politicamente desenhado, sendo incapaz de ter um efeito simbólico, indutor de condutas, acaba desvirtuando a própria função da sanção administrativa.

É o que ocorre com as sanções de multas pecuniárias que são, muitas vezes, impostas por autoridades com o mero intuito arrecadatário, não cumprindo a função social da sanção de adequar condutas, seja porque no cálculo econômico da pena seria mais interessante o cometimento da infração administrativa com o consequente pagamento da multa administrativa, seja porque a multa por si só é incapaz de alterar o comportamento dos cidadãos.

¹⁵ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 80.

¹⁶ *Ibid.*, p. 113.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 102-104.

Portanto, consideramos que a sanção administrativa que não preencha todos os requisitos para o atingimento da finalidade pública específica para a qual foi desenhada perde a sua função social, podendo até mesmo gerar vício no ato administrativo impositivo da pena por desvio de finalidade, de modo que pode ser revisada pelo Poder Judiciário.

Repise-se, a concepção da sanção administrativa como instrumento, que deve servir ao atingimento de finalidades públicas, por uma lógica de adequados e corretos incentivos, é a que nos parece adequada, pois a sanção administrativa não cumprirá a sua função institucional apenas para castigar e conferir um mal ao infrator, como retribuição pela conduta ilegal. O aspecto dissuasório por meio de um equilíbrio adequado entre incentivos e repressão tem um papel fundamental para o desenvolvimento de políticas públicas de combate à corrupção, cuja tônica mais recente é a busca por melhores resultados práticos e efetividade.

Assim, a aplicação de sanção como mera e automática retribuição da violação de uma norma jurídica é custosa e, por vezes, incapaz de atingir o fim público; abrindo-se espaços para que o Estado encontre outras formas de atingir a finalidade pública. Daí a crescente utilização de mecanismos consensuais no direito administrativo sancionador.

A compreensão da sanção administrativa como essencialmente instrumental permite a adoção da consensualidade no Direito Administrativo Sancionador, possibilitando acordos para a substituição de sanções, conforme será a seguir aprofundado.

Com efeito, a barreira considerada por muitos autores de que a indisponibilidade do interesse público não era compatível com a composição envolvendo a Administração Pública, ou a concepção de que ao transacionar o Poder Público estaria abrindo mão de sua prerrogativa pública indisponível de indisponibilidade do interesse público foi então superada pela compreensão que a composição, mesmo envolvendo matéria sancionatória, poderá atingir o interesse público de forma mais eficaz e efetiva. Sobre o tema, é o entendimento de Juliana Palma:

Ainda que se admita o princípio da supremacia, o ato consensual pode ser considerado o próprio interesse público, de forma que a atuação administrativa consensual não determina a prevalência do interesse privado em detrimento do interesse público; pelo contrário, segundo esse argumento, a consensualidade corresponderia ao processo de satisfação do interesse público concretizado no interesse público. O ponto está em considerar não apenas o ato administrativo como expressão do interesse público, mas também o acordo firmado entre Administração e administrado no âmbito do processo no qual haja negociação de prerrogativa pública (imperativa). Tendo em vista os possíveis efeitos positivos da consensualidade – como a efetividade da decisão bilateral, a economia de tempo e de custos bem como a maior adequação da solução negociada em relação às particularidades da situação concreta – é

importante que se reconheça o ato consensual como a própria expressão do interesse público¹⁸.

Nesse passo, a concepção instrumental da sanção, a superação da corrente que a composição no direito sancionatório não seria compatível com o interesse público, bem como a necessidade de novos contornos para o enfrentamento dos ilícitos são um dos principais fatores que contribuíram para a expansão da consensualidade neste ramo do direito.

4.2 Consensualidade e Direito Administrativo Sancionador

A possibilidade de uma Administração Pública consensual foi então transposta para dentro do ramo do Direito Administrativo Sancionador. Anteriormente, era inimaginável que o *ius puniendi* do Estado pudesse ser de alguma forma relativizado ou substituído por uma obrigação, afastando ou mitigando a sanção administrativa.

Essa expansão da consensualidade no direito administrativo sancionador está diretamente relacionada com a própria concepção de sanção administrativa e a função do direito administrativo sancionador.

A sanção administrativa ou penal era entendida como uma prerrogativa do Poder Público indisponível. Ou seja, a atividade sancionatória era concebida como função estatal sancionatória, por meio da qual a Administração Pública impunha unilateralmente e imperativamente uma sanção administrativa, sendo incompatível qualquer forma de disposição dessa prerrogativa¹⁹. Assim, salvo algumas hipóteses tipificadas em lei, raramente havia a possibilidade de não imposição de uma sanção como consequência imediata da infração, com o objetivo de conferir um mal ou castigo ao infrator. A sanção tinha caráter eminentemente repressivo, punitivo e disciplinar.

Contudo, cada vez mais tem crescido a crença na função dissuasória da sanção administrativa, deixando o aspecto retributivo mais para o Direito Penal. Para essa corrente, como visto alhures, a sanção administrativa teria muito mais uma função preventiva, prospectiva, dissuasória (por meio de um sistema de incentivos de comportamentos socialmente úteis e condutas que realizem de forma mais adequada o interesse comum) do que meramente causar um mal e punir o infrator.

Nesta outra concepção sobre a função da sanção no direito administrativo sancionador, não apenas como repressão e coerção do Estado, possibilita-se outras formas de

¹⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros e Sociedade Brasileira de Direito Público, 2015, pp. 171-172.

¹⁹ *Ibid.*, p. 87.

atuação do Poder Público para a consecução de seus objetivos, mais amplos que a resposta automática da imposição da sanção decorrente de alguma infração.

Deveras, as sanções administrativas, juntamente com o Direito Administrativo Sancionador, têm ganhado cada vez mais prestígio ante a crise do Direito Penal que, ao longo dos anos, perdeu forças e credibilidade²⁰.

Abre-se, então, uma brecha para que o Poder Público utilize outros instrumentos que não apenas a cominação de sanção administrativa, dentro de uma lógica adequada de incentivos e permanente controle de resultados, conforme apontou Alice Voronoff²¹. É dentro desse sistema que os instrumentos consensuais vêm ganhando espaço em todos os ramos do Direito, inclusive no Direito Sancionatório.

Além desse aspecto dissuasório, a consensualidade tem o efeito de pacificação social, permitindo uma resolução mais célere e menos custosa ao Poder Público e, na maior parte das vezes, mais eficaz. O infrator que aceita a imposição de uma sanção pela via consensual dificilmente questionará o ato administrativo pelo Judiciário, tendo por consequência a redução da judicialização.

Ao celebrar um termo com a Administração Pública permite-se também que o administrado adeque sua conduta à legislação, faça o devido ressarcimento ao erário público ou à própria vítima, estimulando seu retorno ao plano da juridicidade.

Interessante é a explicação de Thiago Marrara sobre os benefícios da consensualidade no Direito Sancionatório. Para o autor, o ato administrativo que impõe algum tipo de restrição tende a gerar mais resistência por parte do cidadão, impulsionando um maior questionamento administrativo ou judicial. Nesse sentido, consensos geram incremento de eficiência, legitimidade das decisões administrativas e estabilização das relações sociais, proporcionando política pública mais efetiva²².

Assim, ao celebrar um acordo, a Administração Pública concorda com o cumprimento de obrigações negociadas bilateralmente para consecução de resultados de interesse público, ao invés da repressão ao infrator por meio da imposição de sanção.

²⁰ De acordo com Alice Voronoff, houve uma verdadeira fuga do Direito Penal, ao mesmo tempo que ocorreu uma administrativização do direito punitivo. Ela elenca que o Direito Penal passou por uma transformação quanto à sua concepção, tornando-se a última *ratio* em um sistema jurídico punitivo, tendo um papel subsidiário e não mais principal de retribuição e prevenção de ilícitos. A sobrecarga e morosidade dos Tribunais também tiveram um papel relevante para que o Direito Administrativo Sancionador se fortalecesse e se expandisse dentro do ramo de Direito Punitivo, já que a sanção administrativa poderá ser também aplicada pela Administração Pública, e não somente pelo Poder Judiciário (VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 38-39).

²¹ *Ibid.*, p. 114.

²² MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática de ajustamento de condutas dos regulados. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 1, 2017, p. 276.

Entendemos, portanto, que não se trata de dispor da função sancionatória pelo Estado, mas do exercício da atividade administrativa de uma outra forma; sem o qual não poderia ser celebrado um acordo.

Aliás, exatamente porque o Poder Público tem a prerrogativa do exercício da função sancionatória que os particulares buscam a Administração Pública para a celebração de acordos. A possibilidade de sofrer sanção ao invés de compor com a Administração Pública uma forma de ajustar condutas e não ser reprimido tão severamente com a imposição unilateral de sanções administrativas é um dos fatores que gera interesse na celebração de acordos com o Estado.

Claro que não se ignora que muitos particulares têm o desejo de ajustar condutas para cumprir de forma adequada o ordenamento jurídico. Porém, consideramos que a maior parte dos acordos são realizados porque o administrado teme que, ao não celebrar um ajuste com o Poder Público, será sancionado de forma mais rigorosa, de maneira que a composição lhe parece mais favorável que o exercício impositivo da atividade administrativa sancionatória.

Importante salientar que a via consensual é um dos instrumentos pelo qual o Estado poderá desempenhar uma atividade administrativa. A possibilidade de celebração de acordo ao invés de aplicação de sanção administrativa pela via do comando e controle não é obrigatória ou excludente da via tradicional. Ou seja, não haveria diminuição das potestades estatais, mas agregaria mais uma forma de atividade administrativa, com possível repercussão mais eficiente. Além do mais, adverte Rafaela Canetti, o poder sancionador do Estado continua sendo uma alternativa para os casos em que o particular descumprir o acordo firmado²³.

Em geral, a celebração de acordo pela Administração Pública é uma opção discricionária, na qual, diante dos elementos probatórios e com a devida motivação, o Poder Público poderá escolher entre celebrar o acordo administrativo ou aplicar a sanção administrativa pela via tradicional²⁴, analisando a melhor forma de concretizar o interesse público. No caso concreto, dentro da margem da liberdade conferida pelo ordenamento jurídico, será preciso inferir se é mais interessante do ponto de vista do atingimento do interesse público a celebração de acordo com ou sem repercussão sancionatória, ou a imposição unilateral de alguma sanção.

²³ CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de Leniência**: Fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 155.

²⁴ Sobre a autorização expressa e específica na lei para viabilizar a celebração de acordo, concordamos com a posição de Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, na qual não é necessária uma autorização legal expressa e específica para que o agente público celebre o acordo. A concepção anterior de legalidade estrita se restringe a campos muito específicos da atuação estatal, e foi substituída pela juridicidade, devendo ser o interesse público sopesado no caso concreto.

Isto é, será o caso concreto que balizará a escolha da Administração Pública pela via consensual (tendo essa primazia) ou a via unilateral sancionatória. Tal lógica está diretamente relacionada com a concepção instrumental da sanção administrativa, bem como pelo viés pragmático da atuação administrativa. Assim, salvo as hipóteses em que houver determinação legal para a celebração de acordo, a via consensual será uma alternativa discricionária do Poder Público.

Nesse sentido também está o posicionamento de Juliana Palma, a qual apontou que não existe um direito oponível pelo particular para a celebração de acordo, já que não existiria um direito a uma atuação administrativa consensual por se tratar de uma escolha discricionária da Administração Pública ante o caso concreto²⁵.

Outro fator que justifica que seja discricionária a eleição da via mais adequada para a satisfação do interesse público é para os casos em que fique frustrada a negociação com o interessado ou que a norma exija a valoração de documentos e informações do interessado para analisar a viabilidade do acordo. Nesses casos, nos quais necessariamente se exigirá uma valoração da adequação da celebração do acordo, este não pode ser compreendido como ato vinculado, sob pena de forçar um acordo que não seja a forma mais adequada para a consecução do interesse público.

Mônica Lefrèvre também considera a substituição da sanção pela convenção como uma faculdade da Administração Pública:

É plenamente possível, por exemplo, que a Administração entenda que as condições ofertadas pelo particular no bojo de eventual negociação são insuficientes ou inadequadas para o alcance da finalidade pretendida. Também não se pode desconsiderar a hipótese de o agente constatar que os objetivos públicos serão melhor atendidos por meio do exercício de sua prerrogativa imperativa de atuação. Em casos tais, resta claro que inexistente justificativa para que a via consensual seja prestigiada em detrimento do ato unilateral²⁶.

Mais adiante, a mesma autora reafirma a discricionariedade, ressaltando que, para casos similares, a Administração Pública deve agir de forma coerente:

A escolha do mecanismo convencional pressupõe a devida ponderação das circunstâncias específicas postas sob análise, com vistas a permitir a definição da melhor solução perante um determinado contexto. Assim sendo, não se pode admitir que o administrador tome o acordo como a alternativa mais

²⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros e Sociedade Brasileira de Direito Público, 2015, p. 285.

²⁶ LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 132.

adequada diante de certa conjuntura e simplesmente opte por agir unilateralmente em outro caso idêntico ou semelhante²⁷.

Portanto, é possível concluir que a via consensual é, em regra, discricionária. Tal discricionariedade ficará reduzida para os casos similares, evitando-se quebra de isonomia e mesmo inobservância do parágrafo único do art. 24 da LINDB. Também é possível afirmar que haverá menor discricionariedade caso haja algum ato infralegal que discipline as hipóteses em que a via consensual necessariamente será prioritária, exigindo do órgão competente a devida motivação para justificar caso adote a via impositiva da sanção administrativa.

Sendo assim, concluímos que a aplicação da sanção administrativa pela via impositiva e unilateral deve ser compreendida, em regra, como uma forma residual²⁸ de resposta ao ilícito administrativo cometido, a não ser em casos especificados em lei, vedando a via consensual ou para as hipóteses em que frustrada a tentativa consensual no caso concreto. Tal visão estaria em conformidade com a conformação do sistema jurídico sancionador, já que, com a maior complexidade regulatória, existem outros meios de induzir comportamentos socialmente úteis ao interesse público, menos custosos e com potencial mais eficaz que a via tradicional de aplicação de sanção.

Deveras, a tendência para o consensualismo evidencia a insuficiência do modelo tradicional de Administração imperativa, com a consequente busca de novas ferramentas para o enfrentamento dos ilícitos e para a resolução de conflitos. Tal percepção é descrita no seguinte trecho da sentença proferida pela Primeira Vara Federal de Curitiba:

Por fim, promulgada em 2013, a Lei Anticorrupção, nesse contexto, simboliza uma espécie de catarse quanto à possibilidade de celebração de negócios jurídicos no âmbito do direito sancionatório. Portanto, o acordo de leniência implementado pela Lei 12.846/2013 insere-se no contexto contemporâneo de "consensualidade" na Administração Pública. A história está posta para nos demonstrar que o Estado sancionador muitas vezes não consegue implementar mecanismos efetivos no combate aos ilícitos penais e administrativos, quer em decorrência, muitas vezes, da ineficiência da máquina estatal, quer em

²⁷ LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 141.

²⁸ De acordo com Daniel Ferreira, “dado o ilícito, deve-ser a sanção, inclusive no exercício da função administrativa, mas apenas em caráter residual, e, neste caso, sem qualquer juízo discricionário, no sentido de existir oportunidade ou de conveniência para a sua aplicação, quando faltante, na própria lei definidora do ilícito e cominadora da sanção, o assentimento necessário para a busca do consenso- mediante a firmação de acordos substitutivos de qualquer natureza, que protejam tanto os interesses públicos com particulares, com o devido sopesamento em cada caso- ou na hipótese de não se vir obtê-lo, por qualquer motivo, na situação concretamente considerada” (FERREIRA, Daniel. Vinte anos de reflexão acerca das sanções e infrações administrativas: revolvendo alguns temas polêmicos, complexos e atuais. 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, pp. 97-98).

virtude, até mesmo, da dimensão que tomaram algumas das organizações criminosas, as quais por vezes se tornam mais aparatadas e sofisticadas do que o próprio Estado. Nesses termos, transigir com alguns indivíduos, muitas vezes, é o único caminho para se chegar ao cerne de organizações aparatadas que cometem ilícitos penais e administrativos.

Não bastasse isso, a implementação da consensualidade na Administração Pública propicia outro benefício. Sabe-se que o poder de polícia no âmbito administrativo tem por essência prevenir a ocorrência de ilícitos a partir da função dissuasória da sanção. Contudo, por meio da consensualidade, muito além da função dissuasória, proporcionam-se instrumentos de cooperação entre a Administração Pública e o particular destinados a implementar mecanismos de prevenção à própria ocorrência de ilícito: *compliance*. Com isso, cria-se uma profícua e mutualística relação na qual todas as partes passam a atuar proativamente para, doravante, dificultar a prática de ilícitos contra a Administração Pública. (Justiça Federal Do Paraná, Petição nº 5031753-57.2018.4.04.7000/PR²⁹)

O processo administrativo sancionador poderia, então, utilizar-se de um dos meios consensuais, ao invés de aplicar a sanção administrativa, possibilitando a formalização de um acordo que substitui a pena administrativa (seriam os tipos de acordos substitutivos), ou um acordo que, inserindo outras obrigações no ato consensual a ser cumprida pelo interessado, poderia amenizar a sanção que seria inicialmente imposta (seriam os acordos integrativos)³⁰. Nesse contexto, é possível analisar os instrumentos consensuais dentro do DAS.

Tem ganhado popularidade dentre os mecanismos consensuais no Direito Sancionador a colaboração do particular como fornecimento de informações e provas de ilícitos em troca da atenuação ou, até mesmo, perdão da sanção. São os denominados *instrumentos premiais*, nos quais o prêmio da redução ou isenção da penalidade são os atrativos para a formalização de um acordo com o Poder Público.

Esse tipo de cooperação do particular permite que o Poder Público avance na descoberta do ilícito e na punição dos envolvidos com base nas informações transmitidas pelo colaborador, tratando-se de uma importante forma de incrementar o aparato fiscalizatório, permitindo avanços na persecução desses ilícitos.

²⁹ Decisão disponível no Jornal “Estadão”, uma vez que o processo está sob sigilo de justiça, impedindo o acesso diretamente no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Paraná. (BRASIL. Poder Judiciário (Paraná). PETIÇÃO No 5031753-57.2018.4.04.7000/PR. Requerente: União - Advocacia Geral Da União, Requerido: Odebrecht S/A; Construtora Norberto Odebrecht S A. 1a Vara Federal de Curitiba. **O Estado de S.Paulo**, São Paulo, 17 jan. 2019. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/02/235_DESPADEC1-odebrec-agu-leniencia.pdf. Acesso em: 19 mar. 2020)

³⁰ De acordo com Juliana Palma, os acordos integrativos precedem o provimento administrativo final, sem substituí-lo. Assim, não determina o encerramento de um processo administrativo sancionatório, mas integra-o para modelar o ato administrativo que será emitido dentro do exercício da atividade unilateral (PALMA, Juliana. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros e Sociedade Brasileira de Direito Público, 2015, p. 248).

É cediço que um dos gargalos do Direito Administrativo Sancionatório é justamente a fiscalização e punição dos ilícitos. A máquina estatal é extremamente deficiente nesse quesito, sendo este um dos fatores que contribuíram para a impunidade no país.

Ao introduzir um instrumento baseado na colaboração de um dos envolvidos, cria-se um importante elemento desestabilizador nas relações entre infratores, colocando em constante risco justamente a relação de confiança entre os infratores, necessária para o cometimento de crimes, criando um ambiente de insegurança entre os envolvidos que abala a organização e tem como fator desestimular a formação de quadrilhas e organizações criminosas. Tal elemento desestabilizador é relevante no ambiente em que os ilícitos muitas vezes são cometidos por diversos autores e na clandestinidade, como a formação de cartel, subornos de agentes públicos e fraudes em contratos públicos.

Nesses instrumentos premiaiais é indispensável que o Poder Público estruture uma política pública justamente para organizar de forma adequada os programas de colaboração. Sobre o tema, tomamos as considerações de Rafaela Canetti (2018, pp. 49-50):

A cooperação de entes privados com o Estado como forma de suprir esse déficit informacional do Poder Público, então, pode significar a diferença entre a efetividade e inefetividade de um sistema sancionador.

No entanto, como adiantado acima, um programa de leniência bem-sucedido depende da presença de alguns fatores, a compor a adequada dosimetria de incentivos.

É essencial que a adesão ao instituto seja atraente ao delator, oferecendo benefícios significativos e superiores àqueles decorrentes da continuidade das atividades ilícitas (cujo desdobramento, por isso mesmo, deve ser custoso), sob pena de tornar-se letra morta. Por evidente, entretanto, o programa não pode ser tão generoso nas benesses oferecidas ao colaborador a ponto de não desincentivar a prática de infrações administrativas, tornando a prática delitativa seguida da colaboração como algo trivial ou lucrativo (como seria o caso, por exemplo, de um programa que beneficiasse igualmente todos os infratores, ou que gerasse vantagens mercadológicas para o cooperador).

Todos esses atrativos viabilizaram a expansão desses instrumentos consensuais na atividade sancionatória. Os acordos de leniência e a delação premiada são típicos instrumentos premiaiais que têm ganhado relevância no combate à corrupção.

Além dos instrumentos premiaiais, a consensualidade pode ser utilizada apenas para a readequação de condutas dos infratores, permitindo-os retornar à juridicidade. Nesse caso, os termos de ajustamento de conduta têm sido expressivamente utilizados para tal fim, como será aprofundado no capítulo seis.

Os ajustes também podem ser celebrados apenas como forma de cessar a conduta ilícita, tal como ocorre com os termos de cessação de conduta ou o acordo de não persecução

cível. Nesses casos, os infratores deixam de praticar uma conduta ilegal, assumindo um compromisso de não mais cessá-la e não mais cometê-la. Pode prever também que a conduta, além de cessar o ato ilícito, faz com que o infrator aceite a imposição de alguma sanção e concorde com a recomposição do dano, celebrando compromisso para tal finalidade ao invés de responder a um processo administrativo sancionatório ou a uma ação judicial cujo resultado poderia ensejar a imposição de uma gama de sanções administrativas mais severas do que as ajustadas bilateralmente com o Poder Público.

De todas as formas, o que se verifica desde já (e será mais aprofundado no capítulo seis) é que há uma infinidade de possibilidades de ajustes com o Poder Público, de modo a afastar, reduzir ou abrandar a imposição unilateral de sanções administrativas. Caberá ao Estado formular um ambiente favorável para que esses instrumentos consensuais sejam utilizados como forma alternativa à imposição unilateral e automática das sanções administrativas.

4.3 Consensualidade, pragmatismo e eficiência

Cada vez mais, o Direito Administrador Sancionador é um ramo do Direito em expansão, tornando-se uma opção do sistema normativo para repressão de ilícitos e conformação de condutas socialmente desejáveis.

Conforme já mencionado, um dos fatores para a administratização do sistema sancionatório é a crise experimentada pelo Direito Penal, motivada por diversos fatores, dentre os quais a incapacidade satisfatória do sistema punitivo penal, a excessiva judicialização (que leva à prescrição de boa parte dos crimes), a morosidade do Poder Judiciário em conferir uma resposta mais eficiente e a dificuldade de apurar e punir o cometimento de crimes. Essa crise do Direito Penal possibilitou a expansão e o crescimento do Direito Administrativo Sancionador como ramo capaz de conferir respostas satisfativas e suprir esse enorme *deficit* repressivo-punitivo do Direito Penal brasileiro.

A flexibilização da legalidade estrita, a possibilidade de aplicação de sanções por autoridade administrativa, maior celeridade dos processos e a responsabilização de pessoas jurídicas são os elementos apontados por Rafaela Canetti como atrativos para que se busque a punição e conformação de condutas mais por meio do Direito Administrativo Sancionador do que pela via do Direito Penal³¹.

³¹ CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de Leniência**: Fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 141.

Outro fator que tem contribuído para a expansão do Direito Administrativo Sancionador é o viés pragmático que se tem empregado nas ferramentas utilizadas neste ramo do Direito, ante a forte preocupação com melhores respostas e mais eficientes do sistema punitivo como um todo.

Isto é, para que o Direito Administrativo Sancionador não se torne obsoleto e ineficiente como o Direito Penal, diversos instrumentos mais pragmáticos têm sido positivados justamente para conferir uma maior eficiência nesse sistema jurídico punitivo. Os fatores produção de resultados, otimização de recursos públicos, respostas mais ágeis e adequadas aos ilícitos têm sido a tônica desse movimento pragmático inserido dentro do Direito Administrativo Sancionador.

O pragmatismo tem acento na realização do princípio da eficiência em toda a atividade administrativa. A Administração Pública deve sempre buscar resultados para as suas atividades, de modo que sua atuação, em qualquer esfera, seja para atingir o interesse público da forma mais eficaz possível. Rafael Carvalho Rezende Oliveira caracteriza o pragmatismo jurídico do seguinte modo:

a) antifundacionalismo: rejeita a existência de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, estáticos e definitivos no direito, imunes às transformações sociais; b) contextualismo: a interpretação jurídica é norteadada por questões práticas e o direito é visto como prática social; e c) consequencialismo: as decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas (olhar para o futuro e não para o passado)³².

De acordo com Rafaela Canetti, o influxo pragmático na função administrativa determina que haja sempre a ponderação da capacidade de produção de resultados pretendidos. Segundo a autora, a escassez de recursos faz com que sejam efetivadas “soluções que imponham os menores custos e ofereçam os resultados mais satisfatórios”³³.

O pragmatismo no Direito Sancionatório permitiria compreender que a sanção é muito mais um instrumento para a obtenção do interesse público do que o simples exercício do *ius puniendi* do Estado por meio de uma atividade impositiva e unilateral. A sanção administrativa deixa de ser concebida apenas como decorrência direta e automática de uma infração administrativa para causar um mal ao infrator, passando-se a prestigiar outras funções na atividade sancionatória, sobretudo a função dissuasória, induzindo comportamentos socialmente desejáveis.

³² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito Administrativo – RDA**. Rio De Janeiro, v. 256, p. 129-163, abr. 2011, p. 132.

³³ *Ibid.*, p. 146.

Afinal, a sanção administrativa deve “desestimular a prática das condutas censuradas ou constranger ao cumprimento das obrigatórias”³⁴. Assim, filiamo-nos ao conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, cuja finalidade do exercício sancionatório não é simplesmente causar um mal e castigar o infrator, mas sim induzir comportamentos, com o fito de disciplinar a vida em sociedade.

Deve-se, então, sempre ser questionada se a atividade administrativa sancionadora atingiu o interesse público de forma mais satisfatória, alcançando um resultado mais eficiente por meio da imposição ou não da sanção administrativa. A via consensual poderá demonstrar que a aplicação automática da sanção pode não atingir a finalidade prevista na norma.

Alice Voronoff menciona que, sob o influxo pragmático, exige-se que o direito administrativo sancionador tenha esse viés dinâmico, com vistas à realização dos fins que condicionam a atividade administrativa sancionatória, destacando que “isto torna exigível a estratégia dissuasória levada a cabo pela Administração Pública seja tanto efetiva quanto proporcional em relação aos seus resultados (...)”³⁵.

Assim, o aspecto pragmático da atividade sancionatória tem correlação direta com o princípio da eficiência. Esse é o modelo de atuação administrativa que a consensualidade busca introduzir. Sobre o tema, transcreve-se as afirmações de Juliana Palma:

Por outro lado, há o viés pragmático da consensualidade, que se relaciona à governança pública e à instrumentalização de seus mecanismos de operacionalização (eficiência). Segundo essa perspectiva, os acordos administrativos consistem em efetivas válvulas de escape a determinadas disfuncionalidades da atuação administrativa típica, de forma que a atuação concertada pela Administração se mostrar mais eficiente no caso concreto quando comparada com os provimentos imperativos e unilaterais. Dessa forma, a técnica de gestão consensual insere-se no estágio mais avançado de participação administrativa, pois incide sobre a própria deliberação pública, mas é fortemente caracterizada pelo pragmatismo, ou seja, pela compreensão dos acordos administrativos como mecanismos instrumentais de satisfação de finalidades públicas (funcionalizado)³⁶.

Inclusive foi o viés pragmático que impulsionou a expansão da consensualidade no Direito Administrativo Sancionador. Verificou-se que as sanções administrativas impostas, gerando multas pecuniárias não adimplidas voluntariamente e infundáveis ações judiciais executivas, não atingiam a finalidade pedagógica e persuasivas necessárias para o bom

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 856.

³⁵ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 111.

³⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros e Sociedade Brasileira de Direito Público, 2015, p. 112.

funcionamento do mecanismo tradicional de comando e controle. Daí o giro pragmático da Administração Pública em busca da consensualidade como forma de viabilizar uma maior conformação de condutas.

A constatação de que as sanções administrativas não estavam cumprindo a sua função social impulsionou a revisão da via tradicional da atividade sancionatória, tornando-se um dos principais fatores para a expansão da consensualidade. O viés pragmático fez com que o Poder Público adotasse, cada vez mais, a consensualidade, compondo um ajustamento de conduta e reparação do dano com o particular, como via alternativa à aplicação direta e automática da sanção.

O princípio da eficiência está inserido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal e deve ser, sempre e na maior medida possível, realizado em todo e qualquer tipo de atividade administrativa. Com a constitucionalização desse princípio com a Reforma Administrativa (institucionalizada por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998), foi necessária a revisão de modelos tradicionais vigentes no Direito Administrativo, baseado em atos unilaterais e estanques típicos do exercício de atividade administrativa imperativa para um modelo mais moderno, pautado pela busca constante da realização do interesse público com o menor dispêndio de recursos públicos e de forma mais eficiente.

A maior parte da doutrina conceitua a eficiência administrativa como *comando de otimização das decisões administrativas*³⁷, na qual o Estado deverá utilizar dos meios mais adequados para atingir uma determinada finalidade pública, aproveitando-se da melhor forma dos recursos escassos.

Nesse sentido, a negociação do acordo de leniência e da delação premiada pressupõe a diminuição da pena proporcionalmente à eficácia dos objetivos de combate aos ilícitos: será menor a sanção imposta ao colaborador quanto mais resultados forem alcançados com a celebração de acordos.

Aliás, a violação do princípio da eficiência era um dos principais fundamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada para questionar a antiga vedação do §1º do art. 17 da LIA (ADI nº 5980). Segundo a petição inicial da ação constitucional, a vedação geraria um duplo prejuízo ao erário público – prejuízo em evitar a judicialização ou impedir que o processo judicial se solucione de forma mais célere, e prejuízo com a demora na reparação do

³⁷ Cf.: MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, p. 128; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, pp. 102-103; GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 21-22; PALMA, Juliana. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 121.

prejuízo sofrido pelos cofres públicos. Ou seja, a proibição de acordos no domínio da improbidade não estaria consonante com o princípio da eficiência, duração razoável do processo e da tutela jurisdicional efetiva, conforme se verifica pela seguinte passagem:

Desse modo, o princípio da eficiência administrativa se relaciona com a produção de resultados da forma mais econômica possível, ou seja, evita-se a má-utilização dos recursos públicos a fim de melhor satisfazer as necessidades e interesses da sociedade.

O art. 17, §1º, da Lei n. 8.429/92, ao vedar qualquer tipo de transação ou acordo, viola frontalmente o princípio da eficiência administrativa em três âmbitos distintos: (i) aumenta os gastos da Administração Pública com processos judiciais que podem ser desnecessários de acordo com o interesse público; (ii) retarda o deslinde de ações de improbidade e, por consequência, o ressarcimento do dano ao erário em casos que poderiam ser objeto de rápida solução através de conciliação, e (iii) proíbe o uso de instrumento investigativo baseado em acordo ou transações³⁸

Nesse sentido também foi o posicionamento de Luciano Ferraz, que considerava a antiga redação da LIA como inconstitucional, uma vez que violava o princípio da eficiência e da economicidade, bem como o preâmbulo e art. 4º, VII, da Constituição Federal, que determina a solução pacífica dos conflitos³⁹.

Contudo, com a revogação da proibição de acordos, a ADIn perdeu o objeto, de modo que deverá ser extinta, sem resolução do mérito. De qualquer forma, a discussão trazida pela ADIn é interessante e auxilia na compreensão sobre a validade dos acordos firmados sob a égide da redação anterior.

O princípio da eficiência exige que o Estado adote formas e políticas públicas capazes de assegurar mecanismos mais eficazes de combate à corrupção e práticas lesivas à Administração Pública. As normas internacionais, em especial a Convenção de Mérida, internalizada por intermédio do Decreto nº 5.687/2006, impõe aos Estados a adoção de medidas não penais mais eficazes e dissuasivas para o combate à corrupção.

Dentre tais medidas está a via consensual como política pública capaz de incrementar a persecução de tais ilícitos, sobretudo pelo incentivo aos particulares em colaborar com o Poder Público.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. Adi nº 5980. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 2 mar. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5512784>. Acesso em: 19 mar. 2020.

³⁹ FERRAZ, Luciano **Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de Leniência, Acordos substitutivos e instrumentos afins)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 174.

Contudo, caso os institutos consensuais não permitam que haja a devida atratividade, espraiando efeitos em outras esferas de responsabilidade, minar-se-á os próprios institutos, tornando-os letras mortas no ordenamento jurídico.

Sob a ótica da eficácia também é necessária a análise do mecanismo tradicional de comando e controle do Estado.

É consenso que o poder de fiscalização e persecução dos ilícitos pelo Poder Público é ineficiente. Um dos maiores problemas do combate à corrupção é exatamente a impunidade e a baixa taxa de punição dos atos de improbidade administrativa.

Somada à incapacidade da máquina estatal, a prática de condutas ilícitas está cada vez mais estruturada e complexa. Existem diversas organizações criminosas com sofisticados meios de corromper agentes públicos, formar cartéis, fraudar o pagamento de tributos, dificultando, ainda mais, ao Poder Público a possibilidade de desvendar e punir tais ilícitos.

Além disso, a falta de recursos públicos para melhora da máquina punitiva torna mais atrativa a celebração de acordo com o particular, permitindo que o sistema punitivo seja acionado, ainda que seja necessária a redução de sanções.

Outro ponto relevante que evidencia a deficiência do modelo tradicional é o baixo grau de cumprimento das sanções impostas no processo sancionatório administrativo ou judicial. Além de ter o trâmite judicial demorado, principalmente para o cumprimento da sanção imposta na sentença condenatória da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, muitas vezes as sanções impostas pelo Poder Judiciário não são cumpridas ou não possui mais efeito prático ou simbólico.

Em outras palavras, após anos de tramitação da ação civil de improbidade administrativa, nada adiantaria a suspensão de direitos políticos para o agente público que já se afastou da função pública, ou a perda do cargo para o servidor condenado que até já se aposentou. Infelizmente, a longa tramitação de uma ação de improbidade acarreta na perda da capacidade das sanções impostas efetivamente cumprirem a sua função social.

Ou seja, pelo sistema então vigente, baseado sobretudo na Lei nº 8.429/92, a aplicação e o cumprimento das sanções são impostos aos que praticaram alguma conduta ímproba, ou estão muito distanciadas no tempo da prática da conduta ímproba, perdendo o seu simbolismo da repreensão, ou não são efetivamente cumpridas. As pesquisas do cumprimento das sentenças nas ações civis de improbidade administrativa evidenciam a baixa efetividade das sentenças condenatórias⁴⁰.

⁴⁰ Nesse sentido está a pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça em 2015. Destaca-se uma das conclusões da pesquisa: “Em termos de efetividade da decisão, com o ressarcimento dos danos causados,

Logo, sob o enfoque da extrema deficiência do sistema de comando e controle, a via consensual, permitindo o conhecimento do ilícito, a sua comprovação e a aplicação de alguma sanção, tem a possibilidade de tornar o sistema punitivo muito mais eficaz que o sistema tradicional de aplicação de sanção. Isto é, o colaborador, ao fornecer informações e documentos sobre os ilícitos, acaba por auxiliar na elucidação do ilícito, evitando gastos públicos na atividade de investigação e persecução do ilícito. Além de permitir avanços na persecução dos ilícitos, a colaboração do particular é muito mais barata para o Poder Público do que acionar o aparato investigativo do Estado para elucidar o ilícito.

Dessa forma, a via consensual, via colaboração do particular, permitindo que a Administração Pública conheça os ilícitos e seus autores, possibilitando a sua punição, pode significar um ganho mais representativo na persecução desses ilícitos, permitindo a concretização do interesse público e do princípio da eficiência, quiçá gerando a redução da impunidade. Por outro lado, os acordos que permitem a adequação de condutas e/ou o ressarcimento ao erário e/ou o cumprimento imediato de sanções também são mecanismos para imprimir uma resposta do sistema à conduta ímproba, permitindo uma maior eficiência do sistema constitucional de responsabilização.

A opção consensual é uma forma mais prática e utilitarista de se compreender o sistema punitivo brasileiro. É nesse contexto que a via consensual envolvendo a prática de atos de improbidade administrativa, seja via a colaboração dos particulares, que fornecem informações e provas, seja acordos para ressarcimento de prejuízos ao erário e cessação de condutas em compensação com a redução de suas penas, pode gerar esse ganho de eficiência almejado pelo sistema punitivo.

Com efeito, ao celebrar um acordo com a imediata devolução do dano aos cofres públicos, evita-se que o Estado tenha que aguardar o trânsito em julgado da ação civil pública para que se recomponha os danos ao erário. Inegável, portanto, a celeridade de tal via em comparação com a via tradicional.

Frisa-se que, para nós, a possibilidade de ressarcimento “imediato” dos danos aos cofres públicos é uma das formas de maior garantir o interesse público e reduzir a impunidade,

verificou-se grave falha no sistema processual. Mesmo após longa tramitação, raras foram as ações nas quais se verificou uma efetiva atuação no sentido de obter a reparação dos danos. 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” (GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel et al. (coord.). **Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade**. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 2015. p. 85. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/0c9f103a34c38f5b1e8f086ee100809d.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2020).

afinal, um dos problemas enfrentados no combate à corrupção é justamente o ressarcimento ao erário.

Além desses pontos levantados, a utilização da via consensual também auxiliará no combate aos ilícitos como um todo, já que a redução de ações judiciais por atos de improbidade administrativa em trâmite no Poder Judiciário e a concentração apenas dos processos em que não seja possível a celebração de acordo poderão dar uma maior agilidade para as ações judiciais⁴¹.

⁴¹ Nesse sentido estão as ponderações de Miranda: “Com efeito, como já observado, em diversas situações a atuação do Ministério Público se mostrará mais eficiente quando buscar soluções consensuais para determinados atos de improbidade, apresentando respostas mais rápidas e adequadas aos interesses da coletividade e, portanto, ao interesse público. Além do que, a incorporação desse modelo consensual de atuação permite aos órgãos de execução do Ministério Público dirigirem suas baterias processuais para casos mais graves e difíceis, nos quais a solução consensual não se mostra adequada, contribuindo, assim, para uma maior eficiência no enfrentamento dos atos de improbidade administrativa”. (MIRANDA. Gustavo Senna. Há possibilidade de Termo de Ajustamento de Conduta em relação aos atos de improbidade administrativa? Decifrando o enigma da esfinge. **Revista do Parquet em Foco – Escola Superior do Ministério Público de Goiás**, v. 2, n. 2, jan/abr. 2018, p. 19)

5. CONSENSUALIDADE NO DOMÍNIO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

5.1 Improbidade Administrativa como sistema de responsabilização

O sistema de responsabilização por ato de improbidade administrativa decorre diretamente do mandamento constitucional estabelecido no § 4º do art. 37, inaugurando um sistema singular dentro do Direito Administrativo Sancionador.

José Roberto Pimenta Oliveira aponta que, por meio do comando constitucional, foi estruturado um verdadeiro sistema de responsabilização, inovando o sistema sancionatório até então existente, com elementos centrais para a sua configuração: tutela do bem jurídico da probidade administrativa por meio da delimitação de ilícitos, das consequências jurídicas, dos bens jurídicos protegidos e do processo estatal impositivo. Formou-se, então, um sistema independente das categorias tradicionais de responsabilidade (penal, civil e administrativa), com a capacidade de tutelar o bem jurídico da probidade na Administração Pública¹.

Conforme anteriormente mencionado, a Constituição Federal é bastante inovadora nesse sentido, e trouxe para o ordenamento jurídico a necessidade de estabelecer severas e rigorosas punições para aqueles que agirem de forma desleal, desonesta e sem o devido zelo em detrimento da Administração Pública e do patrimônio público. Houve a nítida preocupação do constituinte em promover uma nova forma de lisura na Administração Pública por meio de um domínio punitivo sancionatório singular.

Do preceito constitucional citado extrai-se que a Constituição Federal fixou como bem jurídico fundamental da República a probidade administrativa, impondo ao legislador a estruturação de um regime sancionatório necessário à adequada tutela deste bem jurídico².

O § 4º do art. 37 da Constituição Federal também delega ao legislador ordinário a competência para a definição de quais atos poderão ser classificados como atos de improbidade administrativa que implicarão a aplicação das sanções previstas no dispositivo constitucional, deixando uma ampla liberdade ao legislador para a conformação do sistema sancionatório, desde que observe o sistema punitivo constitucionalmente estabelecido, com a indicação da aplicação das rigorosas sanções àqueles que violarem tal bem jurídico.

¹ 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, Reginal Tamami (Coord.). **Carreiras típicas de Estado**. Desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 193-194.

² Ver capítulo 1.

Do comando constitucional foi editada a Lei Geral de Improbidade Administrativa (LGIA)³, em 1992, instituindo um verdadeiro código de conduta aos agentes públicos. Há três grandes matrizes para a tipificação da improbidade administrativa: atos que importem em enriquecimento ilícito, atos que causem dano ao erário e atos que atentem contra os princípios que regem a Administração Pública.

As hipóteses elencadas pela LGIA são bastante abrangentes. A Lei utiliza conceitos jurídicos abertos e indeterminados justamente para possibilitar uma casuística do caso concreto, já que é impossível tipificar todos os atos que causem ofensa à probidade administrativa⁴.

A *mens legis* desta lei foi reprimir as condutas ímprobas praticadas por agentes públicos. Caso outra pessoa (física ou jurídica, que não se enquadre no conceito de agente público) induza, concorra para a prática do ato de improbidade ou para dela se beneficiar, poderá sofrer o sancionamento previsto no art. 12 da referida lei, enquadrando-se como terceiro, ao qual se refere o art. 3º da LGIA⁵.

Cumprindo observar que a Constituição Federal não buscou a tutela da probidade administrativa tão somente com a punição de agentes públicos, embora a sanção da perda da função, prevista constitucionalmente no § 4º do art. 37, somente possa ser aplicada àquele que possui cargo ou função pública. O mandamento constitucional, como visto no capítulo 1, estabeleceu um direito fundamental a um governo honesto e íntegro, abrangendo todos aqueles que possuam relação jurídica com a Administração Pública, tenham ou não relação de sujeição especial com o Poder Público.

³ Em nosso texto, optamos por esta nomenclatura em detrimento de Lei de Improbidade Administrativa (LIA), seguindo o conceito dado por José Roberto Pimenta Oliveira (**Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009). No entanto, em algumas citações de diferentes autores se prefere LIA. Assim, nas citações em que houver LIA, lê-se LGIA.

⁴ De acordo com Carolina Yumi de Souza, a Constituição deu um comando aberto para o legislador, resultando na tipificação genérica dos tipos de improbidade administrativa na Lei nº 8.429/92, o que “agigantou o âmbito de aplicação da LIA e da discricionariedade dos atores do sistema anticorrupção, acarretando a possibilidade de aplicação de sanções às mais diversas condutas, independentemente da diferença da gravidade entre elas” (SOUZA, Carolina Yumi. Sistema Anticorrupção, improbidade administrativa e o papel da Advocacia-Geral da União. In: HIROSE, Reginal Tamami (Coord.). **Carreiras típicas de Estado**. Desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 109-110).

⁵ Sobre o sancionamento do terceiro, estão as ponderações de Marino Pazzaglini Filho: “Portanto, a participação de terceiro, previamente convencionada com agente público para a prática por este de ato de improbidade administrativa, auferindo ou não vantagem ilícita desse decorrente, ou mesmo sem concerto prévio, mas valendo-se indevidamente de ato ímprobo executado, ciente da improbidade administrativa e da ilicitude do benefício por ele auferido, configura ato de improbidade administrativa impróprio, e o terceiro, que assim agir, consequentemente está sujeito a todas as sanções previstas na LIA, menos, é óbvio, à perda da função pública, caso não seja também agente público. É inviável a propositura de ação civil de improbidade administrativa exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda” (PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**. Aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 14).

Não há motivos, portanto, para restringir o alcance do § 4º do art. 37 da Constituição Federal apenas às condutas de agentes públicos, sob pena de realizar uma interpretação restritiva inconstitucional. Justamente porque a incidência do mencionado dispositivo constitucional é bastante ampla e deve alcançar qualquer forma de relação público-privada, foram editadas diversas leis esparsas para coibir condutas lesivas ao Poder Público. Dentre estas, a Lei nº 12.846/2013, cujo objetivo é punir objetivamente as pessoas jurídicas que cometam algum ato lesivo à Administração Pública nacional ou estrangeira.

Assim, consoante o pensamento de José Roberto Pimenta Oliveira, o fundamento constitucional da Lei da Improbidade da Pessoa Jurídica também é o § 4º do art. 37 da Constituição Federal, uma vez que o dispositivo constitucional não traz distinção entre os sujeitos passíveis de punição por atos de improbidade administrativa⁶, conferindo ao Legislador ordinário editar as leis que tipifiquem as condutas qualificáveis como ímprobas, bem como os sujeitos passíveis de sancionamento por este domínio punitivo.

Daí o motivo pelo qual é possível concluir que a Lei nº 12.846/2013 está inserida no mesmo domínio que a Lei Geral de Improbidade Administrativa, de modo que devem ser aplicadas de forma conjunta, e não excludentes, por meio de uma interpretação dessas normas que instruem o domínio da improbidade administrativa.

Assim, o objeto do presente estudo é identificar a consensualidade dentro do domínio da improbidade administrativa, verificando quais acordos são admissíveis, bem como o conteúdo e alcance da nova redação do § 1º e 10-A do art. 17 da Lei nº 8.429/92.

⁶ Conclusão extraída do pensamento de José Roberto Pimenta Oliveira, que assim afirma: “Torna-se importante registrar que o fundamento constitucional da Lei nº 12.846 – qual seja, o art. 37, § 4º, da Constituição Federal – não faz nenhuma restrição à modalidade de responsabilização que deve estruturar a punição dos atos de improbidade administrativa, admitindo, implicitamente liberdade de conformação legislativa na matéria” (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2º. *op. cit.*, p. 45). Em outra oportunidade, o mesmo autor assevera: “De todo modo, mesmo sem reformas legislativas, certo é que se avançou na consolidação do sistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa, fundado no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, como sistema geral e autônomo no âmbito do direito punitivo estatal. Com efeito, o tipo constitucional não faz nenhuma restrição do âmbito pessoal de aplicação, possibilitando abarcar quaisquer agentes públicos e privados (pessoas físicas e jurídicas), envolvidas nos fatos ilícitos (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, Reginal Tamami (Coord.). **Carreiras típicas de Estado**. Desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 193).

5.2 Lei Geral de Improbidade Administrativa e Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas

A Lei Geral de Improbidade Administrativa e a Lei de Improbidade de Pessoas Jurídica são as leis mais relevantes do domínio da improbidade administrativa, sendo as responsáveis pela implementação de uma política pública de combate à corrupção. Porém, conforme já mencionado, não são as únicas que têm como objeto a tutela da probidade administrativa, mas são as principais leis que formam o microsistema de tutela da improbidade administrativa, objeto do nosso estudo.

Com efeito, a Constituição Federal inaugurou um sistema singular de responsabilidade daquele que atentar contra a Administração Pública, estabelecendo um rigoroso sistema punitivo para os ilícitos que possam ser tipificados como ímprobos. Porém, a imposição das sanções especificadas na Carta Magna necessita de leis para serem aplicadas, tratando-se de uma norma constitucional de conteúdo limitado.

Com a edição da Lei nº 8.429/1992, possibilitou-se o sancionamento de agentes públicos e terceiros copartícipes ou beneficiários da prática da conduta tipificada como improbidade administrativa, tendo a lei identificado quais os atos que poderiam ser qualificados como atos de improbidade administrativa (art. 9º, 10º, 11 da LGIA), quais as penas que serão aplicadas e sua respectiva gradação (art. 12), o procedimento administrativo e o processo judicial a ser observado (art. 14 ao art. 18).

Conforme já mencionado anteriormente, a Lei Geral de Improbidade Administrativa não tem como objetivo punir o administrador público inábil ou inexperiente. Pelo contrário, o pesado sancionamento da lei apenas se justifica se for verificada uma conduta desonesta, desleal e incompatível com o trato da coisa pública, ou também a falta de zelo com a gestão pública que cause danos ao erário⁷.

A responsabilização por atos de improbidade pela LGIA é subjetiva, devendo ser demonstrado o elemento subjetivo. A maior parte das condutas tipificadas em lei necessita do dolo para a sua reprovação. Apenas às hipóteses de dano ao erário serão permitidas a responsabilização por culpa⁸.

⁷ Ver capítulo 1.

⁸ “É inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei nº 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Improbidade Administrativa- I. Brasília, **Jurisprudência em tese**, 38ª ed., 05 ago. 2015. Disponível em:

A tipificação da conduta ímproba não se relaciona diretamente à efetiva lesão ao patrimônio público, a não ser pela tipificação baseada no art. 10, o qual pressupõe o dano ou a tentativa de dano. Nas demais condutas, tal fato independe do prejuízo aos cofres públicos para que haja o sancionamento pela lei (art. 21, I, LGIA).

A Constituição Federal fixou como sanção decorrente da improbidade administrativa a suspensão de direitos políticos e a perda da função pública. Para nós, o ressarcimento ao erário não é sanção, mas sim responsabilização civil, conforme será abordado no capítulo seguinte; e a indisponibilidade de bens tampouco é sanção, mas medida cautelar para assegurar o resultado útil de um processo judicial⁹.

A multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, foram sanções introduzidas pela Lei Geral de Improbidade Administrativa. Tal alargamento das sanções já anunciadas no comando constitucional é compatível com o § 4º do art. 37 da Constituição Federal, que é uma norma constitucional de eficácia limitada, conferindo ao legislador a possibilidade da edição de outras sanções.

Nesse sentido está o posicionamento de Walber de Moura Agra, o qual afirma que não há qualquer inconstitucionalidade da lei especial em inserir sanção não contida no § 4º do art. 37 da Constituição Federal, “haja vista que ele não proibiu, de forma expressa ou implícita, a adição de novas formas punitivas, obviamente obedecendo às garantias constitucionais e ao princípio da proporcionalidade”¹⁰. Emerson Garcia também salienta a constitucionalidade do art. 12, asseverando: “o art. 37, § 4º, da Constituição prevê sanções que deveriam ser necessariamente disciplinadas pelo legislador, o que não importou em qualquer limitação ao seu poder discricionário na cominação de outras mais”¹¹.

Outro ponto que merece destaque é que a Lei nº 8.429/92 delegou ao julgador da causa a dosimetria das sanções, de modo que inexistente dever de cumulação de todas as sanções especificadas pela LGIA, em previsão expressa do art. 12, *caput* da Lei nº 8.429/92. O juiz, no caso concreto, deverá avaliar a conduta qualificável como improbidade administrativa, a gravidade para o bem jurídico tutelado, o *animus* do autor da conduta (dolosa ou culposa), bem

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDICAO+N.+38%3AIMPROBIDADE+ADMINISTRATIVA+-+I>. Acesso em: 02 mar. 2020).

⁹ No mesmo sentido está o posicionamento de GARCIA, Emerson; ALVES, Rogerio Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 616.

¹⁰ AGRA, Walber de Moura. **Comentários sobre a lei de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 173-174.

¹¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogerio Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 617.

como a extensão do dano causado e o proveito econômico obtido pelo requerido (art. 12, *caput* e parágrafo único da Lei nº 8.429/1992) no momento da fixação das sanções, devendo se balizar pela proporcionalidade e razoabilidade¹².

Cumpra já observar que a Lei Geral da Improbidade Administrativa introduziu a possibilidade de mitigação das penas previstas no art. 12, a depender da extensão do dano produzido por uma conduta ímproba, bem como o proveito patrimonial obtido pelo infrator. Assim, é possível, então, concluir que a condenação de todas as sanções previstas na Lei Geral da Improbidade Administrativa não é obrigatória. Isto é, a própria lei que tutela a probidade administrativa admite a sua valoração (ensejando a não cumulatividade) nas hipóteses legais previstas no mencionado dispositivo. Essa maleabilidade da própria legislação é um dos fundamentos legais que embasarão a possibilidade de isenção ou redução das sanções da Lei de Improbidade em razão da celebração de um acordo, conforme será explorado no capítulo 6.

A sanção da perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos apenas podem ser impostas com o trânsito em julgado (art. 20, Lei nº 8.429/92). Porém, é admissível o afastamento cautelar do agente público, bem como a adoção de outras medidas cautelares, como a indisponibilidade de bens, quebra de sigilo fiscal, bancário e telefônico ou a produção de outras provas.

¹² Nesse sentido estão as ponderações de Marino Pazzaglini Filho: “Deduz-se desses princípios que a imposição de sanções elencadas para os atos de improbidade administrativa deve ser razoável, isto é, adequada, sensata, coerente em relação ao ato ímprobo cometido pelo agente público e suas circunstâncias, e proporcional, ou seja, compatível, apropriada, pertinente com a gravidade e a extensão do dano causado por ele” (PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**. Aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 174).

A partir da vigência da Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas, também denominada como Lei da Probidade Administrativa Empresarial¹³ ou Lei Anticorrupção¹⁴, inaugurou uma nova forma de responsabilização da pessoa jurídica que se relaciona com a Administração Pública, na linha do apontado por José Roberto Pimenta Oliveira¹⁵, de modo que é possível afirmar que não existia um vácuo para a responsabilização da pessoa jurídica no domínio da improbidade administrativa, pois esta poderia ser responsabilizada como terceira beneficiária do ato ímprobo, nos termos do art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa, além da responsabilização por fraude em licitações e contratos administrativos (disciplinado pela Lei nº 8.666/93) e por meio do controle externo do Tribunal de Contas (com fundamento no art. 70 e 71 da Constituição Federal). A pessoa jurídica também respondia em outras esferas de responsabilidade, como no sistema de responsabilização por infração à ordem econômica (disciplinada pela Lei nº 12.529/2011), por lavagem de dinheiro (disciplinado pela Lei nº 9.613/98), por infrações financeiras (disciplinada pela Lei nº 4.595/64), dentre outros.

¹³ Maurício Zockun é um dos autores que denominam a Lei nº 12.846/2013 de Lei de Probidade Empresarial, apontando que a referida lei não se trata de uma Lei Anticorrupção, pois não existiria um conceito jurídico de corrupção, de modo que seria um equívoco designá-la de tal maneira (ZOCKUN, Maurício. Comentários ao art. 1º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 16). De igual modo, Maurício Zockun destaca: “Daí ser manifestamente equivocado designar a Lei Federal nº 12.846 como “Lei anticorrupção”. Este rótulo apequena o real conteúdo, sentido e alcance da lei em comento; é rótulo divorciado da substância da lei, ainda que seja bastante sonoro, especialmente aos ouvidos dos leigos. Em rigor, a lei em apreço exige que as pessoas jurídicas se relacionem com o Poder público de modo reto e lhanho, na amplitude e limitações por elas fixadas. Trata-se, em rigor, de uma “Lei de proibidade administrativa empresarial” e não de uma “Lei anticorrupção”, ainda que este último rótulo já seja empregado de forma corrente e equivocada, pois inexistente um conceito jurídico de corrupção, como acertadamente observam Emerson Gabardo e Gabriel Morettini e Castella. 4 Em que pese o fundado equívoco desta designação, referimo-nos à Lei federal 12.846, de 2013, como Lei anticorrupção. E assim fazemos para facilitar o discurso e a compreensão do objeto referido, evitando-se uma batalha logomáquica destituída de fundado propósito material”. (ZOCKUN, Maurício. Aspectos gerais da Lei Anticorrupção. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro Azevedo; FREIRE, Andre Luiz (Coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP- NUNES JR, Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz. Tomo 2: Direito Administrativo e Constitucional**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/aspectos-gerais-da-lei-anticorruptao_58edc42a2f779.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020. Luciano Ferraz também é outro autor que denomina a LAC de lei de improbidade empresarial, considerando equivocada a alcunha de lei anticorrupção (FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de Leniência, Acordos substitutivos e instrumentos afins)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 155). Márcio de Aguiar Ribeiro também a denomina como Anticorrupção Empresarial (RIBEIRO, Márcio Aguiar. **Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017).

¹⁴ ZIMMER, Aloísio. Lei Anticorrupção - Lei 12.846/2013. In: NOHARA, Irene Patrícia; MOTTA, Fabrício; PRAXADES, Marco (Coord.). **Coleção Soluções de Direito Administrativo. Leis Comentadas. Série I - Administração Pública**. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019; HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei Anticorrupção - Lei nº 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2015; CASTRO, Leonardo Bellini de. **Lei Anticorrupção. Impactos Sistêmicos e transversais**. São Paulo: Jhmizuno 2019.

¹⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. **Lei Anticorrupção comentada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 24.

O que a Lei Anticorrupção inova e permite um avanço no domínio da probidade administrativa é a responsabilização autônoma e objetiva da pessoa jurídica, de forma independente da responsabilização do agente público que praticou o ato de improbidade administrativa, assim como amplia a tutela do bem jurídico para abranger a pessoa jurídica estrangeira¹⁶.

Isto é, com relação ao regime punitivo ao qual se refere o § 4º do art. 37 da Constituição Federal, antes da vigência da LIPJ, a pessoa jurídica apenas poderia ser responsabilizada caso fosse beneficiária ou de algum modo favorecida com a conduta ímproba de algum agente público, figurando como terceira beneficiária a que se refere a Lei Geral de Improbidade Administrativa. Não havia a possibilidade de aplicação das sanções referidas no dispositivo constitucional tão somente em face da pessoa jurídica sem algum agente público em uma ação de improbidade administrativa.

O avanço nesse sentido é de grande relevância no combate aos ilícitos administrativos, afinal, não apenas agentes públicos podem cometer atos lesivos contra Administração Pública, sendo inúmeros os casos em que é praticada alguma conduta ilícita sem a participação de qualquer agente público. Ademais, as organizações criminosas estão cada vez mais complexas e articuladas, tornando a prática da corrupção cada vez mais rebuscada, de modo que é necessário que o sistema jurídico acompanhe a complexidade de tais ilícitos, permitindo a adequada repressão e prevenção destes ilícitos.

Também nesse sentido, a lei cria um critério objetivo geral de imputação da pessoa jurídica, que dispensa a necessidade de dupla punição (pessoa jurídica e pessoas físicas envolvidas na conduta tipificada). Basta que a pessoa jurídica pratique um dos atos lesivos previstos no art. 5º da LIPJ, beneficiando-se de tal prática, para ser responsabilizada pelas sanções ali previstas, independentemente da comprovação do dolo ou culpa.

Por se tratar de norma de direito administrativo sancionador, não se aplica às normas de direito penal¹⁷ Aloíso Zimmer aponta que o legislador se utilizou do Direito

¹⁶ José Roberto Pimenta Oliveira aponta que, além da ampliação da tutela do bem jurídico (ao incluir Administração Pública estrangeira), a LIPJ inova no quesito do ilícito ao prever novas hipóteses de atos ímprobos (sem a participação de agente público); no que se relaciona às sanções, ao estabelecer nova modalidade de sanção, com conteúdo diverso do estabelecido na LIA; no processo, ao criar uma fase extrajudicial na apuração de ilícitos, com a possibilidade de aplicação de sanção (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Comentários ao art. 2º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. Lei Anticorrupção comentada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 37-38).

¹⁷ Nesse sentido está o posicionamento de Juliano Hein: “Aliás, a submissão de certas condutas a um regime de sancionamento penal ou administrativo fica a cargo da discricionariedade do legislador que, no caso, optou por um regime de expiação administrativa. Logo, não se estabeleceu aqui mais uma possibilidade de condenação penal da pessoa jurídica (HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 37). Em sentido contrário está o posicionamento de Luciano Ferraz, baseando-se na premissa de

Administrativo Sancionador para superar os empecilhos da responsabilização criminal de pessoas jurídicas. Para esse autor, a Constituição Federal restringiu a responsabilização penal de pessoas jurídicas à hipótese do § 3º do art. 225 da Constituição Federal aos crimes ambientais. Nesse ponto, a LIPJ “tem o potencial para promover resultados mais efetivos para os fins a que a lei se propõe”. Ele cita que a Exposição de Motivos do Projeto de Lei da Câmara nº 6.826/2010 também está no sentido de concluir que a responsabilização civil é a forma mais célere e mais efetiva na repressão de pessoas jurídicas envolvidas nos atos de corrupção¹⁸.

A tipologia prevista na Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas é bem aberta e abarca toda a espécie de condutas antijurídicas com a Administração Pública, como influenciar ou corromper agentes públicos, subvencionar a prática de atos ilícitos tipificados na lei, fraudar licitação ou contratos, dificultar atividades de investigação e fiscalização, dentre outras condutas, para favorecer ou beneficiar de alguma forma a pessoa jurídica ou terceiros.

Dentre outras inovações relevantes da Lei está a possibilidade de responsabilização objetiva da pessoa jurídica (sendo, portanto, independente da vontade delitiva da pessoa física que comete o ato ilícito em nome ou benefício da pessoa jurídica), a tutela da Administração Pública estrangeira e a possibilidade de celebração de acordo de leniência¹⁹.

Além de avançar no sistema de responsabilização, a LIPJ é também bastante relevante no que se refere a dar cumprimento aos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e que exigiam a responsabilização da pessoa jurídica que agisse em detrimento da Administração Pública, de forma autônoma.

Outro ponto relevante da lei mencionada é a indução de mudança de comportamento das pessoas jurídicas que possuem algum tipo de relacionamento com o Poder

que o direito administrativo sancionador, por pertencer ao poder punitivo do Estado, deve ser interpretado pelos princípios básicos do direito penal, os quais, em razão da severidade, são mais benéficos aos cidadãos (FERRAZ, Luciano **Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de Leniência, Acordos substitutivos e instrumentos afins)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 147). Modesto Carvalhosa afirma que a LIPJ tem natureza penal, de modo que devem ser observadas as garantias do processo penal, uma vez que “as condutas ilícitas tipificadas e os seus efeitos delituosos têm substância penal, na medida em que se justapõem na esfera penal propriamente penal” (CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 33).

¹⁸ ZIMMER, Aloísio. Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013. In: NOHARA, Irene Patrícia; MOTTA, Fabrício; PRAXADES, Marco (Coord.). **Coleção Soluções de Direito Administrativo. Leis Comentadas. Série I-Administração Pública**. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 70-72.

¹⁹ A responsabilização objetiva da pessoa jurídica prevista na LIPJ é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.261, proposta pelo Partido Social Liberal, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, ainda não julgada. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5261**. Rel. Ministro Marco Aurélio, última publicação 1.8.2016. STF, Brasília, 1º ago. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4730342>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

Público. Existe uma tentativa da nova legislação de alterar a cultura de favorecimento e destrato com a coisa pública, tornando o relacionamento público-privado mais íntegro e menos suscetível aos nefastos desvirtuamentos, tão comuns na cultura brasileira. Busca-se, assim, um novo ciclo cultural da relação com a Administração Pública, com a clara tentativa de implementar uma cultura de integridade das empresas que possuam relacionamento com o Poder Público.

Um novo modelo de relações público-privada também tem como escopo conferir efetividade à função social da empresa que se relaciona com o Poder Público. Com efeito, a pessoa jurídica que age em detrimento da Administração Pública não observa a função social para a qual foi constituída. Por isso mesmo, a LIPJ possibilita até a dissolução da pessoa jurídica que tem como atividade primordial praticar atos lesivos contra o Poder Público.

Neste contexto, a lei incentiva a adoção de programas de integridade²⁰, justamente para que a própria pessoa jurídica possa prevenir e detectar a prática de ilícitos. O *compliance* será fator de redução na aplicação de sanções quando da dosimetria da pena (art. 7º, VIII da Lei nº 12.846/2013), servindo como um grande estímulo para que as próprias empresas possam ter mecanismos de fiscalização de suas atividades, empregados e empresas com quem se relacionam.

Essa mudança cultural também vem acompanhada de uma clara tentativa de reduzir os incentivos econômicos para as pessoas jurídicas que se comportem em desacordo com a probidade administrativa. A lei introduz severas penas econômicas para as pessoas jurídicas que praticarem atos lesivos à Administração Pública, incluindo multa sobre o faturamento bruto da empresa e até sua dissolução compulsória²¹.

²⁰ Segundo Ana Júlia Andrade Vaz de Lima, o programa de *compliance*, que não possui exata tradução ao português, foi importado ao ordenamento pátrio como programa de integridade e significa “a reafirmação e a disseminação da ética nas atividades da pessoa jurídica, por meio de instrumentos que visam à detecção, prevenção e remediação de atos antiéticos e/ou que violem a Administração Pública, nacional ou estrangeira”. Este serviria para mitigar atos que ferem compromissos éticos da empresa, reduzir a sanção e para cumprimento do acordo de leniência (LIMA, Ana Júlia Andrade Vaz de. Programa de compliance no Direito Administrativo Sancionador. *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. 450).

²¹ Para Maurício Zockun e Gabriel Morettini e Castela, o *Compliance* da LIPJ é um instrumento na busca da Administração Pública por inserido por influência dos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil. Segundo os autores, a “evolução da ética negocial” teria despertado a necessidade de adoção de medidas concretas no combate à corrupção dentro das próprias corporações, de modo a trocar “a instabilidade produzida pela corrupção em sentido lato, tendo em vista as consequências pelo cometimento do ato, pela segurança jurídica com a prática das medidas de integridade” (ZOCKUN, Mauricio; CASTELLA, Gabriel Morettini. 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 Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 425).

Márcio de Aguiar Ribeiro afirma que a adoção do *compliance* no combate à corrupção foi fruto da política internacional de combate à corrupção, pressionando os países-membros para internalização de normas que obrigassem o setor privado a participar proativamente na prevenção de práticas nocivas ao Estado²².

Segundo Rafaela Canneti, a LIPJ criou um “sistema de incentivos que aumentam os custos da realização de transações corruptas pelas pessoas jurídicas”, dissuadindo as empresas a uma mudança de cultura e prevenção, por meio do controle interno realizado pelos programas de integridade²³.

A Lei também introduziu um sistema singular de responsabilização da improbidade administrativa, inserindo uma competência sancionatória estatal sucessiva, iniciando com a responsabilização administrativa para, após, a responsabilização judicial por meio de uma ação civil pública. Na ausência da responsabilização administrativa, a lei admite que a autoridade judicial aplique tanto as sanções que poderiam ser aplicadas no âmbito administrativo como as sanções que seriam aplicadas no âmbito judicial, cabendo ao Ministério Público suprir a omissão da autoridade administrativa competente (art. 20, LIPJ). Ou seja, há possibilidade de intersecção entre a responsabilização administrativa e judicial.

As penas mais gravosas previstas em lei no art. 19 da LIPJ (perdimento de bens ou vantagens econômicas, suspensão ou interdição de atividades, dissolução compulsória da empresa, proibição de receber incentivos, subsídios, doações ou empréstimos de entidades públicas) só podem ser aplicadas pelo Poder Judiciário, após o ajuizamento de uma ação civil pública para tal finalidade. Márcio de Aguiar Ribeiro pontua que as sanções que podem ser aplicadas pela própria Administração Pública no bojo do processo administrativo de responsabilização possuem tanto uma índole patrimonial (multa) ou extrapatrimonial (publicação extraordinária da decisão condenatória)²⁴.

Como na ação civil pública por ato de improbidade administrativa, a ação civil pública da LIPJ somente poderá ser ajuizada pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica lesada.

Por fim, por intermédio da Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas, foi inserida expressamente, pela primeira vez, a possibilidade de acordo envolvendo atos de improbidade

²² RIBEIRO, Márcio Aguiar. **Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 200-206.

²³ CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de Leniência: Fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 190.

²⁴ RIBEIRO, Márcio Aguiar. **Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 183.

administrativa. Até então, no Direito Administrativo Sancionador, apenas os ilícitos relacionados à defesa da concorrência previstos na Lei nº 12.529/2011 admitiam acordos de leniência ou compromissos de cessação de conduta. Inclusive, diversas são as semelhanças entre as Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas e a Lei de Defesa da Concorrência, tendo esta última, por sua experiência bem-sucedida no CADE, inspirado a LAC.

Com o cotejo entre a Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas e a Lei da Improbidade Administrativa é possível verificar inúmeros pontos de intersecção das normas²⁵, sendo relevante que estas sejam aplicadas de forma harmoniosa.

Apenas quando se tratar de ato lesivo à Administração Pública estrangeira ou quando não houver envolvimento de agente público será possível a aplicação apenas da Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas. Nas demais hipóteses, em regra, a pessoa jurídica que praticar algum ato tipificado no art. 5º da Lei nº 12.846/2013 também responderá pelos atos com base na Lei nº 8.429/1992²⁶.

Isto é, salvo algumas exceções, há uma coincidência na tipificação da Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas e na Lei de Improbidade Administrativa, de modo que praticamente todas as condutas tipificadas na LIPJ também o são na Lei nº 8.429/92. Por isso, será necessária a compatibilização de tais normas²⁷.

Nos filiamos à corrente que considera que a Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas e a Lei de Improbidade Administrativa estão no mesmo domínio da tutela da probidade administrativa. Não são leis conflitantes ou concorrentes, mas integram o mesmo domínio de proteção da probidade administrativa e, por tal razão, devem ser aplicadas conjuntamente, evitando-se contradições e punição em excesso.

Nesse diapasão, concordamos com o posicionamento de José Roberto Pimenta Oliveira, o qual assevera que a LIPJ merece uma interpretação conforme a Constituição Federal para que cumpra devidamente a sua finalidade dentro do ordenamento jurídico, sob pena de impedir os avanços no combate à corrupção. Assim sendo, a conjugação de ambas as leis permite concluir que a LIPJ revogou a estrutura de responsabilidade subjetiva da pessoa jurídica prevista na LGIA, a multa civil da LGIA ao estabelecer idêntica sanção e o perdimento de bens

²⁵ Sobre o tema de intersecção entre a LGIA e LIPJ no que se refere à pessoa jurídica, ver SANTOS, Kleber Bispo dos. **Acordo de leniência na lei de improbidade administrativa e na lei anticorrupção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 47-51.

²⁶ *Ibid.*, p. 49.

²⁷ Kleber Bispo dos Santos ressalta os dispositivos que se sobrepõem nas duas legislações “art. 5º, *caput* da Lei nº 12.846/2013 com art. 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, art. 5º, inciso I da Lei nº 12.846/2013 com o art. 9º, inciso I, da Lei nº 8.429/92 e o art. 5º, inciso IV da Lei nº 12.846/2013 com o art. 10, inciso VIII da Lei nº 8.429/92; os pontos de intersecção não se esgotam na tipificação”. (*Ibid.*, p. 50).

ao especificar de forma mais específica deste tipo de sanção, impedindo que haja punição em duplicidade. Além disso, a lei introduziu novas sanções administrativas aplicáveis às pessoas jurídicas; novos critérios para dosimetria da pena, sobretudo inovando em relação à atenuante da preexistência de programa de integridade; instituiu um novo regramento para prescrição da pretensão punitiva das pessoas jurídicas, bem como revogou a antiga redação do § 1º do art. 17 da LGIA, autorizando a celebração do acordo de leniência no domínio da improbidade administrativa²⁸.

Por sua vez, Pedro Antonio Oliveira Machado considera possível a cumulação das sanções da LIPJ e LGIA, desde que haja respeito à proporcionalidade na aplicação das penas. Para tanto, defende a possibilidade de aplicação, por analogia, das regras de concurso formal ou crime continuados previstos nos art. 70 e 71 do Código Penal, “permitindo a relativização ou atenuação de repetições e cumulações que porventura se apresentarem abusivas, ainda que tal análise se dê na fase de execução das decisões condenatórias”²⁹. Contudo, não há qualquer consenso doutrinário acerca de tal tema, ainda em debate na academia e na jurisprudência.

Existem doutrinadores que divergem de tal posicionamento. Para tal corrente, a Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas não está no mesmo domínio que a Lei de Improbidade Administrativa, de modo que as referidas leis estão em instâncias distintas de responsabilidade que se excluem e, portanto, não haveria qualquer problemática de punição em duplicidade, não incidindo em qualquer violação do princípio do *bis in idem*.

Wallace Paiva Martins Neto é um dos doutrinadores que se inserem em tal corrente. Para o autor, existindo ação ou omissão lesiva praticada por agente público previstas na Lei nº 8.429/92, a responsabilidade da pessoa jurídica é como terceira beneficiária, sujeitando-se às penas previstas pela LGIA. Caso não haja ação ou omissão de agente público, mas somente ato lesivo da pessoa jurídica, a hipótese será de incidência da Lei nº 12.846/2013.

Ou seja, ou a Lei de Improbidade Administrativa é aplicada, ou a Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas, de modo que não seria possível a aplicação em conjunto de ambas as normas. Por isso, Wallace Paiva conclui que os atos lesivos previstos pela Lei nº 12.846/2013 não possuem a natureza de ato de improbidade administrativa³⁰.

²⁸ 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, Reginal Tamami (Coord.). **Carreiras típicas de Estado**. Desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 197-198.

²⁹ MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. **Acordo de Leniência & a Lei de Improbidade Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 151.

³⁰ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Comentários ao art.30. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. **Lei Anticorrupção comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 330-333.

Ronaldo Pinheiro Queiroz considera que, ante a previsão do art. 30 da Lei nº 12.846/2013, a esfera da improbidade administrativa e a esfera da responsabilidade por ato de corrupção são esferas autônomas de responsabilidade, de modo que a pessoa jurídica poderá ser condenada em ambas as esferas jurídicas sem que haja incidência do *bis in idem*³¹.

Valdir Moysés Simão e Marcelo Pontes Vianna tampouco consideram que existiria *bis in idem*, pois o ordenamento jurídico pátrio aceita a aplicação de múltiplas sanções administrativas pelos mesmos fatos. Em que pese considerarem que não se trataria do “cenário ideal” a multiplicidade de esferas de responsabilização caberia ao legislador normatizar a forma que as normas repressivas deveriam interagir³².

Contudo, não há como considerar que a Lei nº 12.846/2013 não está inserida no mesmo domínio punitivo que a Lei de Improbidade Administrativa. Ambas têm o mesmo fundamento constitucional, que é o § 4º do art. 37 da Constituição Federal, conforme já mencionado anteriormente, e cumprem o mandado de punição para a tutela da probidade administrativa a que se refere o dispositivo constitucional. Por certo que há sanções específicas previstas em cada uma das leis. Mas as sanções com a mesma natureza devem ser aplicadas de forma conjunta sob pena de incidir em inconstitucional duplicidade.

Justamente sob a premissa que ambas as leis estão no mesmo domínio punitivo que a vedação prevista na Lei de Improbidade Administrativa não pode ser entendida de maneira isolada. Assim, conforme será aprofundado a seguir, o acordo de leniência introduziu a consensualidade no domínio da improbidade administrativa, sendo imprescindível uma releitura da vedação prevista na Lei de Improbidade Administrativa.

5.3 A problemática da celebração do acordo no domínio da improbidade administrativa antes do advento da Lei nº 13.964/2019

Antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, a Lei de Improbidade possuía uma vedação expressa de celebração de acordos para as ações de improbidade administrativa.

³¹ Nesse sentido estão as ponderações: “Como se vê, as sanções apresentam algumas distinções relevantes, embora sejam ambas aplicadas na esfera judicial, mas é certo, e não poderia ser diferente, que há autonomia entre a instância judicial da improbidade administrativa e a instância judicial da Lei Anticorrupção, podendo a pessoa jurídica ser duplamente condenada a esta pena restritiva sem que viole qualquer garantia constitucional” (QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização Judicial da Pessoa Jurídica na Lei Anticorrupção. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *A lei anticorrupção e demais temas de compliance*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 583).

³² SIMÕES, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan, 2017, p. 57.

Contudo, a despeito da vedação legal, grande parte da doutrina entendia que, ante o movimento da consensualidade e o advento de novas leis no Direito Administrativo Sancionador, a vedação do antigo § 1º do art. 17 da LGIA teria sido tacitamente revogada ou também o dispositivo era considerado inconstitucional, sendo viável a celebração de acordos no domínio da improbidade administrativa.

Com efeito, a consensualidade adentrou o Direito, desenvolveu-se como instrumento de pacificação de conflitos e como técnica de participação democrática, inserindo-se também no Direito Administrativo, superando dogmas como a impossibilidade de transação envolvendo o Poder Público, impactando, sobremaneira, a atividade administrativa. Passou-se da Administração imperativa para uma Administração Pública dialógica baseada em relações bilaterais e horizontais.

A expansão da consensualidade ocorreu dentro do próprio Direito Administrativo Sancionatório, reconhecendo-se que a transação poderá ser a melhor forma de atingir o interesse público no caso concreto, abandonando o conceito de que a sanção administrativa deveria ocorrer de forma automática e imperativa em todos os casos. A discussão centrava-se na compreensão da expansão da consensualidade e em sua compatibilidade com o microsistema da tutela da probidade administrativa, superando a então vedação do § 1º do art. 17 da LGIA.

A proibição prevista na Lei de Improbidade Administrativa foi editada em uma época na qual a ideia de negociar com um agente corrupto era considerada praticamente inviável, ao menos no domínio da improbidade administrativa. A Consensualidade como instrumento do Direito ainda era muito insipiente, ainda mais no Direito Sancionatório. Assim, na ocasião da edição da LGIA, o legislador entendeu que a vedação a qualquer tipo de acordo envolvendo ato de improbidade administrativa seria o meio mais eficiente de proteger o direito fundamental à probidade administrativa.

Esse questionamento foi posto em xeque no momento em que outros domínios relacionados com o direito punitivo passaram a admitir a composição com o particular. Inclusive, o alargamento de instrumentos consensuais no Direito Penal foi um fator bem relevante para o questionamento da manutenção da proibição prevista na Lei de Improbidade Administrativa, sobretudo porque, no âmbito do microsistema penal anticorrupção, possibilitou-se a utilização de mecanismos consensuais. Ao mesmo tempo, passou-se a questionar a baixa eficácia da Lei Geral de Improbidade Administrativa, principalmente pela longa duração das ações de improbidade administrativa e das dificuldades de imposição do cumprimento das sanções e da reparação ao erário público.

Ao longo desses vinte sete anos de vigência da Lei Geral de Improbidade Administrativa, em que pese os inegáveis avanços no combate às condutas que maculam a retidão no exercício da função administrativa ou nas relações estabelecidas com a Administração Pública, é consenso que a Lei foi incapaz de conferir um ambiente sadio e íntegro nas relações estabelecidas com o Poder Público. Ainda pesa uma sensação geral de impunidade na sociedade brasileira. Dentro deste contexto e da lacuna legal deixada pela Medida Provisória nº 703, de 18/11/20156, a doutrina se debruçou sobre a possibilidade de compreender a vedação do art. 17, § 1º da LGIA como tacitamente revogada ou inconstitucional, entendimento este que seria o substrato para a celebração de acordos no domínio da improbidade administrativa.

Conforme apontado por Rodrigo Monteiro da Silva, seria importante investigar se havia coerência com a satisfação do interesse público litigar por anos por meio de uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa ou se deveria ser buscada uma adequada equação consensual das sanções previstas na Lei Geral de Improbidade Administrativa por meio de acordos, pontuando que “haverá interesse da coletividade na pactuação de um ajuste que traga como condições o reconhecimento formal da prática ilícita com o reconhecimento formal da prática ilícita com o integral ressarcimento dos prejuízos, o pagamento de multa e a perda do cargo público?”³³.

É neste sentido que, ante as profundas alterações no próprio domínio da improbidade administrativa, discutiu-se muito se a vedação legal da Lei Geral de Improbidade ainda se justificava e, doravante, se seria possível a celebração de acordos.

Anota-se que a norma proibitiva da consensualidade na Lei Geral de Improbidade Administrativa era objeto de diversos projetos de lei³⁴ que revogavam a vedação do art. 17, § 1º, admitindo alguma forma de composição envolvendo atos de improbidade administrativa. O referido dispositivo legal também foi objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (ADI nº 5980), com análise pendente perante a Corte Constitucional (que, a nosso ver, com a vigência da Lei nº 13.964/2019, teria perdido o objeto e provavelmente será extinta sem julgamento de mérito). Além da ADI, um recurso extraordinário com

³³ SILVA, Rodrigo Monteiro da. A celebração de acordos em ação de improbidade administrativa como forma de evitar a proteção deficiente do interesse público. **Revista da Defesa da Probidade Administrativa**, Brasília, Conselho Nacional de Ministério Público, 2019, p. 262-289. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/Revista_Defesa_da_Probidade_Administrativa.pdf. Acesso em: 20 mar. 2020.

³⁴ Em tramitação no Congresso Nacional com previsão expressa de revogação do art. 17, § 1º da Lei nº 8.429/92 citam-se os seguintes projetos de lei: PL 9167/2017, PL 8727/2017, PL 7871/2017, PL 4703/2016, PL 223/2015, PL 2813/2015, PL 7587/2006, PL 3636/2015, PL 3918/2015, PL 4001/2015, PL 3987/2015, PL 5208/2016, PL 37/2010, PL 5836/2009, PL6997/2006.

repercussão geral já reconhecida versava sobre a possibilidade de acordo de colaboração premiada em ação de improbidade administrativa, também pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal³⁵.

Assim, até a vigência da Lei nº 13.964/2019, muito se debatia sobre a possibilidade de acordos no domínio da improbidade administrativa. Conforme já mencionado, desde a introdução de mecanismos consensuais no microsistema penal de combate à corrupção, passou-se a questionar a vedação no âmbito civil. Porém, foi desde vigência da Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas, introduzindo a possibilidade de acordo de leniência envolvendo atos ímprobos, que o debate se intensificou, de modo que a comunidade jurídica teve que enfrentar a questão para responder se era possível realizar acordos no domínio da improbidade administrativa, a despeito da então vedação da Lei de Improbidade³⁶.

Com a vigência da nova redação da LGIA, outros questionamentos foram trazidos à baila e serão enfrentados no próximo capítulo, ficando, a princípio, superada a discussão sobre a possibilidade de celebração de acordos no domínio da improbidade administrativa. A nova lei foi categórica ao inserir a consensualidade para dentro da Lei Geral de Improbidade Administrativa, colocando fim, por ora, sobre a questão da admissão de acordos na Lei nº 8.429/92.

Adverte-se, entretanto, que existem projetos para discutir o Pacote Anticrime tal como ele foi aprovado, de modo que é possível que uma lei posterior tenha impacto sobre as alterações da nova redação dada à Lei de Improbidade³⁷. Deste modo, caso haja qualquer

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.175.650 Paraná. EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. UTILIZAÇÃO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE E VALIDADE EM ÂMBITO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a questão acerca da utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (CF, art. 37, § 4º e 5º) e da legitimidade concorrente para a propositura da ação (CF, art. 129, § 1º). 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC. STF, Brasília, 24 mar. 2020 (última publicação). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5587841>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

³⁶ As perguntas enfrentadas pela doutrina podem ser sintetizadas nos seguintes questionamentos: era possível celebrar acordos envolvendo condutas qualificadas como ímprobos? A vedação prevista na Lei de Improbidade se tornou obsoleta e incompatível com novos instrumentos do Direito Sancionador? A possibilidade de celebração de acordo também abrangeria a pessoa física ou tão somente a pessoa jurídica? O acordo de leniência ou outras modalidades de acordos teriam a possibilidade de isentar os colaboradores de responderem em ação de improbidade administrativa? O acordo de leniência celebrado pela pessoa jurídica com base no art. 16 da Lei nº 12.846/2013 poderia isentá-la de responder por uma ação de improbidade administrativa?

³⁷ Nesse sentido está a reportagem no jornal Estadão do dia 22-01-2020. WETERMAN, Daniel. Moro e aliados tentam recuperar 'coração' do pacote anticrime no Congresso. **O Estado de S.Paulo**, 22 jan. 2020. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,moro-e-aliados-tentam-recuperar-coracao-do-pacote-anticrime-no-congresso,70003166887>>. Acesso em: 21 mar. 2020.

alteração revogando a atual disposição sobre acordos da Lei Geral de Improbidade Administrativa, voltando-se à redação original, a análise das discussões vigentes antes do Pacote Anticrime ainda será profícua. Para além desta hipótese, a referida análise também será proveitosa para que possa ser possível compreender o estágio atual da consensualidade no domínio da improbidade administrativa, assim como para se compreender se os diversos acordos celebrados sob a vigência da redação anterior podem ou não ser considerados válidos.

Pois bem, a ausência de lei autorizativa gerou um ambiente de extrema insegurança jurídica para aqueles que enxergavam na via consensual a melhor alternativa no sistema de responsabilização por ato de improbidade administrativa. Os órgãos de controle não tinham nenhum entendimento uniforme sobre o tema, minando qualquer política pública sobre consensualidade no domínio da improbidade administrativa. A multiplicidade de esferas de responsabilidade independentes e autônomas agravavam, ainda mais, a indefinição sobre o tema. Afinal, de que valeria firmar acordo com um dos colegitimados se outro órgão de controle poderia responsabilizar o colaborador pelos mesmos fatos relatados no acordo firmado? Para o cidadão, o Poder Público é um só, e não diversos órgãos de controle, gerando um ambiente sem nenhuma segurança jurídica ou confiança legítima nas instituições.

Porém, ao mesmo tempo que havia todo esse questionamento sobre a possibilidade de acordos no domínio da improbidade administrativa, o fato é que diversos acordos envolvendo atos de improbidade administrativa estavam sendo firmados todos os dias. Tribunais estavam se deparado com ações judiciais envolvendo o tema, existindo decisões judiciais para todos os sentidos, sem qualquer uniformidade sobre o assunto.

A discussão sobre o tema era extremamente relevante para que se pudesse conferir um ambiente mais brando e sólido para o adequado enfrentamento da corrupção e da impunidade, evitando-se insegurança jurídica, ineficiência e incoerência do sistema, possibilitando o desenvolvimento de uma política pública em torno da consensualidade no domínio da improbidade administrativa.

Daí a relevância da discussão acadêmica sobre o tema. Acredita-se que a discussão que envolva uma via alternativa de combate aos atos lesivos praticados contra a Administração Pública é extremamente relevante e merece o devido aprofundamento por parte dos operadores do Direito. Ainda que a Lei nº 13.964/2019 seja mantida tal como está, autorizando expressamente a celebração de acordos por ato de improbidade administrativa, tal debate ainda remanescerá relevante, posto que a digressão para a conclusão da tese está no estudo da evolução do Direito Administrativo Sancionador, da função dos instrumentos consensuais e da nova forma de interpretar o Direito, bem como a necessidade de evoluir no enfrentamento da

improbidade administrativa, com mecanismos mais céleres e efetivos. A relevância também está na questão da validade dos acordos firmados na vigência da antiga redação.

5.4 Divergência doutrinária – alguns posicionamentos

5.4.1 Pela admissibilidade de acordos

No presente capítulo, serão destacados alguns posicionamentos doutrinários acerca deste debate à luz da redação anterior da LGIA, apenas para demonstrar a dimensão do dissenso e dos diversos argumentos que eram utilizados a favor e contra tais mecanismos consensuais.

Para Renée Ó. Souza, a vedação do § 1º do art. 17 da redação anterior da LGIA era uma antinomia qualificada dentro do próprio domínio da improbidade administrativa, uma vez que existia um conflito entre normas de âmbito de aplicação distintos e sobrepostos entre si. O autor se posicionava de modo favorável à celebração de acordos em atos de improbidade administrativa, já que, caso o mandamento constitucional fosse desfavorável à celebração de acordos, não seria possível acordo de leniência ou delação premiada envolvendo atos de corrupção³⁸. Para o autor, não teria ocorrido derrogação do art. 17, § 1º da Lei nº 8429/92, que ainda teria sua função no sistema protetivo da probidade administrativa, haja a pluralidade de atores legitimados³⁹, mas seria possível a comunicação transversal dos prêmios concedidos na colaboração premiada ou delação premiada para outras esferas legais, inclusive com a previsão expressa de que não será ajuizada ação de improbidade em face do colaborador, justamente para evitar inconsistências, contradições e incoerências que ameaçam o direito fundamental de proteção à probidade administrativa⁴⁰. Para a concessão de tais efeitos transversos da colaboração premiada ou do acordo de leniência, Renée Ó. Souza observa que os delitos devem ter uma estrita correspondência, sendo vedada a ampliação do tipo de uma esfera para outra; a atenuação deve ser feita na mesma proporção e isonomicamente entre as esferas, já que inexistente preponderância entre as esferas de responsabilidade⁴¹.

João Paulo Lordelo Guimarães Tavares apontava que a vedação prevista na Lei Geral de Improbidade Administrativa estava implicitamente revogada. Isto porque, quando editada a Lei nº 8.429, em 1992, não havia a possibilidade de negociação no âmbito penal. Com as transformações trazidas pela convencionalidade, instituindo uma justiça negocial no âmbito

³⁸ SOUZA, Renée Ó. **Os efeitos transversais da colaboração premiada e o acordo de leniência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 84.

³⁹ *Ibid.*, p. 101.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 245–248.

⁴¹ *Ibid.*, p. 216–220.

penal, bem como com a inserção do acordo de leniência por meio da Lei nº 12.846/2013, por intermédio de uma interpretação sistemática, o autor compreendeu que a proibição de acordo estaria revogada⁴².

Francisco Zardo, em razão da coerência inerente a qualquer sistema, dever-se-ia compreender a antiga vedação da LGIA como tacitamente revogada por incompatibilidade com o art. 16 da LIPJ e com o Código de Processo Civil que prioriza a consensualidade na resolução de conflitos, visto que “a indisponibilidade da pretensão punitiva estatal, já não mais subsiste, tendo em vista que a Lei Anticorrupção passou a admitir acordos relativamente ao mesmo bem jurídico”⁴³.

Alice Voronoff, César Henrique Lima e outros, em um artigo publicado sobre os desafios da consensualidade⁴⁴, também eram favoráveis à celebração do acordo, pois haveria um conjunto de legislação permitindo acordos (como a previsão do art. 174 do Código de Processo Civil, o art. 36, § 4º da Lei nº 13.140/2015, admitindo a autocomposição extrajudicial de questões submetidas a ações de improbidade, bem como a autorização para celebração do acordo de leniência). Logo, dentro de uma nova lógica de consensualidade, teria sido superada a vedação da LGIA. Porém, adverte os autores que seria recomendável o expurgo da previsão da Lei Geral de Improbidade Administrativa do ordenamento jurídico.

Por sua vez, Pedro Antonio de Oliveira Machado era favorável à utilização do acordo de leniência como técnica especial de investigação para o enfrentamento da improbidade administrativa. Isto é, admitia a ampliação dos acordos de leniência às ações de improbidade administrativa para a busca de ressarcimento ao erário e mitigação de sanções, em razão dos influxos dos diversos princípios implícitos e explícitos, bem como a globalização das fontes do direito⁴⁵. Segundo o autor, uma interpretação restritiva à utilização do acordo de leniência não

⁴² TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Das Convenções processuais na lei anticorrupção pela admissibilidade dos negócios jurídicos processuais de leniência. In: MUNHÓS, Jorge, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (org). **A lei anticorrupção e demais temas de compliance**. 2ª ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 647–648.

⁴³ ZARDO, Francisco. Acordos em ação de improbidade: aspectos práticos e polêmicos. **Revista Síntese Direito Administrativo**, ano XII, n. 141, set. 2017. Edição Especial “25 anos da Lei de Improbidade Administrativa”. São Paulo. pp. 300-310. Disponível em: http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/DCP_141_miolo.pdf. Acesso em: 21 mar. 2020.

⁴⁴ VORONOFF et al. Improbidade administrativa e consensualidade. **Jota**, 8 nov. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/improbidade-administrativa-e-consensualidade-08112019. Acesso em: 28 mar. 2020.

⁴⁵ MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. **Acordo de Leniência & a Lei de Improbidade Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 214.

se coadunaria com o princípio da eficiência e causaria um risco de comprometimento do próprio instituto⁴⁶.

Samantha Chantal também era favorável que o acordo de leniência tenha efeito sobre outras esferas de responsabilidade, como a LGIA, no Regime Diferenciado de Contratações, na legislação do CADE, por intermédio de uma interpretação extensiva, e sob influxo pragmático, sob pena de “ensejar a redução paradoxal de seu potencial como técnica especial de investigação, o que se contrapõe aos objetivos constitucionais e legais que sustentam sua aplicação (...)”⁴⁷. Isto é, na visão da autora, a interpretação literal e restritiva acabaria com o próprio instituto de colaboração, impedindo a consolidação do instrumento consensual na proteção adequada da probidade administrativa e do patrimônio público. Por tal razão, Samantha defendia a aplicação, por analogia, do acordo de leniência à improbidade administrativa, sendo viável a utilização do rito previsto no art. 16, LIPJ no âmbito da LGIA. No mesmo sentido que a vedação da LGIA retiraria a eficácia do instituto do acordo de leniência está o posicionamento de José Guilherme Bernan Correa Pinto⁴⁸.

Leonardo Bellin de Castro apontava que uma releitura dogmática permitiria a celebração de acordo de leniência com pessoas jurídicas e seus responsáveis ou mesmo termos de ajustamento de conduta para atenuação das sanções previstas no art. 12 da Lei Geral de Improbidade Administrativa com base em um prisma cronológico e sistêmico, já que a vedação da Lei de Improbidade não mais conviveria de forma harmônica no microsistema de combate à corrupção.

⁴⁶ Nesse sentido estão as ponderações de Pedro de Antonio Oliveira Machado: “Contudo se o acordo de leniência não se estender a outras esferas de punição, como a da improbidade administrativa, das infrações à ordem econômica (quando for o caso) e para as multas e sanções aplicáveis pelo Tribunal de Contas, dificilmente essa técnica especial de investigação terá potencial para realmente trazer mais eficiência a atuação estatal acerca do tema, desnaturando a relação de meio e fim, isto é, a adequação que deriva da realidade empírica, circunstância da qual não pode se despir o intérprete, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade, já que a adequação (ao lado da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) é um de seus três elementos (...)” (*Ibid.*, p. 197). Mais adiante, conclui o referido autor: “Sob essa perspectiva, não se coaduna com os princípios da eficiência, duração razoável do processo, razoabilidade e proporcionalidade, a interpretação literal dos marcos legais que regulam o tema, para restringir as possibilidades de utilização do acordo de leniência (quando da prática de atos lesivos à Administração Pública) apenas às hipóteses expressamente previstas na lei anticorrupção, tornando-o proibitivo para os infratores que pretendam propor o ajuste perante as autoridades de fiscalização e controle, considerando o pesado ônus da renúncia ao direito de não autoincriminação, confessando a prática infracionária e produzindo provas que poderão perfeitamente ser utilizadas em outras esferas do direito sancionador, gerando consequências punitivas que anulariam os benefícios obtidos com o acordo” (*Ibid.*, p. 213).

⁴⁷ DOBROWOSLKI, Samantha Chantal. Aspectos da aplicação adequada da Lei de Improbidade Administrativa no atual enfrentamento à corrupção no Brasil. **Avanços e Desafios no Combate à Corrupção após 25 anos da Lei de Improbidade Administrativa**. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. Brasília: MPF, 2018, p. 186.

⁴⁸ PINTO, José Guilherme Bernan Correa. Direito Administrativo consensual, acordo de leniência e ação de improbidade administrativa. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 16, n. 190, dez. 2016, p. 55.

Rodrigo Monteiro da Silva menciona que a tutela repressiva da improbidade administrativa deveria ser baseada no princípio da proibição da proteção deficiente e da máxima efetividade da tutela repressiva da improbidade administrativa, de modo que a celebração de acordos para o ressarcimento daquilo que foi desviado seria o método mais eficiente e coerente de tutelar o interesse público⁴⁹.

Luciano Ferraz pontuava que, com o advento do art. 26 da LINDB, teria sido suplantada a vedação então existente na LGIA, permitindo a celebração de TAC pelos legitimados⁵⁰.

Kleber Bispo dos Santos considera que a então vedação da LGIA não seria obstáculo para celebração de acordo de leniência por pessoas jurídicas na responsabilização por ato de improbidade, tendo em vista que o mecanismo consensual integraria o microsistema de combate à corrupção. O referido autor menciona que o dispositivo nunca teria sido impeditivo para celebração de acordo na fase pré-processual, mas somente para as ações já distribuídas. Contudo, após o ajuizamento de ação, não seria mais admissível a celebração de acordos, dado que os colegitimados para a propositura de tal ação devem ter elementos suficientes de autoria e materialidade, de modo que inexistirá interesse na celebração do acordo⁵¹.

Walber de Moura Agra era favorável à celebração de termo e ajustamento de conduta para os atos ímprobos de menor gravidade e de dano diminuto. O TAC estabeleceria reprimendas mais leves, estabelecendo condutas que evitassem a reiteração de novos atos ímprobos⁵².

⁴⁹ SILVA, Rodrigo Monteiro da. A celebração de acordos em ação de improbidade administrativa como forma de evitar a proteção deficiente do interesse público. Brasília: **Revista da Defesa da Probidade Administrativa**. Conselho Nacional de Ministério Público, 2019, p. 275.

⁵⁰ FERRAZ, Luciano **Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de Leniência, Acordos substitutivos e instrumentos afins)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 174.

⁵¹ Nesse sentido, destaca-se a seguinte passagem da obra sobre o tema: “Fixa-se a primeira regra: é possível a celebração de acordo de leniência no âmbito da responsabilidade da pessoa jurídica por ato de improbidade administrativa na fase do inquérito civil ou procedimento administrativo instaurado pelo ente público interessado, desde que a pessoa jurídica proponente preencha os mesmos requisitos previstos para a celebração do acordo de leniência, previstos na Lei nº 12.846/2013, vale dizer, se comprometa com a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, com a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração, cesse a prática e se comprometa em cooperar plenamente com as investigações e o processo administrativo, evitando-se assim, a perpetuação da situação de ilicitude e adicionalmente, premiando-se a solução pacífica de um conflito, sem prejuízo da integral preservação do patrimônio público. Fixa-se a segunda regra: é possível a celebração de acordo de leniência no âmbito do processo de responsabilização da Lei nº 12.846/2013, empregando-se efeitos de modulação ou até a aplicação das reprimendas previstas na Lei nº 8.429/92- Lei de Improbidade Administrativa” (SANTOS, Kleber Bispo dos. **Acordo de leniência na lei de improbidade administrativa e na lei anticorrupção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 157-158).

⁵² AGRA, Walber de Moura. **Comentários sobre a lei de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 248.

Por sua vez, Fernando Rissoli Lobo Filho e Gustavo e Carvalho Guadanhin são favoráveis à celebração de termos de ajustamento de conduta, uma vez que a vedação da Lei Geral de Improbidade se limitaria apenas às ações civis públicas por ato de improbidade já ajuizadas, já que a redação da LGIA mencionava que a vedação de acordo se daria para as ações de improbidade. Nessa linha, consideravam que o TAC poderia ser celebrado na fase pré-processual (durante o Inquérito Civil), na qual não haveria a vedação do § 1º do art. 17 da antiga redação da Lei nº 8.429/92⁵³.

Luzardo Faria, embora não aceite que a então redação da LGIA fora tacitamente revogada pelas demais normas que autorizavam acordos no Direito Administrativo Sancionador, era favorável à possibilidade de acordo na fase pré-processual, já que, com o ajuizamento de uma ação de improbidade administrativa, não haveria mais interesse no acordo, pois o autor da ação já teria informações necessárias para a responsabilização do requerido. Fora desta hipótese, somente admite acordos para questões secundárias da condenação, como acordos para pagamento da multa ou reparação do dano⁵⁴.

5.4.2 Pela inadmissibilidade de acordos

Em sentido desfavorável à celebração de acordo estava a posição de Marino Pazzaglini Filho, em razão da indisponibilidade do direito tutelado. O que poderia ser objeto de acordo seriam apenas as condições (tempo, modo ou lugar) do cumprimento da obrigação de reparação do dano, caso fosse ajuizada uma ação civil de improbidade administrativa com pedido de restituição integral do acréscimo patrimonial indevido ou reparação do dano⁵⁵.

⁵³ Os referidos autores apontavam que o TAC não seria vedado pelo art. 17, § 1º da LGIA, pois a vedação estaria relacionada com o acordo resultante de uma conciliação, nos termos do art. 448 do Código de Processo Civil. Como o TAC seria apenas uma possibilidade de ajustamento de conduta, sem renúncia do direito material, não incidiria qualquer vedação. Além disso, o TAC poderia ser firmado durante o Inquérito Civil até o recebimento da petição inicial pelo juízo, pois a relação jurídica processual não estaria definitivamente instaurada. Por isso, considerando a possibilidade de desistência da ação pelo autor, também seria possível a celebração de TAC antes do recebimento da inicial, desde que fosse devidamente homologado pelo juízo. Neste caso, tampouco incidiria a então proibição prevista na LGIA (LOBO filho, Fernando Rissolini; GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. O compromisso de ajustamento de conduta como mecanismo de consenso em matéria de improbidade administrativa. **Fórum Administrativo – FA**. Belo Horizonte, ano 15, n. 174, ago. 2015, pp. 27-33). Contudo, registra-se, desde já, a discordância de tal entendimento. A então redação da Lei de Improbidade não poderia ser entendida apenas para as ações já ajuizadas, com base em uma interpretação literal do dispositivo. O ajuizamento da ação não altera a proteção que se busca conferir ao bem jurídico, mas é o meio para a tutela de tal bem para que haja a imposição das sanções constitucionalmente previstas e o ressarcimento ao erário.

⁵⁴ FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no direito administrativo**. Orientador: Daniel Wunder Hachem. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, pp. 300-301.

⁵⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**. Aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 225.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves apenas admitiam ajustamento de conduta para a reparação do dano causado ou para a prevenção do ato de improbidade (com incidência prospectiva), mas não para as sanções previstas no art. 12, LGIA, estas consideradas indisponíveis. Acrescentavam que seria interessante e conveniente estabelecer uma previsão legal autorizando a transação para os atos de improbidade de menor potencial ofensivo⁵⁶.

Asseveravam que, caso a conduta ensejasse a responsabilidade pela LIPJ e pela LGIA, o acordo de leniência somente beneficiaria a pessoa jurídica, mas não o agente público, que responderia integralmente pela sua conduta nos termos da Lei nº 8.429/ 92. Isto porque, a LIPJ não prevê a extinção da punibilidade, mas tão somente a isenção das sanções previstas no art. 6º, II e 19, IV. Ademais, o art. 30, I da LIPJ, é claro ao dispor que a incidência da LIPJ não afetaria a incidência da LGIA⁵⁷.

Tiago do Carmo Martins era contrário à realização de acordos no âmbito da LGIA, inadmitindo qualquer composição, inclusive a utilização do acordo de leniência na Lei nº 8.429/92. Isto porque os efeitos do acordo de leniência seriam pré-definidos na LIPJ (nos termos do art. 16) e, portanto, não alcançariam as sanções previstas na Lei Geral de Improbidade Administrativa. Segundo o autor, por se tratar de negócio jurídico processual, que importa em renúncia, ainda que parcial, do direito de punir, deve ser interpretada de forma restritiva, “sob pena de autorizar ao julgador que possa inovar na ordem jurídica, criando novas hipóteses normativas, em usurpação da tarefa reservada ao legislador”⁵⁸.

Luzardo Faria, embora reconheça que dada a abertura do Direito Administrativo Sancionador, a vedação da antiga redação da LGIA se tornou uma regra incoerente dentro do sistema, não é possível ignorar o direito positivo que optou pelo sancionamento do ato de improbidade administrativa, inadmitindo uma revogação tácita de tal dispositivo⁵⁹. Conforme mencionado, o referido autor admitia acordos na fase pré-processual, mas inadmitia após o ajuizamento de ação de improbidade.

Esses são a síntese da opinião doutrinária favorável e desfavorável à celebração de acordos na Lei de Improbidade Administrativa (antes da vigência do Pacote Anticorrupção),

⁵⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 863-870.

⁵⁷ *Op. cit.*

⁵⁸ MARTINS, Tiago do Carmo. Conciliação em ação por improbidade administrativa. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 76, fev. 2017. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao076/Tiago_do_Carmo_Martins.html>. Acesso em: 19 ago. 2019.

⁵⁹ FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no direito administrativo**. Orientador: Daniel Wunder Hachem. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, pp. 298-300.

demonstrando que a questão estava longe de ser pacífica. A seguir, serão abordados os principais argumentos favoráveis e desfavoráveis à celebração de acordos para que, então, seja possível emitir uma conclusão acerca do tema.

5.5 Não conversão da previsão da Medida Provisória nº 703, de 18/11/2015.

Inexistência de autorização expressa como fundamento para impossibilidade de celebração de acordo na Lei nº 8.429/92

Logo após o início da vigência da Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas, a Presidência da República tentou alterar alguns dispositivos da legislação, em uma tentativa de aprimorar o texto legal, que não foi posteriormente convertido em lei, perdendo a sua vigência, mantendo-se integralmente a previsão anterior da LIPJ.

Uma das importantes alterações previstas pela mencionada Medida Provisória era justamente em relação ao acordo de leniência e seus efeitos transversais, prevendo expressamente que o acordo de leniência impediria o ajuizamento de uma ação de improbidade administrativa⁶⁰.

A *mens legis* da Medida Provisória era conferir uma maior atratividade ao instituto do acordo de leniência, conferindo mais benefícios ao colaborador, tornando-a menos arriscada para quem colaborasse com o Poder Público, incrementando o programa de leniência do Estado⁶¹. Contudo, a MP não foi convertida em lei, restringindo o acordo de leniência apenas aos atos lesivos previstos pela Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas.

⁶⁰ Nesse sentido estava a previsão da MP nº 703/2015: “§ 11. O acordo de leniência celebrado com a participação das respectivas Advocacias Públicas impede que os entes celebrantes ajuízem ou prossigam com as ações de que tratam o art. 19 desta Lei e o art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, ou de ações de natureza civil. § 12. O acordo de leniência celebrado com a participação da Advocacia Pública e em conjunto com o Ministério Público impede o ajuizamento ou o prosseguimento da ação já ajuizada por qualquer dos legitimados às ações mencionadas no § 11”. (BRASIL. Medida Provisória Nº 703 De 18 De Dezembro De 2015. Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência. **Portal da Legislação**, Brasília, dez. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm. Acesso em: 28 mar. 2020.

⁶¹ Esse entendimento é inclusive posto na exposição de motivos da Medida Provisória, na qual é possível extrair da seguinte passagem: “A chamada Lei Anticorrupção foi um marco na legislação de proteção da administração pública e, por via indireta, de toda a sociedade, ao estabelecer, em normativo próprio e específico, a responsabilização objetiva, civil e administrativa, das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração nacional e estrangeira. 3. A Lei Anticorrupção, inspirada na Lei do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e nas práticas internacionais, permite a celebração de acordo de leniência com objetivo de garantir que as empresas colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, identificando os demais envolvidos na infração, além de evitar que a empresa seja responsabilizada no âmbito administrativo, permitindo-lhe a manutenção de suas relações com o poder público. 4. Em que pese os avanços introduzidos pela Lei Anticorrupção, em especial no que se refere ao acordo de leniência, ainda há espaços para aperfeiçoamentos para a aplicação mais efetiva do instituto”. (BRASIL. EMI no 00207/2015 MP AGU CGU MJ. **Planalto**, 18 de dezembro de 2015.

De acordo com Thiago Marrara, a Medida Provisória não teria sido convertida em lei em razão das intensas críticas percebidas na época, tendo a sociedade e a doutrina especializada questionado fortemente as vantagens conferidas ao colaborador, na ocasião, vista como um modo de enfraquecer o combate à corrupção⁶².

Além dos aspectos históricos, a Medida Provisória não teria sido convertida em lei em razão do vício de constitucionalidade – não havia urgência e relevância necessárias, as quais se refere a previsão do art. 62 da Constituição Federal.

Não se busca aqui estudar a questão dos requisitos formais e materiais da Medida Provisória nº 703, pois não afeta o nosso estudo, mas tão somente uma análise histórica dos fatos, na qual houve a previsão da possibilidade de acordo envolvendo condutas ímprobas, mas que, diante da não conversão da Medida Provisória ou edição de outra lei que tivesse revogado a proibição anterior, não foi efetivamente inserida no ordenamento jurídico pátrio.

Em razão da não conversão da Medida Provisória em lei, perdendo a eficácia da revogação da proibição de acordo em matéria de improbidade administrativa, era frequente o argumento da impossibilidade de qualquer transação em matéria de improbidade administrativa. Argumentava-se que o Poder Legislativo, único competente para realizar tal alteração, entendeu não interessar a mudança na regra vigente, de modo que não caberia aos outros Poderes fazê-lo.

Para aqueles que entendiam pela impossibilidade de acordos no âmbito da Lei Geral de Improbidade Administrativa, a vedação não estaria sujeita à interpretação do operador do Direito, mas de regra clara cuja vigência impediria qualquer tratativa e composição envolvendo conduta ímproba tipificada pela Lei Geral de Improbidade Administrativa. Nesse sentido está o trecho do acórdão proferido no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2192659-75.2018.8.26.0000 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

É verdade que a Medida Provisória 703/2015 objetivou revogar essa proibição. Todavia, referida medida provisória não foi convertida em lei pelo Congresso Nacional, de sorte que a proibição continua vigente. O Poder Legislativo, competente para interpretar o interesse público e editar as leis, e é bom que isso fique aqui relembado e sublinhado, entendeu não interessar a alteração dessa regra. Nesse passo, a Medida Provisória 703/2015 perdeu os seus efeitos, como é de rigor. Ao Poder Judiciário, portanto, cumpre respeitar a vontade do legislador e aplicar a lei. Saliente-se, a hipótese não comporta outra interpretação, pena de se permitir evidente ofensa à doutrina da separação dos poderes. Qualquer desrespeito à proibição expressa que

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Exm/Exm-MP-703-15.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2020.

⁶² MARRARA, Comentários ao artigo 16. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. **Lei Anticorrupção comentada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 197.

constada lei especial implicaria em admitir possa o Poder Judiciário agir como legislador positivo, e no caso como legislador positivo por substituição, já que o Poder Legislativo, a quem competia o exame da matéria, já a apreciou concretamente e rejeitou alterar a regra em vigor. Em outras palavras, ainda que considerada toda a metodologia conhecida pela ciência do direito para a realização da sempre árdua tarefa de interpretação das normas jurídicas, tem-se que a partir desse contexto acima examinado, não há como interpretar diversamente essa norma em apreço (art. 17, § 1º, da LIA). No caso, a vontade do legislador está clara e é indiscutível. Por isso mesmo que a espécie não comporta outra interpretação que não seja a literal⁶³.

Para esta corrente, apenas uma alteração pela via legislativa seria capaz de permitir a celebração de acordo em uma ação de improbidade administrativa, fixando os limites e pressupostos para a transação. Na ausência da referida lei, vigorava a vedação prevista na LIA. Isto é, sem autorização legislativa necessária, a celebração de acordos de improbidade administrativa feriria o princípio da legalidade e ampliaria a insegurança jurídica, deixando para o casuísmo do julgador as hipóteses admissíveis de transação. Assim sendo, um juiz não poderia homologar uma transação no bojo de uma ação civil pública por improbidade administrativa.

O acordo de leniência estaria, assim, limitado às hipóteses previstas pela Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas: celebrados por pessoas jurídicas desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 16 da Lei nº 12.846/2013, sendo inviável estender qualquer efeito a outras esferas de responsabilidade.

De fato, a não conversão da Medida Provisória nº 703/2015 criou um grande entrave para a celebração de acordos envolvendo a Lei Geral de Improbidade Administrativa, gerando uma insegurança jurídica na atividade consensual dentro do domínio da improbidade administrativa. Por outro lado, não se pode ignorar que existia dentro do próprio domínio da improbidade administrativa uma lei autorizando o acordo de leniência para os mesmos atos tipificados na LGIA, bem como outras leis, permitindo acordos para os mesmos atos praticados

⁶³ BRASIL. Tribunal De Justiça De São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2192659-75.2018.8.26.0000. *Dje* 15/04/2019. Relator Marcelo Martins Berthe. Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Portal de Serviços do Tribunal de Justiça de São Paulo**, São Paulo, 24 abr. 2019. Disponível em

(âmbito penal), de modo que uma interpretação holística do Direito não permite que sejam vedados e autorizados acordos ao mesmo tempo.

Assim, conforme será adiante abordado, consideramos que a não conversão da Medida Provisória não era um óbice à celebração de acordos na vigência da antiga redação, tampouco poderia ser compreendida como reforço à vedação do então § 1º do art. 17, da LGIA.

Outrossim, a nosso ver, as normas infra legais editadas, permitindo a celebração de acordos na Lei de Improbidade Administrativa, não seriam suficientes para suprir a vedação legal, mesmo porque tais órgãos sequer teriam competência para editar norma com tal conteúdo. Seria o caso do Conselho Nacional do Ministério Público, que é um órgão com função majoritariamente disciplinar e que editou a Resolução nº 17/2017, prevendo a realização de termo de ajustamento de conduta para atos ímprobos tipificados na LGIA. Neste sentido estava a decisão no Agravo de Instrumento nº 2192659-75.2018.8.26.0000, da Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, já anteriormente citada:

E – aqui a segunda observação – se tivesse o poder regulamentar, este deveria estar previsto na lei e obedecer aos seus parâmetros. Logo, não pode o Conselho Nacional, a pretexto de regular a atividade (fim) do Ministério Público, adotar, entre uma ou outra interpretação possível, uma delas. E, mesmo que pudesse, não pode o Colegiado autorizar aquilo que a lei expressamente proíbe, visto que esta conduta exorbita eventual o (inexistente) poder regulamentar⁶⁴.

Inclusive, a ausência de autorização legal para acordo por ato de improbidade administrativa fez com que alguns órgãos editassem o seu próprio regulamento, prevendo até sanções não existentes no ordenamento jurídico, cuja constitucionalidade era bastante questionável. Cita-se como exemplo a previsão do Ministério Público de Minas Gerais – Resolução nº 3, de 23 de novembro de 2017, que traz como possibilidade do ajustamento de

⁶⁴ BRASIL. Tribunal De Justiça De São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2192659-75.2018.8.26.0000. *Dje* 15/04/2019. Relator Marcelo Martins Berthe. Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Portal de Serviços do Tribunal de Justiça de São Paulo**, São Paulo, 24 abr. 2019. Disponível em https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2192659-75.2018&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2192659-75.2018.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=sajcaptcha_113a8f9efc7a4f5b842f4831d78b4ee7&g-recaptcha-response=03AHaCkAZimL7XruPA0qbEXxmOAJBRCs5KhJyopNAIF1FHf3pnrvRyQm8Wbg3SX6gsFUEZnQ98L1GuLeE37Y06fHA0tXLRaumHIRh4XSgM9hdHsSnv1wewrmmjZ2Zhk_zFAFNbQ0sn__NzggUJOsDyxsME6LBVwrZ4T4KQJKjEh20XPOiobiNVdmHm5EzzGffsCkRWX45rAg5spUYMRfOkKmrxdvPwD5evy592eN3pzf6bzHwkDpz8PFVOYalDw_naiNZqDjWww9eIuwgl0766-1-Qtep0fbPdUyBhTUJfjPdsPFZq_ZFjXVuC3-xX_9ZUtkcFmLn9QxJPaGB8RrO80r25WRjqrSTKjUgbizgQqDIZoF20_kWd0GF-n9iY_ZGifHr3NEWxDd004Tn3oACF2leBE75zOhLxw&pbEnviar=Pesquisar. Acesso em: 28 mar. 2020.

conduta a renúncia do direito de candidatar-se a cargos públicos eletivos (sanção esta não prevista no art. 12 da LGIA)⁶⁵.

Com a nova redação dada à Lei Geral de Improbidade Administrativa, com expressa autorização para a celebração de acordo, ficou superada a alegação de ausência de fundamento legal para a consensualidade dentro da LGIA.

5.5.1 Art. 17, § 1º, da antiga redação da Lei nº 8.429/92 e Princípio da especialidade da norma especial sobre a norma geral

Outro argumento desfavorável bastante utilizado para discordar da celebração de acordos no domínio da improbidade era que os institutos como colaboração premiada e acordo de leniência previstos em leis próprias, com conteúdo geral, não poderiam ser aplicados sobre improbidade administrativa, cuja lei é especial e existia uma proibição expressa. Deste modo, a lei geral não poderia derogar norma especial, não produzindo efeito nas condutas ímprobis.

⁶⁵ Nesse sentido estão as contrarrazões no Agravo de Instrumento nº 2192659-75.2018.8.26.0000: “Com efeito, buscando alinhar-se com a já citada resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, a Instituição mineira assim dispôs sobre as sanções previstas na Lei n. 8.429/92 (art. 4º) passíveis de imposição em compromisso de ajustamento de conduta: “II - compromisso de não contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios fiscais ou creditícios. III –renúncia da função pública; V – renúncia do direito de candidatar-se a cargos públicos eletivos”. Quanto ao compromisso de não contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios fiscais ou creditícios, é, no mínimo, de duvidosa validade tal estipulação, sendo sabido que o direito de contratar deriva diretamente do direito à igualdade e que a sua perda ou suspensão decorre de sanção que só pode ser aplicada por autoridade administrativa ou judicial, após devido processo legal. Quanto à renúncia da função pública, é incontestável a inexecutabilidade da convenção a este respeito, que sequer encontra previsão no ordenamento jurídico. Relativamente à renúncia do direito de candidatar-se a cargos públicos eletivos, cumpre considerar, em primeiro lugar, que essa renúncia não é válida e, ainda que o fosse, qual seria a sanção para o seu descumprimento? Ademais, a suspensão dos direitos políticos prevista na Lei nº 8.429/92 tem efeitos muito mais amplos que a simples (e impossível) renúncia à cidadania passiva. Na realidade, as sanções previstas no Ato mencionado são, ou inexequíveis, ou de efeitos pálidos, quando comparadas com as previstas na Lei de Improbidade Administrativa, que devem ser fixadas pela autoridade judicial. A tentativa de fazê-las valer em sede de compromisso de ajustamento de conduta só demonstra o esvaziamento da Lei de Improbidade Administrativa. A incompetência do Conselho Nacional do Ministério Público para admitir transação em casos de improbidade administrativa, quando a lei específica expressamente a proíbe, é evidente. (BRASIL. Tribunal De Justiça De São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2192659-75.2018.8.26.0000. *Dje* 15/04/2019. Relator Marcelo Martins Berthe. Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Portal de Serviços do Tribunal de Justiça de São Paulo**, São Paulo, 24 abr. 2019. Disponível em

Pela regra de interpretação de especialidade, disposta no art. 1º, § 2º do Decreto Lei nº 4.657/42, a então regra especial prevista na Lei Geral de Improbidade Administrativa não poderia ter sido revogada pela Lei nº 12.846/2013, de modo que a vedação deveria ser observada, inadmitindo a celebração de acordo no âmbito da LGIA.

Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, utilizando o princípio da especialidade como fundamento para não considerar viável a celebração de acordo envolvendo condutas ímprobas quando da ausência da autorização legal na própria Lei Geral de Improbidade Administrativa⁶⁶.

Com a vigência da nova redação da Lei Geral de Improbidade Administrativa, revogando a proibição anterior, inserindo uma autorização legal para a celebração de acordos dentro da Lei nº 8.429/92, a discussão sobre o princípio da especialidade não mais subsiste. A falta de lei específica viabilizando o acordo era um dos pontos mais delicados de divergência, em que pese a existência de outras leis autorizativas. Nesse ponto, o avanço trazido pela Lei nº

⁶⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACORDO ENTRE AS PARTES. VEDAÇÃO. ART. 17, § 1º, DA LEI 8.429/1992. MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INVIABILIDADE DE EXTINÇÃO COM BASE NO ART. 267, VIII, DO CPC. NOMENCLATURA DA AÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. 1. Tratando-se de ação de improbidade administrativa, cujo interesse público tutelado é de natureza indisponível, o acordo entre a municipalidade (autor) e os particulares (réus) não tem o condão de conduzir à extinção do feito, porque aplicável as disposições da Lei nº 8.429/1992, normal especial que veda expressamente a possibilidade de transação, acordo ou conciliação nos processos que tramitam sob a sua égide (art. 17, § 1º, da LIA). 2. O Código de Processo Civil deve ser aplicado somente de forma subsidiária à Lei de Improbidade Administrativa. Microssistema de tutela coletiva. Precedente do STJ. 3. Não é a nomenclatura utilizada na exordial que define a natureza da demanda, que é irrelevante, mas sim o exame da causa de pedir e do pedido. 4. Recurso especial não provido. (REsp 1.217.554/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 22/08/2013); “ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DO FEITO PARA QUE SEJAM BUSCADOS MEIOS DE COMPENSAÇÃO DA CONDUTA ÍMPROBA, Á LUZ DA LEI nº 13.655/2018. IMPOSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DA REGRA ESPECIAL CONTIDA NO ART. 17, §1º, DA LIA. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. AUMENTO DE DESPESAS COM PESSOAL. ATO ÍMPROBO CARACTERIZADO. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. 1. Prevalece em nosso sistema jurídico o princípio da especialidade, segundo o qual, diante de um eventual conflito aparente entre normas, a lei especial deverá prevalecer em relação à norma geral. Precedentes: AgRg no REsp 1.359.182/RJ, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma DJe 10/06/2013; AgRg no Ag 1.327.071/SP, rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 08/04.2011. (...) 3. É inviável o pedido de suspensão do processo, a fim de que sejam buscados os meios de compensação da conduta ímproba praticada, uma vez que deve prevalecer a regra especial contida no art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992. 4. Na forma da jurisprudência do STJ, “tratando-se de ação de improbidade administrativa, cujo interesse público tutelado é de natureza indisponível, o acordo entre a municipalidade (autor) e os particulares (réus) não tem o condão de conduzir à extinção do feito, porque aplicável as disposições da Lei nº 8.429/1992, norma especial que veda expressamente a possibilidade de transação, acordo ou conciliação nos processos que tramitam sob a sua égide (art. 17, §1º, da LIA)” (...)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.654.462**. STJ, MT, Rel. Ministro Sérgio Kukina, j. 07.06.2018, grifos nossos. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83183669&num_registro=201700331185&data=20180614&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 28 mar. 2020).

13.964/2019 é bastante expressivo e confere uma segurança jurídica necessária ao domínio da improbidade administrativa.

Nosso posicionamento com relação à antiga redação da LGIA era admitir a celebração de acordos em todo domínio da improbidade administrativa (e não somente o acordo de leniência para pessoas jurídicas a que se refere a LIPJ), em que pese a vedação então vigente do § 1º do art. 17. Conforme anteriormente abordado, existiam outras normas inseridas no sistema que davam o fundamento legal necessário para a formalização de acordos, de maneira que entendíamos que o dispositivo da Lei Geral de Improbidade Administrativa teria sido tacitamente revogado. Tal solução será retomada na conclusão do presente capítulo.

5.6 Imperativo de coerência sistêmica – congruência do microssistema da tutela da probidade administrativa. Possibilidade de celebração de acordo em matéria penal e acordo de leniência com a pessoa jurídica

Reconhecido o direito fundamental à probidade administrativa, e considerando que há diferentes esferas de responsabilidade dos ilícitos qualificáveis como corrupção, o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma coerente e unitária.

O § 4º do art. 37 da Constituição Federal estabelece que a probidade administrativa deve ser tutelada por norma infraconstitucional, com um sistema próprio e específico de tutela de tal bem jurídico, inclusive com a possibilidade de responsabilização na esfera penal. No próprio dispositivo constitucional está inserida a previsão da tutela simultânea de várias esferas de responsabilidade deste bem jurídico. Por tal razão, de acordo com a análise realizada no capítulo 1, ante a própria gravidade da violação do bem jurídico protegido, o mesmo ilícito poderá ser sancionado pela via cível, administrativa e penal.

Entretanto, é extremamente relevante que haja compatibilização entre as diversas esferas de responsabilidade, de modo que o ordenamento jurídico seja coerente e harmônico. Exige-se que o Direito Sancionador seja globalmente considerado, afinal, para a sociedade o Estado é uma única entidade e não diversos órgãos de controle que não se comunicam. E mais, deve-se guardar coerência dentro do próprio microssistema de tutela da probidade administrativa, justamente para dar concretude aos instrumentos de combate à corrupção, sob pena de torná-los obsoletos.

Por certo, o sistema jurídico não está livre de antinomias e contradições, mas o Direito sempre deve ser interpretado sob o viés da unidade do sistema jurídico, por meio de

interpretação sistemática e sob um prisma conjuntural. Afinal, não há qualquer sentido em admitir a conciliação em uma esfera de responsabilidade, mas punir o colaborador em outra instância, violando a isonomia, boa-fé, segurança jurídica e confiança legítima daquele que busca utilizar, legitimamente, os institutos jurídicos premiais⁶⁷.

Concordamos com o posicionamento de que não haveria sentido admitir a celebração de acordo na esfera penal ou com acordo de leniência com a pessoa jurídica (com base na Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas ou Lei Anticoncorrencial), mas inadmitir a celebração de acordo no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa. Além do mais, seria pouco atrativo à política pública de leniência que o colaborador possa ser responsabilizado em outra esfera de responsabilidade pelos mesmos fatos, abalando severamente a confiança legítima que se espera do Estado.

Ora, se o direito penal é a via mais gravosa de punição de ilícitos, uma vez que prevê como pena a privação de liberdade, seria incongruente que a esfera menos gravosa (esfera do Direito Administrativo Sancionador) não admitisse celebração de acordos quando a via mais gravosa a admite.

De acordo com a Lei dos Juizados Especiais criminais (Lei nº 9.099/95), alguns crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública admitem a transação penal, como modificar ou alterar o sistema de informação ou de informática sem autorização (art. 313-B, Código Penal), empregar irregularmente rendas públicas de forma diversa da prevista em lei (art. 315, CP), retardar ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido de outrem (art. 317, § 2º, CP), prevaricar (art. 319 e 319-A), agir de forma condescendente (art. 320, CP), praticar advocacia administrativa (art. 321, CP), abandono de função (art. 323), exercício funcional ilegal antecipado ou prolongado (art. 324, CP), violar sigilo funcional (art. 325, CP); outros admitem, além da transação penal, a suspensão condicional do processo: peculato mediante erro de outrem (art. 313, CP), extraviar, sonegar ou inutilizar livro ou documento (art. 314, CP), empregar irregularmente verba ou renda pública (art. 315, CP), praticar violência arbitrária (art. 322, CP).

Com essa expansão no direito penal da possibilidade de acordo, seja por meio da suspensão condicional da pena, transação penal, acordo de não persecução penal ou acordo de delação premiada, mitigou-se o princípio da obrigatoriedade da ação penal, viabilizando a extinção da penalidade ou redução da pena com os próprios acusados ou indiciados.

⁶⁷ SOUZA, Renée Ó. **Os efeitos transversais da colaboração premiada e o acordo de leniência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 242.

Ora, se a mesma conduta admite todos esses instrumentos consensuais na esfera penal, por qual motivo não seria possível a celebração de acordos no domínio da improbidade administrativa? Em outras palavras, se o Direito Penal, que é o ramo do direito mais gravoso (já que impõe penas privativas de liberdade), admite a celebração de acordos, por qual motivo não seria admissível na via menos gravosa, que é o domínio da improbidade administrativa?

Assim, a nosso ver, a evolução da consensualidade na esfera criminal, permitindo celebração de acordo, irradiou efeitos nas demais esferas de responsabilidades, sendo incongruente e desarmônico desconsiderar que o infrator que suborne um agente público faça um acordo na esfera penal, mas responda a uma ação por ato de improbidade na esfera cível administrativa. Nessa linha estão as ponderações de Fredie Didier e Daniela Bomfim:

A proximidade entre a ação penal e a ação de improbidade é evidente e inquestionável, em razão das sanções decorrentes, muito embora os regimes jurídicos sejam distintos, um de direito administrativo (civil em sentido amplo), outro de direito penal (...).

À época da edição da Lei nº 8.429/1992, o sistema do Direito Penal brasileiro era avesso a qualquer solução negociada. Não por acaso, falava-se em indisponibilidade da ação penal e em indisponibilidade do objeto do processo penal.

Sucedem que, a partir de 1995, com a Lei nº 9.099/1995, instrumentos de justiça penal negociada começaram a ser previstos no Direito brasileiro. Desenvolveram-se técnicas de justiça penal consensual. São exemplos a transação penal (art. 76, Lei nº 9.099/1995) e a suspensão condicional do processo penal (art. 89, Lei nº 9.099/1995). Em ambos os casos, há negociação que produz consequências no âmbito do Direito Penal material.

O processo penal também sofreu transformações com a ampliação das possibilidades de negociação entre autor e réu (...).

A proibição de negociação prevista na Lei de Improbidade Administrativa era, na verdade, um reflexo da proibição no âmbito penal. Não havia sido admitida na improbidade em razão do princípio da obrigatoriedade para o Ministério Público e da visão que a tutela do interesse público era absolutamente indisponível, não admitia graus de tutela. Se agora é possível negociar as consequências penais, mesmo nas infrações graves, não haveria razão para não ser possível negociar as sanções civis de improbidade. Pode-se estabelecer a seguinte regra: a negociação na ação de improbidade administrativa é possível sempre que for possível a negociação no âmbito penal, em uma relação de proporção.

A interpretação literal do comando do § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 levava a uma situação absurda: seria possível negociar sanções tidas como mais graves pelo sistema porque decorrente da prática de crimes (por definição, o ilícito mais reprovável), mas não seria possível negociar no âmbito de uma ação de improbidade administrativa. Além de absurda, a interpretação desse texto ignoraria completamente a diferença entre os contextos históricos da promulgação da lei (1992) e de sua aplicação⁶⁸.

⁶⁸ DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 17, n. 67, jan./mar. 2017, pp. 116-117.

Tal incongruência e desarmonia do sistema seria ainda mais crítica se considerarmos que o próprio microsistema da tutela da probidade administrativa admite a celebração de acordo de leniência de pessoas jurídicas, previsto no art. 16, LIPJ.

Deveras, ambas as leis tutelam a probidade administrativa e fazem parte do mesmo sistema de responsabilização, conforme abordado no início deste capítulo. Além do mais, a conduta lesiva prevista no art. 5º da LIPJ guarda quase que perfeita correspondência com condutas qualificadas como improbidade, previstas nos art. 9º, 10º e 11º, LGIA. Logo, se a empresa celebra um acordo de leniência com base no art. 16 da LIPJ, por consequência, estaria admitindo que praticou um ato de improbidade administrativa também sancionável pela Lei Geral de Improbidade Administrativa, ficando sujeita às sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92. Porém, se esta mesma empresa que celebrar acordo de leniência puder ser responsabilizada no âmbito da LGIA, o instituto consensual instituído pela Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas estaria fadado à inaplicabilidade, diminuindo, sobremaneira, a atratividade deste instituto, o que não vai de encontro com a tentativa de fortalecer e incrementar o combate à corrupção.

Com a vigência da Lei Anticorrupção, inserindo a consensualidade no domínio da improbidade administrativa, a proibição de celebração de acordo com a pessoa física viola o princípio da isonomia, tratando de forma absolutamente desigual, sem que seja na medida de suas desigualdades, pois não existiam fundamentos para tal discrimine. Sobre o assunto, afirma Pedro Antonio de Oliveira Machado⁶⁹:

De modo que os aspectos negativos ou aflitivos que podem irradiar do acordo de leniência, para a pessoa jurídica (e eventualmente seus dirigentes) se os seus efeitos ficarem circunscritos aos processos administrativos da lei anticorrupção, são altamente desestimuladores, aliás, indubitavelmente proibitivos e, portanto, desproporcionais. Tal constatação impede que o instituto possa realmente influenciar e modificar a atual realidade, enfim permitir uma *performace* estatal mais eficiente sobre tão grave tema, que impossibilita ou compromete a boa gestão estatal e uma Administração Pública mais fortalecida para o cumprimento de metas e pautas constitucionais, das quais se tratou mais detidamente no primeiro capítulo.

De forma, que uma compreensão tão somente literal do que previsto no art.16, incisos e parágrafos da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL,2013b), assim como do art. 17 § 1º, da Lei nº 8.429/1992 (BRASIL,1992b), implicaria em resultados que não se coadunam com o princípio da proporcionalidade, considerando que para firmar o acordo de leniência, a renúncia da pessoa jurídica à garantia da não incriminação, com a admissão da participação no ilícito e na cooperação plena e permanente com as investigações, no âmbito do processo administrativo previstos nos arts. 16 e 17, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL,

⁶⁹ MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. **Acordo de Leniência & a Lei de Improbidade Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 198.

2013b), implicaria automática e implicitamente na renúncia às outras esferas de responsabilização, em relação às quais não seria possível haver atenuação das sanções.

Nesse sentido, a vedação do art. 17, § 1º da LGIA prejudicava o microssistema da tutela da moralidade administrativa, comprometendo a eficácia dos institutos da colaboração premiada e acordo de leniência inseridos nas normas já mencionadas, de modo que a antiga redação da LGIA não era mais compatível com o regime institucionalizado a partir da vigência da Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas, sob pena de inviabilizar e tornar obsoletos os avanços na proteção à probidade administrativa.

Nesse sentido estão algumas decisões judiciais, considerando a validade dos acordos no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa⁷⁰⁷¹.

⁷⁰ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, 3ª TURMA. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR, Des. Federal VÂNIA HACK DE ALMEIDA, DJ 22/08/2017: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI ANTICORRUPÇÃO. MICROSSISTEMA. ACORDO DE LENIÊNCIA. VÍCIO DE COMPETÊNCIA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DETERMINADA. (...). 5. Não há antinomia abrogante entre os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.249/1992 e o artigo 1º da Lei nº 12.846/2013, pois, naquela, justamente o legislador pátrio objetivou responsabilizar subjetivamente o agente ímprobo, e nesta, o *mens legislatoris* foi a responsabilização objetiva da pessoa jurídica envolvida nos atos de corrupção. 6. No entanto, há que se buscar, pela interpretação sistemática dos diplomas legais no microssistema em que inserido, como demonstrado, além de unicidade e coerência, atualidade, ou seja, adequação interpretativa à dinâmica própria do direito, à luz de sua própria evolução. 7. Por isso, na hipótese de o Poder Público não dispor de elementos que permitam comprovar a responsabilidade da pessoa jurídica por atos de corrupção, o interesse público conduzirá à negociação de acordo de leniência objetivando obter informações sobre a autoria e a materialidade dos atos investigados, permitindo que o Estado prossiga exercendo legitimamente sua pretensão punitiva. 8. Nem seria coerente que o mesmo sistema jurídico admita, de um lado, a transação na LIPJ e a impeça, de outro, na LGIA, até porque atos de corrupção são, em regra, mais gravosos que determinados atos de improbidade administrativa, como aqueles que atentem contra princípios, por exemplo, sem lesão ao erário ou enriquecimento ilícito. 9. Esse o contexto que levou o legislador a prestigiar o acordo de leniência tal como hoje consagrado em lei, quando abrandou ou excluiu sanções à pessoa jurídica que, em troca de auxílio no combate à corrupção, colabora com as investigações e adota programas de *compliance* e não reincidência na prática de atos corruptivos, desde que confirmada a validade do acordo de leniência. (BRASIL. Tribunal Regional Federal Da 4ª Região, 3ª Turma. Agravo De Instrumento Nº 5023972-66.2017.4.04.0000/Pr, Des. Federal Vânia Hack De Almeida, Dj 22/08/2017: Direito Administrativo. Agravo De Instrumento. Ação De Improbidade Administrativa. Lei De Improbidade Administrativa. Lei Anticorrupção. Microssistema. Acordo De Leniência. Vício De Competência. Indisponibilidade De Bens. Determinada (...). Disponível em: [https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5001689-](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5001689-83.2016.404.0000&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=)

83.2016.404.0000&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=. Acesso em: 28 mar. 2020)

⁷¹ No mesmo sentido está o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Agravo de Instrumento nº 5039527-89.2018.4.04.0000/PR, Relatora Vânia Hack de Almeida, Dje 26/02/2019. “ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E/OU MEDIDA CAUTELAR DE ARRESTO. OPERAÇÃO LAVA JATO. ACORDO DE LENIÊNCIA. EXTINÇÃO DO FEITO E REVOGAÇÃO DAS LIMINARES E ORDENS DE INDISPONIBILIDADE EM RELAÇÃO ÀS EMPRESAS QUE FIRMARAM O ACORDO”. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento nº 5039527-89.2018.4.04.0000/PR**. Relatora Vânia Hack de Almeida, Dje 26/02/2019. Disponível em:

5.7 Conclusão sobre a possibilidade de celebração de acordo na vigência da antiga vedação do § 1º do art. 17, Lei nº 8.429/92

Compartilhamos da corrente que a vedação da antiga redação da Lei de Improbidade teria sido revogada tacitamente por normas supervenientes que autorizavam a celebração de acordos pelos mesmos atos que a Lei Geral de Improbidade Administrativa qualificava como ímprobo. Deste modo, adotamos a corrente de que o ordenamento jurídico não pode autorizar e vedar, ao mesmo tempo, a consensualidade para os mesmos atos, sob pena de incongruência e ineficiente do microsistema da tutela da probidade administrativa.

Deveras, a então vedação do § 1º do art. 17, da LGIA se justificava à época em que a Lei de Improbidade foi editada (1992). Com o passar dos anos, com a significativa alteração da sistemática sancionatória dentro do Direito Sancionador (penal e administrativo), a concepção sobre a função social das sanções foi alterada para entendê-la como um instrumento com vistas à consecução de uma finalidade, do que como uma resposta automática e direta do cometimento de uma infração. Abandonou-se a compreensão de que a sanção administrativa era um fim em si mesma.

Além desta transformação sobre o conceito de sanção administrativa, a consensualidade também alterou a lógica da atividade administrativa para se tornar mais uma alternativa possível da Administração Pública, reforçando, inclusive, o próprio sistema sancionatório em si. Reduziu-se a atuação unilateral para uma atuação concertada, sempre que possível, valorizando-se a participação dos cidadãos nas decisões do Poder Público em diversos âmbitos de tomada de decisão.

Isto é, o Poder Público ainda tem a possibilidade de atuação unilateral e impositiva, mas prefere uma atuação dialógica, bilateral e consensual, na medida que esta é muito mais compatível com a democracia e com a busca de soluções pacíficas de controvérsias previstas no preâmbulo da Carta Constitucional.

O movimento da consensualidade adentrou o próprio domínio da improbidade administrativa, cujo grande marco legislativo foi a possibilidade de acordos de leniência com a vigência da Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas, em 2014. O próprio sistema administrativo sancionador relativizou a proibição da então vedação da LGIA, permitindo a celebração de acordo com a pessoa jurídica que praticasse ato lesivo tipificado no art. 5º, LIPJ,

que guarde quase que simetria com a tipificação do ato de improbidade previsto nos art. 9º, 10º e 11º da LGIA.

Nesse passo, considerando que a Lei Geral de Improbidade Administrativa e a Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas estão dentro do mesmo domínio, entendemos que o art. 16 da Lei nº 12.846/2013, ao permitir a celebração de acordo para atos de improbidade administrativa, revogou parcialmente a então vedação de realização de acordos na Lei nº 8.429/92.

Deste modo, ainda que não houvesse uma autorização expressa da celebração de acordos para pessoas físicas ou permitindo efeitos transversais aos acordos de leniência, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico fez com que a vedação da antiga redação da Lei de Improbidade fosse considerada revogada, admitindo a consensualidade na Lei nº 8.429/92.

De fato, a não conversão da Medida Provisória nº 703/2015 criou um grande entrave para os acordos dentro da Lei de Improbidade, gerando um ambiente de forte insegurança jurídica na atividade consensual dentro do domínio da improbidade administrativa. Contudo, a não conversão da Medida Provisória não seria impeditiva para celebração de acordos, já que, por meio de uma interpretação sistemática e holística do Direito, não é admissível que, para os mesmos fatos, sejam vedados e autorizados acordos ao mesmo tempo dentro do mesmo domínio da improbidade administrativa.

Além disso, a antiga vedação, ante a Administração Pública Consensual, e a inserção dos instrumentos consensuais no ordenamento jurídico, tornou a vedação da LGIA incompatível com o princípio da eficiência, com o princípio da duração razoável do processo e com a busca permanente de soluções pacíficas para os conflitos.

Por todo o exposto, consideramos que os acordos realizados sob a égide da legislação anterior devem ser considerados válidos e produzir efeitos regularmente. A superveniente legislação não tem o condão de alterar os acordos celebrados, mas apenas permite um novo marco legal e uma nova interpretação com base na legislação positivada.

De qualquer sorte, caso haja alguma alteração legislativa que suprima a possibilidade de acordo trazida pelo Pacote Anticrime, voltando-se à redação anterior, bem como à análise dos acordos firmados sob a égide da antiga redação, entendemos que não há mais espaço para considerar a via judicial da ação civil pública de responsabilização por ato de improbidade administrativa como a única via de imposição das sanções previstas no art. 12 da LGIA, de modo que há validade e fundamento legal para a celebração de acordos envolvendo

as sanções do art. 12 da LGIA e das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 da Lei nº 12.846/2019.

Com isso, após a admissão da consensualidade no domínio da improbidade administrativa, tanto na LGIA como na LIPJ, o próximo capítulo abordará as modalidades de acordos possíveis, tanto na vigência da norma proibitiva como com base na nova redação do art. 17 da Lei nº 8.429/92.

É certo que o Pacote Anticrime alterou, consideravelmente, a sistemática dos acordos no domínio da improbidade administrativa. O avanço da consensualidade por meio de norma autorizativa expressamente positivada no ordenamento jurídico é salutar e confere um ambiente de muito maior segurança jurídica. Também impõe aos órgãos de controle que alterem o seu modo de atuação, já que a via consensual deve ser considerada como a via prioritária como resposta do sistema aos atos de improbidade administrativa.

Contudo, o conteúdo e aplicação desses acordos não foram detalhados pelo legislador, exigindo dos operadores do direito uma maior reflexão sobre os efeitos e limites de tais institutos. Sob essa ótica que o próximo capítulo abordará as modalidades de acordos cabíveis no domínio da improbidade administrativa.

6. MODALIDADES DE ACORDOS NO DOMÍNIO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

6.1 ACORDOS SEM REPERCUSSÃO SANCIONATÓRIA

6.1.1 Termos de Ajustamento de Condutas

Um dos instrumentos consensuais mais relevantes no direito administrativo sancionador é o termo de ajustamento de conduta, responsável pela expansão da consensualidade neste ramo do Direito, consagrando uma via alternativa de resolução de conflitos. Com a experiência dos ajustes de condutas, consolidou-se o entendimento de que a condenação judicial, impondo obrigações de fazer ou não fazer, ou de sanções, não é a única forma de atender exitosamente à satisfação do interesse público.

Previsto pela Lei da Ação Civil Pública, após a alteração introduzida pelo Código de Defesa ao Consumidor, o Termo de Ajustamento de Conduta é uma forma de autocomposição entre os órgãos públicos legitimados e interessados. Trata-se de uma forma de acordo entre as partes que conciliam com o intuito de atingir o direito difuso ou coletivo tutelado, evitando-se ou encerrando-se uma demanda judicial que tutelaria o referido bem.

Na definição de Ana Luiza Nery, a qual concordamos, o TAC é uma transação híbrida na qual as partes encontram a “melhor solução para evitar-se ou para pôr fim à demanda judicial que verse sobre ameaça ou lesão a bem de natureza jurídica metaindividual”¹.

Mariana Carnae também tem a opinião que o TAC é um negócio jurídico bilateral de natureza híbrida². A autora ainda afirma que o TAC, para além de consistir em um método alternativo de soluções de conflitos na seara judicial, seria um acordo substitutivo ao sancionamento da Administração Pública aplicado ao processo administrativo comum³.

É inegável que por meio de um TAC serão facilitados a adequação da conduta e o ressarcimento do dano causado ao direito coletivo ou difuso violado se comparados com a providência que poderia ser adotada no bojo de uma ação civil pública, cuja tramitação morosa pode impedir, concretamente, que haja a devida recomposição de danos e readequação de conduta almejada pela legislação.

¹ NERY, Ana Luiza. **Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 186.

² CARNAE, Mariana. **O compromisso de ajustamento de conduta e o princípio constitucional da eficiência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 110.

³ *Ibid.*, p. 79.

O pressuposto básico para a celebração de um TAC é, portanto, a readequação da conduta do interessado à juridicidade necessária ou de uma forma que melhor atenda ao interesse público. Também possibilita a reparação ou recomposição de danos causados. No caso concreto pode configurar uma forma mais célere de se atingir comportamentos socialmente desejáveis, induzindo condutas adequadas e permitindo um retorno ao plano da juridicidade.

Por isso, alguns autores como Emerson Garcia apontam que o Termo de Ajustamento de Conduta não seria uma espécie de transação, que pressupõe a concessão recíproca de direitos e obrigações entre as partes, envolvendo direitos patrimoniais de caráter privado, conforme estabelece a definição do art. 840 e 841 do Código Civil. Tratando-se de direitos difusos, não haveria qualquer disponibilidade sobre o bem objeto do ajuste, sendo inviável qualquer tipo de concessão sobre o direito material em si⁴.

Para Wallace Paiva Martins Junior, o TAC também não seria uma forma de transação, pois não haveria concessões mútuas, mas sim um termo para ajustar a forma da obrigação, um “expediente em que o bem objeto da disputa escapa do litígio em razão da assunção de obrigação pelo devedor, que se compromete à integral satisfação do dano através do ajustamento às obrigações legais”⁵.

Da mesma forma, Alexandre Amaral Govronski não considera o TAC como uma transação, inexistindo qualquer concessão dos direitos coletivos, mas sim como uma autocomposição por negociação, autorizada pelo próprio § 6º do art. 5º da LACP. Será uma espécie de negócio jurídico *suis generis* para “a definição da interpretação do direito no caso concreto e das condições necessárias à sua efetividade, isto é, versará sobre a respectiva concretização”⁶.

Tampouco o TAC poderia ser qualificado como contrato, já que as partes pactuantes não têm interesses opostos, mas convergentes para a consecução do interesse comum, que é a tutela de um direito difuso ou coletivo. Além disso, como adverte Ana Luiza Nery, não é possível desconsiderar que o contrato administrativo tem como característica a superioridade contratual da Administração Pública em relação ao particular (em razão das prerrogativas exorbitantes), que não se aplica ao termo de ajustamento de conduta⁷. Além disso, a referida

⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogerio Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 906.

⁵ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Administração Pública, resolução extrajudicial de conflitos e compromisso de ajustamento de conduta. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, v. 8, mar. 2019, pp. 87-126.

⁶ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. In: ZANETI JUNIOR, Hermes (Coord.). **Processo Coletivo**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 8, Coordenador Geral Fredie Difier Jr. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 351.

⁷ NERY, Ana Luiza. **Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pp. 115-116.

autora também afirma que o TAC não poderia ser qualificado como ato jurídico *strictu sensu*, pois pressupõe a manifestação de vontade, não podendo ser imposto ao interessado ou exigido do Poder Público⁸.

O fato é que o tema da natureza jurídica do TAC é objeto de diversas controvérsias doutrinárias⁹, que não serão aprofundadas nesta dissertação, pois fugiria do tema central. De qualquer sorte, para nós, o compromisso de conduta é um negócio jurídico bilateral extrajudicial com força de título executivo, no qual as partes fazem concessões mútuas para acordarem sobre a forma de conformação da conduta do interessado, o modo de adequação, prazos e locais para adimplemento, tornando-se fonte de obrigações¹⁰. Seria, portanto, uma espécie de acordo relacionado ao direito material. Tal diferenciação é relevante quando verificarmos o cabimento de termo de ajustamento de condutas no domínio da improbidade administrativa.

Antes de adentrarmos à temática da utilização dos TAC para acordos envolvendo condutas qualificáveis como improbidade administrativa, será preciso compreender os requisitos de validade para a utilização deste instrumento consensual.

Um dos maiores problemas relacionados à celebração de TAC pela Administração Pública é a falta de parâmetros legais que especifiquem o que de fato pode ser objeto de negociação por parte do Poder Público. Isto porque a celebração do TAC pressupõe uma negociação prévia entre as partes interessadas, não se tratando de uma imposição unilateral pelo órgão público legitimado ou pelo Ministério Público, sob pena de desvirtuamento total deste instrumento negocial.

A Lei da Ação Civil Pública é muito vaga e imprecisa sobre quais os requisitos de validade para a celebração dos termos de ajustamento de conduta, o que gera uma forte insegurança jurídica, de modo que é relevantíssimo que a doutrina debata o instituto, viabilizando a sua melhor aplicação. Diante dessa imprecisão legal, algumas normas infralegais foram editadas para aplicação do instituto, principalmente para a utilização do instrumento pelo Ministério Público.

Em monografia sobre o tema, após a análise de precedentes judiciais, Leticia Rodrigues Vicente aponta os seguintes requisitos como essenciais para que o TAC não seja anulado ou invalidado pelo Poder Judiciário:

⁸ NERY, Ana Luiza. **Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 113.

⁹ Ver NERY, Ana Luiza. *Idem.*, pp. 110-120. A discussão também foi analisada por Mariana Carnae (CARNAE, Mariana. **O compromisso de ajustamento de conduta e o princípio constitucional da eficiência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 92-110).

¹⁰ NERY, Ana Luiza. *Idem.*, p. 136.

(1.) as cláusulas devem ser livremente negociadas entre as partes; (2.) é necessária a manifestação de vontade das partes expressa por meio de assinatura; (3.) a anuência de apenas um órgão público legitimado é suficiente; (4.) o TAC é um negócio jurídico e, portanto, deve preencher os requisitos do art. 104 do Código Civil; (5.) o TAC deve prever apenas obrigações de fazer, de não fazer e/ou de dar quantia a título indenizatório; e (6.) o TAC deve se adequar à reparação e à prevenção do dano ao interesse difuso ou coletivo¹¹.

Ana Luiza Nery adverte que, tendo o TAC natureza de transação híbrida, a manifestação de vontade dos particulares deve observar os princípios de direito privado, enquanto o Poder Público se submeterá aos princípios do direito público, sob pena do compromisso não ser válido.

Para a adequada utilização do instituto, evitando-se a sua anulação ou invalidação pelo Poder Judiciário, devem ser observados os pressupostos de validade apontados pelas duas autoras de referência, com o intuito de permitir uma maior segurança jurídica aos celebrantes e evitar quaisquer questionamentos judiciais sobre o acordo.

Outro problema relacionado ao TAC é que, ao longo dos anos, o instituto do TAC foi de certa forma banalizado, sendo utilizado sem o rigorismo necessário a este tipo de instrumento consensual, sobremodo na atividade regulatória. Neste sentido, Rafaela Coutinho Canetti aponta a sua baixa implementação e efetividade no âmbito das agências reguladoras. Por isso, a autora elenca a “deficiência no processo de fiscalização do cumprimento dos termos daqueles acordos, déficits informacionais no processo decisório, falta de transparência, sobreposição de competências gerando atrasos, dentre outras”, como os principais motivos para inefetividade de parte dos TAC celebrados. Alerta a autora que a consensualidade apenas cumpre sua função se atingir os resultados almejados, na busca de resultados eficientes. Entretanto, a ausência de um ambiente institucional com segurança jurídica e institucional fez com que o instituto não alcançasse o êxito esperado¹².

No domínio da improbidade administrativa, a discussão sobre a possibilidade de utilização de tal instituto é mais acentuada ante a inexistência de previsão legal específica, disciplinando a utilização de TAC no domínio da improbidade administrativa, o que gera muitos questionamentos sobre diversos aspectos: (i) o que poderia ser, efetivamente, objeto da negociação entre as partes, (ii) se poderia ser discutida a aplicação de sanções em si no TAC;

¹¹ VICENTE, Letícia Rodrigues. **Disciplina Jurisprudencial do termo de ajustamento de conduta: requisitos de validade nos precedentes judiciais**. Monografia (Especialista em Direito Público) – orientação da Professora Juliana Bonacorsi de Palma. Escola de Formação Pública da Sociedade Brasileira de Direito Público-SBDP, São Paulo, 2017, p. 33. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/LeticiaVicente.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2020.

¹² CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de Leniência**: Fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 155-160.

(iii) como seria possível a realização da dosimetria da pena em TAC celebrado por apenas um dos colegitimados; (iv) se seria necessária a participação no TAC de todos os colegitimados (Ministério Público ou ente público ou governamental legitimado); e (v) se haveria a necessidade de homologação judicial.

Estes são os principais pontos de discussão envolvendo a celebração dos TAC no domínio da improbidade administrativa, inexistindo qualquer consenso doutrinário sobre o tema e, muito menos, consolidação de entendimento jurisprudencial, ainda mais porque se trata de um instituto que somente recentemente passou a ser utilizado nesta atividade estatal punitiva.

É deveras problemática a utilização de TAC no domínio da improbidade administrativa para o efeito de lhe conferir ou não efeito sancionatório. Isto porque o TAC pode ser celebrado apenas para adequação de condutas e recomposição dos danos causados, sem efeito sancionatório. Entretanto, consoante as normas em vigor, o TAC poderia ser qualificado como acordo sem repercussão sancionatória, ou com efeito sancionatório.

Como visto, existe o microssistema de tutela coletiva da probidade administrativa, cujo viés é apenas reparatório, diferentemente do microssistema administrativo sancionador da improbidade administrativa¹³. No microssistema da tutela coletiva, esta se dá por meio da adequação de condutas, com a reparação de danos causados, mas não por meio do sancionamento, que é uma forma de punição derivada de ilícito.

Na tutela coletiva, não haveria disposição de qualquer sanção por parte do Estado, de modo que o acordo não estaria abrangido pela antiga vedação da Lei Geral de Improbidade Administrativa, inexistindo qualquer óbice para a utilização de tal meio consensual. Este era o posicionamento de Emerson Garcia, favorável à utilização do Termo de Ajustamento de Conduta no domínio da improbidade tão somente para recuperação do dano já causado ao patrimônio público ou para uma prevenção de um ilícito, evitando que seja cometido o ato de improbidade administrativa¹⁴.

No mesmo sentido era o posicionamento de Bruno Takashi, que considerava possível “(a) ajustes secundários para fins de reparação do dano e ressarcimento do Erário; (b) a tutela preventiva do patrimônio público”. Para o autor, não haveria concessões, mesmo que houvesse flexibilização da forma do ressarcimento (como alternativa para recomposição integral do dano) e, por isso, seriam perfeitamente possíveis os acordos para preservar o interesse público, neles incluída a probidade administrativa.

¹³ Ver capítulo 1.

¹⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogerio Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 909.

Concordamos com o posicionamento de que a celebração de TAC para a adequação de condutas sempre foi perfeitamente possível (e recomendável), mesmo quando vigia a proibição para a celebração de acordos na LGIA. No caso de adequação de condutas sob o prisma prospectivo, o TAC tem como finalidade a prevenção de conduta ilícita, medida que sempre foi um instituto salutar dentro do ordenamento jurídico, auxiliando na prevenção de tais ilícitos. Aliás, muito mais efetiva e recomendável que haja uma atuação dos órgãos competentes para evitar o ilícito do que a atuação repressiva.

Outras hipóteses de TAC sem repercussão sancionatória também eram juridicamente possíveis, mesmo na vigência da proibição do § 1º do art. 17. Por exemplo, o TAC poderia ser celebrado para ajustamento de condutas futuras, com a imposição de obrigações de fazer e não fazer. Também sempre foi possível a celebração de TAC para os casos em que as sanções previstas na Lei Geral de Improbidade já estivessem prescritas (fulminando a pretensão punitiva ou interesse processual no ajuizamento de ação de improbidade administrativa para imposição de sanções)¹⁵. Neste caso, o TAC serviria para a recomposição da juridicidade, sem que as pessoas físicas e jurídicas envolvidas tivessem que responder em ação civil pública de improbidade.

Contudo, importante frisar que o TAC sem efeito sancionatório não impediria o ajuizamento de ação de improbidade administrativa ou permitiria a extinção das ações em curso, pois resolveriam apenas a questão da legalidade da conduta. O efeito sancionatório da conduta seria resolvido no bojo da ação civil pública. Para o interessado, o ajuste de condutas consensualmente convencionadas poderia ser utilizado como elemento na dosimetria da sanção, dada a colaboração do particular, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 7º, VII da LIPJ.

A questão que se discutia (e ainda se discute) era a celebração de TAC quando há cometimento de ato de improbidade administrativa e as sanções previstas pelo art. 12 da LGIA não estão prescritas. Nesses casos, a doutrina discutia – e segue na controvérsia – se o acordo serviria para ajustar conduta dos infratores e isentá-los ou reduzir as sanções aplicáveis. Nesta hipótese, o acordo teria, invariavelmente, efeito sancionatório¹⁶.

¹⁵ Nesse sentido está a Resolução nº 1193/2020 do MPSP: art. 12 – Poderá ser celebrado compromisso de ajustamento de conduta, nos termos da Lei nº 7.347/85 (art. 5º, § 6º) e observada a regulamentação em vigor, nas hipóteses em que o membro do Ministério Público, motivadamente, afastar a ocorrência de improbidade administrativa ou constatar a prescrição das sanções desta, visando à recomposição do patrimônio público ou a correção de irregularidades. (BRASIL. Ministério Público Do Estado De São Paulo. Resolução nº 1193/2020. I – Portarias de 11/03/2020. A - Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais. **Ministério Público Do Estado De São Paulo**, mar. 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/DO_Estado/2020/DO_12-03-2020.html. Acesso em: 28 mar. 2020)

¹⁶ Conferir o item sobre acordos com repercussão sancionatória.

De todos os modos, o TAC sem repercussão sancionatória sempre foi possível no domínio da improbidade, ainda que o entendimento de que a antiga vedação do art. 17, § 1º da Lei nº 8.429/92 fosse válida e eficaz. A atual redação da LGIA não impede que haja o TAC sem repercussão sancionatória.

Deveras, caso se entenda que o art. 17, § 1º inseriu apenas a possibilidade de acordo de não persecução cível (doravante, ANPC), uma das interpretações possíveis da Lei nº 13.964/2019 seria no sentido de que o TAC para ajustamento de conduta e reparação de danos, sem efeito sancionatório, ainda é um instrumento viável, que não colide com a norma especial que disciplinou o ANPC, pois o microsistema difuso da probidade administrativa sempre exige a recondução da juridicidade, permitindo ajustar a conduta, prevenir novos atos ilícitos e recompor os danos causados ao direito difuso com esteio na LACP.

Caso haja interesse em celebrar um acordo com repercussão sancionatória, os termos que ajustam a conduta de interessados e recompõem o dano ao erário – convencionados por meio de TAC sem repercussão sancionatória –, devem constar do ANPC, sendo desnecessária a realização de dois acordos separados (TAC e ANPC). Em outras palavras, o ANPC tratará das sanções impostas ao interessado, bem como o ajustamento de sua conduta e a reparação dos danos, de modo que as obrigações estabelecidas pelas partes que compõem o TAC serão absorvidas pelo ANPC.

Caso as partes não cheguem a um termo quanto à sanção a ser observada, sendo necessário o ajuizamento de ação de improbidade administrativa, o TAC sem repercussão sancionatória (com eventual Termo de Ajustamento da Conduta e a recomposição do dano) serve como baliza favorável ao réu no momento da dosimetria das sanções, na linha do entendimento anteriormente exposto. Mesmo entendimento se aplica caso se admita que o § 10-A insere uma autorização geral de solução consensual nas ações de improbidade administrativa, sendo então perfeitamente possível celebrar o TAC sem repercussão sancionatória (com submissão à homologação judicial) para ajustamento de conduta e reparação do dano após o ajuizamento da ação de improbidade. Porém, por não conter disposição sobre conteúdo sancionatório, a ação de improbidade terá que prosseguir, de modo que o TAC servirá como baliza para a dosimetria das sanções em favor do réu.

Cabe uma observação relevante quanto à oportunidade do TAC. Sem repercussão sancionatória, poderia o TAC ser celebrado em qualquer momento, não se limitando ao prazo anterior ao recebimento da contestação, como estabelece o § 10-A do art. 17. Uma barreira temporal não se coaduna com o microsistema difuso da tutela da probidade administrativa, que

está fundado na Lei nº 7.347/85 que, por sua vez, permite a celebração do TAC em qualquer momento, no curso do processo.

6.1.2 Acordos de ressarcimento de danos causados ao Erário

É indubitável que há casos de corrupção que não envolvem a configuração de dano material ao Erário. Todavia, haverá muitas situações em que o enriquecimento ilícito se custeia por recursos públicos, desviados de suas finalidades públicas, provocando graves prejuízos ao Erário. O devido enfrentamento do combate à corrupção perpassa pela necessidade de melhores resultados na recomposição dos danos ao erário. Muito pouco se avançará se o sistema punitivo se restringir à imposição de sanções, de modo que o viés reparatório, tutelado pelo microsistema difuso da probidade administrativa, não for garantido.

A tutela do patrimônio público está constitucionalmente estabelecida nos § 4º e 5º do art. 37 da Constituição Federal¹⁷, constituindo um dos pilares do adequado enfrentamento da corrupção. Tanto a Lei Geral de Improbidade Administrativa como a Lei Geral de Improbidade de Pessoas Jurídicas são bastante assertivas ao imporem o dever de reparação integral do dano decorrente de condutas ímprobas (art. 5º e 12, Lei Geral de Improbidade Administrativa) ou de atos lesivos contra a Administração Pública (art. 6º, § 3º, Lei Geral de Improbidade de Pessoas Jurídicas).

Importante observar que a condenação à reparação do dano não pode ser compreendida como aplicação de sanção, uma vez que está relacionada apenas com a responsabilização patrimonial¹⁸. Isto é, decorre do dever de indenizar em consequência de uma conduta ilícita comissiva ou omissiva que cause dano material ou moral a outrem, próprio ao

¹⁷ Com relação ao ressarcimento ao Erário, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese ao julgar o Recurso Extraordinário nº 852.475/SP: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao Erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei Geral de Improbidade Administrativa”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 897 – Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

¹⁸ Esse é o posicionamento majoritário da doutrina: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2015, pp. 114-116; PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**. Aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 172. Em sentido contrário está o posicionamento de Ricardo Marcondes Martins, considerando tratar-se de sanção administrativa. (MARTINS, Ricardo Marcondes. Disposições finais da Lei de Combate à Corrupção. *In*: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). **Direito Administrativo Sancionador**. Estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 566. Alexandre de Moraes também considera o ressarcimento ao erário como sanção, pois foi estabelecido assim como tal pela Constituição Federal e pela Lei Geral de Improbidade Administrativa. Walber de Moura Agra também a considera como “medida punitiva imediata e necessária da condenação por ato de improbidade administrativa” (AGRA, Walber de Moura. **Comentários sobre a lei de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 159).

Estado de Direito (art. 1º da Constituição Federal) que tutela direitos fundamentais (art. 5º da Constituição Federal), submetido a princípios constitucionais (art. 37, *caput* da Constituição Federal), e reproduzido no art. 927 do Código Civil. Possibilita-se a restauração do estado anterior das coisas (*status quo ante*), recompondo os prejuízos causados pelos atos ilícitos.

A condenação ao ressarcimento ao erário tampouco se confunde com a imposição de multa civil prevista como sanção no direito administrativo sancionador da improbidade (art. 12 da Lei Geral da Improbidade Administrativa). Deste modo, em que pese ambas terem reflexos patrimoniais, a recomposição do dano ao erário não decorre da atividade sancionatória estatal e prescinde de uma ação de improbidade administrativa, podendo ser obtida por outras vias judiciais e extrajudiciais.

Nesse sentido, a dimensão patrimonial da probidade administrativa pode ser tutelada por meio de ações civis públicas (regidas pela LACP), por meio do ajuizamento de ação popular (regidas pela LAP), bem como pela execução de títulos executivos extrajudiciais advindos da imputação de débito no âmbito dos Tribunais de Contas (com regência na Lei Orgânica de cada um).

O Acordo de Ressarcimento tem sido utilizado para ajustar condições, prazos e modo da recomposição do dano ao erário ou perda da vantagem indevida acrescida ilicitamente ao patrimônio do agente público¹⁹. Neste caso, como se trata de ajustes quanto à reparação de danos, interesses patrimoniais e, portanto, disponíveis quanto à forma de reparação, não existindo disposição sobre o valor em si, os ajustes com o particular não poderiam ser considerados como enquadráveis na antiga proibição do § 1º do art. 17 da LGIA. Em outros termos, nunca foram proibidos pelo ordenamento jurídico, mesmo quando o dano decorre da prática de improbidade administrativa.

A nosso ver, tanto na redação anterior quanto na redação vigente da LGIA, não haveria impedimento para que seja utilizado acordo de ressarcimento tão somente para a

¹⁹ BRASIL. Ministério Público Do Estado De São Paulo. **Resolução nº 1193/2020. I – Portarias de 11/03/2020.** A - Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais. § 3º. O ressarcimento do dano e o perdimento de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio não poderão ser objeto de composição sobre seu montante, mas tão-somente sobre a forma, prazo e modo de cumprimento da obrigação. Ministério Público Do Estado De São Paulo, mar. 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/DO_Estado/2020/DO_12-03-2020.html. Acesso em: 28 mar. 2020; BRASIL. Ministério Público Do Ceará. **Nota técnica nº 001/2020.** O ressarcimento ao erário, por sua própria conformação constitucional, não é passível de redução – mas pode haver negociação sobre a forma (restituição integral, recomposição do bem, indenização, prazo e parcelamento), especialmente tomando em conta a capacidade econômica do investigado/compromissário. Ministério Público Do Ceará, 2020. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/servicos/asscom/maisdestaques.asp>. Acesso em: 28 mar. 2020.

recomposição de danos^{20;21}. Será o mesmo caso do TAC sem repercussão sancionatória, pois caso seja ajuizada ação de improbidade administrativa para aplicação das sanções previstas pelo art. 12 da LGIA ou caso seja ajuizada ação civil pública para aplicação de sanções da LIPJ, o acordo deverá ser considerado no momento da dosimetria das sanções²².

Consideramos que o parcelamento do valor a ser ressarcido ao erário ou outro modo de cumprimento da obrigação de reparar o dano causado não estariam abrangidos por qualquer norma proibitiva de celebração de acordo em improbidade administrativa, ou limitados temporalmente pela nova disciplina de acordos no âmbito da Lei Geral de Improbidade, podendo ser viabilizados a qualquer tempo pelo interessado.

Essa é a medida que mais realizará o interesse público (em obter o retorno dos valores aos cofres públicos), dando-se mais efetividade nas normas de combate à corrupção. Conforme apontado anteriormente, o ressarcimento ao erário é um dos grandes gargalos do combate à corrupção, necessitando de medidas que efetivamente permitam o retorno dos valores desviados aos cofres públicos, de modo que todas as medidas que incrementem (sem dispor do valor devido), devem ser adotadas, sobretudo para quebrar a lógica econômica de que ilícitos de corrupção compensam financeiramente. Daí os ajustes quanto ao modo de adimplemento, parcelamento do valor, prazo para devolução dos valores, os quais são medidas que podem incrementar a efetividade da reparação de dano.

Por isso, as normas que disciplinam o parcelamento do débito (§ 2º do art. 2º da Lei nº 9.469/1997, alterada pela Lei nº 13.140/2015), permitindo o parcelamento do débito em até sessenta parcelas mensais e sucessivas, atualizado pela SELIC, poderão ser aplicadas no domínio da improbidade administrativa no âmbito federal. Para os acordos com os órgãos

²⁰ Landolfo Andrade também considera que não há qualquer vedação para a composição quanto ao ressarcimento ao erário, inclusive pode ser a via que melhor tutela o patrimônio público, de modo que o acordo quanto às condições, prazo e modo de reparação “pode revelar-se uma forma eficaz de adimplemento da dívida. Frisa-se, demais disso, que a pretensão ressarcitória pode ser veiculada numa ação civil pública autônoma, em que o acordo é plenamente possível, por força do disposto no art. 5º e 6º da Lei 7.347/1985 (LACP)” (ANDRADE, Landolfo. **Autocomposição na esfera da Improbidade Administrativa**. 18 abr. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/04/11/autocomposicao-na-esfera-de-improbidade-administrativa/>. Acesso em: 26 mar. 2020).

²¹ Ana Luiza Nery também era favorável à celebração de TAC para a recomposição do dano ao erário, “na qual poderia negociar a forma da devolução dessa quantia ao erário” (NERY, Ana Luiza. **Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pp. 164-165).

²² Esse é o posicionamento de Rogério Pacheco Alves, o qual concordamos, que aponta que o TAC que tem por objeto a reparação de dano integral, versando sobre as condições de sua implementação, não impedirá o ajuizamento de ação de improbidade para aplicação das sanções previstas na LGIA, de modo que o ajuste apenas será considerado por ocasião da dosimetria da pena como circunstância atenuante. Porém, adverte o autor, o ajuste não traz resultados satisfatórios, uma vez que o agente responderia por ação de improbidade de qualquer modo (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 908-909).

estaduais, deverá ser observada a norma de regência para o parcelamento do débito, dada a autonomia federativa para disciplinar a questão²³.

Cumpra ainda que as demais modalidades de acordo não necessariamente precisam prever o ressarcimento integral do dano, justamente em razão da dificuldade da reparação do dano, conforme pontua José Roberto Pimenta Oliveira²⁴. Concorda Fabio Medina Osório que “o ressarcimento integral ao erário não necessita figurar como cláusula obrigatória das transações levadas a efeitos pelos legitimados”²⁵, e que condicionar à reparação integral esvaziaria os instrumentos consensuais. Já Wallace Paiva Martins Júnior considera que o acordo de leniência está relacionado às sanções, e não à reparação do dano, mas esta pode ser compreendida como medida de garantia do resultado útil do processo a que se propõe o acordo de leniência²⁶.

Deste modo, embora seja recomendável a recomposição de dano em qualquer modalidade de acordo, entendemos que não é requisito para a celebração das demais modalidades. É recomendável que haja cláusula de comprometimento da parte em recompor o dano, mas esta não deve ser compreendida como requisito para a celebração do acordo, sobretudo porque pode inviabilizar os acordos de colaboração.

²³ No caso do Estado de São Paulo, é possível o parcelamento do débito em até 24 parcelas ou até 60 parcelas em prestações mensais, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente pelos índices oficiais, excluindo-se juros moratórios e honorários advocatícios se verificada a incapacidade econômica do devedor. Se o débito decorrer de dano extracontratual, é possível o parcelamento em até 3 prestações mensais, admitindo o abatimento de até 50% do valor atualizado do débito, corrigido pelos índices oficiais, excluindo-se juros moratórios e honorários advocatícios, após autorização das instâncias superiores, nos termos do art. 82 da Resolução PGE nº 17, de 28 de junho de 2017.

²⁴ Nesse sentido estão as ponderações de José Roberto Pimenta Oliveira: “Esse tratamento dado à reparação de dano no bojo do acordo de leniência mostra a dificuldade de tratar, no bojo do processo de celebração do acordo de leniência (PCAL), da temática afeta aos danos causados pelos atos de improbidade. Em rigor, acordo de leniência poderá se imiscuir na seara reparatória. Jamais poderá conter cláusula que assegure quitação, total ou parcial, dos valores, a título de ressarcimento de dano material ou moral. A sede própria de apuração de dano é o PERD, e não o processo administrativo de celebração de acordo de leniência. O motivo principal para esta dissociação entre leniência e reparação de danos está na imprescritibilidade do processo administrativo do acordo (art. 16) para levar a efeito uma completa e esgotada apreciação das circunstâncias de fato, no sentido de embasar uma apreciação administrativa qualitativamente adequada na imputação das consequências reparatórias do ilícito. Esta é a função exclusiva do PERD, de que trata o art. 13” (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 13. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. **Lei Anticorrupção comentada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 165).

²⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto da não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial. **Migalhas**, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/8a049e343b44ed_artigopacoteanticrimeeimprobid.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2020.

²⁶ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Comentários ao art. 21. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. **Lei Anticorrupção comentada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 260-261.

Porém, alguns órgãos consideraram a recomposição de dano como requisito para a celebração do acordo de não persecução cível, como o MPSP²⁷ e o MPCE²⁸.

6.1.3 Outros acordos

Diversos acordos envolvendo condutas ímprobas estavam sendo celebrados na vigência da norma proibitiva da LGIA, com base na Lei nº 13.140/2015, que disciplina a hipótese de autocomposição envolvendo conflitos entre os entes da Administração Pública. Isto porque a Lei em comento possui uma previsão de acordo mesmo em ação de improbidade administrativa no § 4º do art. 36.

A Lei nº 13.140/2015 dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública (art. 1º). O capítulo I é dedicado ao instituto da mediação e o capítulo II se volta para a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público. Em sua seção II, a lei trata “dos Conflitos Envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações”. Neste contexto, o art. 36 preceitua que, “no caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União”. No mesmo dispositivo, o § 4º estabelece que, “nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator”.

Compreendeu-se que esta possibilidade de “acordos em ação de improbidade administrativa” significaria uma abertura geral para a celebração de acordos, mesmo na vigência da antiga redação do § 1º da LGIA, que teria sido revogada pela lei posterior. Nesse sentido, se a lei vedava completamente a celebração de acordos e a Lei de Mediação autoriza,

²⁷ BRASIL. Ministério Público Do Estado De São Paulo. **Resolução nº 1193/2020. I – Portarias de 11/03/2020.** A - Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais. art. 5º, VII – Dever de reparação integral do dano atualizado monetariamente, acrescido de juros legais e perdimento de bens e valores acrescidos ilicitamente. Ministério Público Do Estado De São Paulo, mar. 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/DO_Estado/2020/DO_12-03-2020.html. Acesso em: 28 mar. 2020.

²⁸ BRASIL. Ministério Público Do Ceará. **Nota técnica nº 001/2020.** O ressarcimento ao erário, por sua própria conformação constitucional, não é passível de redução – mas pode haver negociação sobre a forma (restituição integral, recomposição do bem, indenização, prazo e parcelamento), especialmente tomando em conta a capacidade econômica do investigado/compromissário. Ministério Público Do Ceará, 2020. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/servicos/asscom/maisdestaques.asp>. Acesso em: 28 mar. 2020.

significaria que a vedação havia sido superada, admitindo-se a autocomposição no domínio da improbidade administrativa.

Discordamos de tal posicionamento. A Lei de Mediação confirma o tratamento da antiga vedação da LGIA. O escopo da Lei não é abrangente como se pretende conferir por aqueles que compreendem que a norma revogou a então redação do art. 17, §1º da LGIA. Vários argumentos podem ser demonstrados para esta conclusão.

Primeiro, a Lei nº 13.140 seria uma lei processual, de caráter instrumental, estabelecendo um meio de resolução de conflitos, que não poderia ter o condão de derogar a aplicação de uma lei material, sobretudo com disposição especial como era a previsão do § 1º do art. 17 da LGIA.

Segundo, a autorização dada pela Lei nº 13.140/2015 é para a autocomposição entre pessoas jurídicas de direito públicos, excluindo a possibilidade de acordo com particulares réus de uma ação de improbidade administrativa. Sequer seria possível ampliar a autorização legal, uma vez que está dentro da norma que regulamenta os conflitos entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal. Luzardo Faria aponta que a Lei de Mediação deve ser aplicada apenas aos casos específicos “e até raríssimos – casos de improbidade em que o conflito é estabelecido entre dois entes públicos”²⁹.

A autocomposição a que se refere a lei mencionada apenas pode ser utilizada no caso específico de litígio entre entes públicos, quando a origem deste litígio envolve ato cuja validade é questionada, envolvendo a acusação da prática de improbidade administrativa. Apenas para este caso a lei permite que o acordo seja homologado junto ao juízo em que tramita a ação de improbidade. Nesse sentido está o posicionamento de Wallace Paiva Martins Junior, que aduz que a Lei de Mediação se preocupou em resolver extrajudicialmente “o ato jurídico que deu causa à improbidade, não sobre a repressão desta”³⁰.

A Lei nº 13.140 trata apenas da manutenção ou alteração do ato jurídico que está inserido na causa de pedir ação de improbidade. Não se refere a uma composição sobre a pretensão punitiva da ação de improbidade, pois isso era então vedado pelo sistema. Justamente em razão da antiga vedação, era necessária a homologação judicial, impedindo que houvesse qualquer tipo de composição prejudicial à pretensão punitiva, reforçando o conteúdo da antiga redação do art. 17 da LGIA.

²⁹ FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no direito administrativo**. Orientador: Daniel Wunder Hachem. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 296.

³⁰ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Administração Pública, resolução extrajudicial de conflitos e compromisso de ajustamento de conduta. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, v. 8, mar. 2019, pp. 87-126.

Além da Lei da Mediação, o Código de Processo Civil tem servido de fundamento para a celebração de acordos. A possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos previstos no art. 190 do Código de Processo Civil é uma cláusula geral de negociação sobre o próprio processo civil, superando a regra de que o processo civil deve se dar em estrita conformidade com as normas processuais civis cogentes, que preceituam exatamente como a ação judicial deve tramitar.

Contudo, a autorização para a celebração de negócios jurídicos prevista no CPC tem caráter geral e não disciplina qualquer aspecto sancionatório inerente ao domínio da improbidade administrativa, de modo que acordos nesta matéria não podem ser celebrados apenas com base no art. 190 do CPC/2015.

Conforme visto, a existência de uma cláusula geral de negociação dentro do sistema processual civil foi bastante relevante para que houvesse a expansão da consensualidade no ordenamento jurídico pátrio, permitindo o avanço da via consensual como forma alternativa de resolução de conflitos. Contudo, o domínio da improbidade administrativa, sobretudo em razão de seu caráter sancionatório, possui especificidades que não foram revogadas pelo novo Código de Processo Civil, que apenas se aplica de forma subsidiária no contexto da Lei nº 8.429/1992, por força do art. 19 da Lei nº 7.347/85.

Além do mais, o CPC disciplina a matéria processual e não o direito material. Logo, somente pode ser aplicado subsidiariamente na parte processual (e não no direito material) das leis que compõem o domínio da improbidade administrativa; de modo que discordamos que o CPC possa servir como fundamento legal direto para a celebração de negócio jurídico atípico no domínio da improbidade administrativa, podendo apenas servir como embasamento legal no que se refere à parte processual, e de forma subsidiária aos diplomas processuais especiais e aplicáveis.

6.2 ACORDOS COM REPERCUSSÃO SANCIONATÓRIA

No geral, são instrumentos consensuais que permitem a mitigação do conjunto de sanções aplicáveis em face de sujeitos passíveis de responsabilização que, por sua vez, comprometem-se com o cumprimento do acordo, incluindo a submissão à sanção acordada entre as partes, além de outras obrigações ou condições estabelecidas na forma da lei.

Considerando a sistemática constitucional de responsabilização por ato de improbidade administrativa (§ 4º do art. 37 da Constituição Federal), na qual impõe o sancionamento do infrator, consideramos que não é possível a abdicação total das sanções previstas no domínio da improbidade sem expressa autorização legal, de modo que o acordo

sem repercussão sancionatória somente é admissível nos casos mencionados, com função prospectiva (evitar a ocorrência de novos ilícitos, de modo que o acordo servirá como fator na dosimetria da pena), ou para a reparação do dano; acordos estes que não têm o condão de evitar a judicialização, tampouco permitem a extinção das ações em curso. Estes servem apenas como dosimetria das sanções, considerando a cooperação do interessado.

O art. 37, § 4º da Constituição Federal prevê como consequência imediata do ato de improbidade administrativa a condenação sancionatória³¹ e a reparação integral do dano. Deste modo, entendemos que apenas a lei poderia isentar totalmente o ofensor. Caso não haja previsão legal, o acordo deverá prever uma das sanções do domínio da improbidade administrativa, possuindo, necessariamente, cunho sancionatório³².

A possibilidade de fixação de uma das sanções previstas no domínio da improbidade administrativa por via do acordo de cunho sancionatório também é compatível com a desnecessidade de cumulatividade das sanções expressamente dispostas no *caput* do art. 12 da LGIA³³, na redação dada pela Lei nº 12.120/2009, que está de acordo com a previsão constitucional que confere ao Poder Legislativo estabelecer a forma e gradação de tais sanções³⁴. Estabelecida a possibilidade de fixação de uma única sanção em condenação judicial, não há como suscitar a impossibilidade de que, em sede de acordo, esta mesma solução seja acolhida.

Esse é o entendimento que adotamos em relação aos acordos, sobretudo aos acordos sem regramento específico no domínio da improbidade administrativa. É certo que é razoável o entendimento de que, em razão da consensualidade, que pressupõe concessões, seria possível

³¹ No mesmo sentido, afirma José Roberto Pimenta Oliveira: “Verificada a improbidade, nasce o dever ético-jurídico de imposição das sanções previstas no direito positivo, por determinação constitucional (art. 37, § 4º da CF)” (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 295).

³² Nesse sentido está a Resolução CNMP nº 179/2019, bem como a Nota Técnica nº 001/2020 do Ministério Público do Estado do Ceará. (BRASIL. Ministério Público Do Ceará. Nota técnica nº 001/2020. O ressarcimento ao erário, por sua própria conformação constitucional, não é passível de redução – mas pode haver negociação sobre a forma (restituição integral, recomposição do bem, indenização, prazo e parcelamento), especialmente tomando em conta a capacidade econômica do investigado/compromissário. **Ministério Público Do Ceará**, 2020. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/servicos/asscom/maisdestaques.asp>. Acesso em: 28 mar. 2020.)

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em tese**. 11. O magistrado não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDICAO+N.+40%3A+IMPROBIDADE+ADMINISTRATIVA+-+II>. Acesso em: 26 mar. 2020.

³⁴ Em sentido contrário, José Roberto Pimenta Oliveira leciona que as sanções constitucionais não podem ser ignoradas pelo Poder Judiciário na condenação de responsáveis pela prática de ato de improbidade administrativa, e são elementos fundamentais para se estruturar o juízo de tipificação formal e material no campo da improbidade administrativa.

a isenção total da aplicação das sanções, ainda que não houvesse autorização legal. Porém, consideramos que a sistemática constitucional estabelecida, na qual o § 4º do art. 37 prevê uma reserva legal para a gradação das sanções, faz com que apenas a lei possa autorizar uma imunidade total aos atos de improbidade administrativa. Além disso, as principais normas do microsistema da probidade não preveem a total isenção da sanção³⁵. Nesse sentido preconiza Igor Pereira Pinheiro:

Portanto, existe um piso obrigatório nas sanções a serem aplicadas consensualmente em sede de improbidade administrativa, a saber: reparação do dano e, pelo menos, qualquer das outras estipuladas pelo art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa (...)

Trata-se de diretriz cogente, que, se descumprida, ensejará a anulação do acordo por conta da manifesta proteção deficiente à probidade administrativa, o que representes uma igual violação ao princípio da tutela mínima anticorrupção que incide sobre a ordem jurídica brasileira³⁶.

Esta é a interpretação acolhida também na Resolução nº 179/2017 do CNMP. Após a vigência da nova redação da LGIA, advinda da Lei nº 13.964/2019, também foi o entendimento do Ministério Público do Estado de São Paulo³⁷ e do Ministério Público do Ceará³⁸.

Sobre as sanções a serem contempladas em acordo, deve-se recorrer às sanções previstas no domínio da improbidade administrativa, em razão do princípio da legalidade e da tipicidade. E, justamente por se tratar de um domínio singular de responsabilização, as sanções a serem previstas por intermédio de acordo devem estar previamente previstas em lei nacional,

³⁵ O acordo de leniência não isenta o colaborador de todas as sanções, pois remanesce o dever de pagamento de multa, embora o valor possa ser reduzido em até 2/3, de acordo com o § 2º do art. 16 da LIPJ.

³⁶ PINHEIRO, Igor Pereira. Acordo de não persecução cível. In: CALVACANTE, André Clark Nunes [et al]. **Lei anticrime comentada**. Leme: JH Mizuno, 2020, pp. 156-157.

³⁷ RESOLUÇÃO Nº1193/2020. “. 5º – O instrumento que formalizar o acordo deverá conter obrigatoriamente os seguintes itens, inseridos separadamente: VIII – Previsão de aplicação de duas ou mais medidas sancionatórias na hipótese de ato previsto no art. 9º ou uma ou mais medidas na hipótese de atos previstos nos arts. 10 e 11 da Lei n. 8.429/92, observados os limites máximos e mínimos legais, sem prejuízo do disposto no inciso anterior”. Com relação a esta solução do MPSP, não nos parece adequada a solução empregada determinando a imposição de duas sanções em caso de enriquecimento ilícito. Esta imposição contraria o *caput* do art. 12 da LGIA que não traz tal exceção para não cumulatividade das sanções. (BRASIL. Ministério Público Do Estado De São Paulo. **Resolução nº 1193/2020. I – Portarias de 11/03/2020. A** - Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais. art. 5º, VII – Dever de reparação integral do dano atualizado monetariamente, acrescido de juros legais e perdimento de bens e valores acrescidos ilícitamente. Ministério Público Do Estado De São Paulo, mar. 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/DO_Estado/2020/DO_12-03-2020.html. Acesso em: 28 mar. 2020)

³⁸ Nota Técnica Nº 001/2020. “Além do ressarcimento, deve haver a aplicação de ao menos uma das sanções previstas na LIA (art. 12) – mantido o caráter repressivo e prevenção geral”. (BRASIL. Ministério Público Do Ceará. **Nota técnica nº 001/2020**. O ressarcimento ao erário, por sua própria conformação constitucional, não é passível de redução – mas pode haver negociação sobre a forma (restituição integral, recomposição do bem, indenização, prazo e parcelamento), especialmente tomando em conta a capacidade econômica do investigado/compromissário. Ministério Público Do Ceará, 2020. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/servicos/asscom/maisdestaques.asp>. Acesso em: 28 mar. 2020)

não sendo possível a aplicação de outras sanções previstas em esferas de responsabilidade distinta.

Também será preciso buscar no próprio domínio da improbidade administrativa os parâmetros para a fixação da sanção pertinente a ser cumprida pelo interessado nas diferentes modalidades de acordos possíveis.

A Lei nº 8.429/92 traz como baliza para aplicação das sanções a gravidade do fato, a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido (art. 12, *caput* e parágrafo único). Já a Lei nº 12.846/2013 determina que a aplicação da sanção deve considerar a gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator, a consumação ou não da infração, o grau de lesão ou perigo de lesão, o efeito negativo produzido pela infração, a situação econômica do infrator, a cooperação para apuração das infrações, a existência de mecanismos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e aplicação efetiva dos códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, o valor dos contratos da pessoa jurídica com a Administração Pública (previstos no art. 7º da LIPJ).

Além desses parâmetros expressamente previstos pela legislação que compõe o domínio da improbidade administrativa, há os parâmetros implícitos e inerentes ao Direito Administrativo Sancionador, sobretudo os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, eficiência e culpabilidade³⁹.

Inclusive, esses princípios mencionados serão balizas para as sanções que serão imputadas à parte interessada, pois deverá haver pertinência entre o ilícito e a sanção aplicada, para que seja suficiente como resposta ao ato de improbidade administrativa e o bastante para evitar novas condutas ímprobas, de modo que haja uma “relação de pertinência e eficácia entre o ilícito praticado e as sanções aplicadas”⁴⁰.

Por outro lado, não consideramos que o regime sancionatório por ato de improbidade impõe uma obrigatória jurisdicionalização da reação sancionatória como afirma, por exemplo, José Roberto Pimenta Oliveira⁴¹. O mandamento constitucional não é taxativo ao

³⁹ A Nota Técnica nº 001/2020 do Ministério Público do Estado do Ceará aponta como requisito para a homologação do acordo de não persecução cível a “legalidade e pertinência (suficiência adequação). Princípios aplicáveis: Proporcionalidade, Razoabilidade e Eficiência”. (BRASIL. Ministério Público Do Ceará. **Nota técnica nº 001/2020**. O ressarcimento ao erário, por sua própria conformação constitucional, não é passível de redução – mas pode haver negociação sobre a forma (restituição integral, recomposição do bem, indenização, prazo e parcelamento), especialmente tomando em conta a capacidade econômica do investigado/compromissário. Ministério Público Do Ceará, 2020. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/servicos/asscom/maisdestaques.asp>. Acesso em: 28 mar. 2020)

⁴⁰ PINHEIRO, Igor Pereira. Acordo de não persecução cível. *In*: CALVACANTE, André Clark Nunes *et al.* **Lei anticrime comentada**. Leme: JH Mizuno, 2020, p. 156.

⁴¹ Nesse sentido estão as ponderações de José Roberto Pimenta Oliveira: “Em rigor, com a previsão do sistema no art. 37, § 4º, o Texto Constitucional estabeleceu um mandamento supralegal de obrigatória jurisdicionalização da

estabelecer que apenas o juiz poderá sancionar o autor de conduta ímproba e demais responsáveis. Pelo contrário, a Constituição Federal dá poderes para que o Poder Legislativo Federal estabeleça a “forma” e a gradação das sanções, de modo que não há uma relação direta e necessária da condenação por ato de improbidade pelo Poder Judiciário.

Tal entendimento é reforçado com o advento da Lei Geral de Improbidade de Pessoa Jurídica, na qual parte das sanções podem (e devem) ser estabelecidas pela pessoa jurídica no processo de responsabilização no âmbito administrativo.

Isto posto, é possível concluir que as sanções podem ser estabelecidas pelos órgãos competentes para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa (com fundamento na Lei nº 8.429/1992 e Lei nº 12.846/2013), por meio de acordos extrajudiciais, sem que haja uma necessária jurisdicionalização desta pretensão, de modo que resta perfeitamente possível que as sanções sejam estipuladas no acordo firmado pelas partes no âmbito administrativo.

Dentro dessa lógica, à luz da nova redação da Lei Geral de Improbidade Administrativa, verificar-se-á quais as modalidades de acordos possíveis.

6.2.1. Acordo de não persecução cível e solução consensual na nova redação da Lei Geral de Improbidade Administrativa

A recentíssima Lei nº 13.964/19, também conhecida como “Pacote Anticrime”, sancionada pelo Presidente da República no dia 24/12/2019, altera o § 1º e o § 10 do art. 17 da Lei nº 8.429, autorizando a celebração de acordo de não persecução cível, bem como solução consensual que pode embasar a interrupção do prazo de contestação nas ações de improbidade ajuizadas. Com a nova Lei, foi inserida previsão expressa admitindo a consensualidade no âmbito da LGIA, pondo fim na discussão sobre o cabimento de acordos nas ações de improbidade administrativa.

Em razão do veto do art. 17-A do projeto de Lei, pelo Presidente da República, além da autorização expressa para celebração de termo de não persecução cível e solução consensual

reação sancionatória à prática de improbidade administrativa, por partes de agentes públicos e particulares (pessoas físicas e jurídicas). Concentrando a titularidade das sanções nas mãos do Poder Judiciário, após a introdução da irrestrita aplicação da proporcionalidade (por força da contestável Lei nº 12.120/2009), com competência acusatória reconhecida ao Ministério Público Federal (cf. 17 da LGIA), não por menos que este domínio punitivo floresceu ao longo dos últimos 30 anos, tornando-se a LGIA verdadeira e incontestável Lei Nacional Anticorrupção, cujo título só recentemente o Poder Executivo tentou enfraquecer com o nominalismo empregado na Lei nº 12.846” (OLVEIRA, 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, Reginal Tamami (Coord.). **Carreiras típicas de Estado**. Desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 190).

dentro do prazo para a contestação, não há nada mais especificado sobre a consensualidade na Lei Geral de Improbidade Administrativa.

Anota-se que as alterações são muito recentes, de modo que não há praticamente doutrina sobre as inovações legislativas, tampouco livros abordando o tema da consensualidade, com reflexões aprofundadas sobre a recente alteração legislativa e suas consequências. Nesse passo, a análise da norma e seu alcance será realizada apenas com base na interpretação do dispositivo legal, bem como na análise do histórico do processo legislativo que culminou na nova redação do art. 17 da Lei nº 8.429/92, recorrendo-se aos métodos clássicos de interpretação para inferir o alcance e o conteúdo da nova disciplina legal.

Com a aplicação da lei e celebração de acordos sob esta nova vertente da consensualidade positivada, é certo que a pacificação do conteúdo e alcance do novo regramento também será definida pela jurisprudência, de modo que será feita uma abordagem inicial com base na redação atual da Lei Geral de Improbidade Administrativa.

É preciso ressaltar e criticar que, embora a inovação constitua um avanço na legislação da improbidade administrativa, revogando expressamente a proibição da celebração de qualquer acordo na Lei nº 8.429/92, adequando-se a LGIA ao paradigma de Direito Administrativo Sancionador consensual, não foi empregada a melhor técnica legislativa, tendo o Poder Legislativo perdido a oportunidade de disciplinar com mais clareza o acordo no domínio da improbidade administrativa. Deste modo, relevante a discussão do alcance da norma e sua harmonização dentro do domínio da improbidade administrativa, com o intuito de conferir ao sistema punitivo mínimo de segurança jurídica.

Com a nova redação dos parágrafos do art. 17 da Lei Geral de Improbidade Administrativa, supera-se, em definitivo, a vedação de acordos no âmbito da LGIA. É importante observar que, para nós, este dispositivo já estava revogado tacitamente⁴², pois não era mais condizente com o ordenamento jurídico em cujas fronteiras a consensualidade se tornou uma importante alternativa na atividade administrativa, inclusive no domínio da improbidade administrativa. A alteração da Lei apenas reforçou expressamente o que já havia sido compreendido pela parte majoritária da doutrina, extirpando um dispositivo que já se encontrava obsoleto e positivando a autorização para a celebração de acordos, conferindo necessária coerência e previsibilidade a fim de promover segurança jurídica.

Antes de adentrarmos à nova redação da Lei nº 8.429/92, é preciso analisar o que foi efetivamente vetado, bem como as razões do veto do art. 17-A, da Lei nº 13.964/19, para

⁴² Ver capítulo 5.

que possamos entender qual foi a pretensão de se manter tão somente a previsão do § 1º e § 10-A do art. 17 da LGIA.

Inicialmente, o Projeto de Lei nº 882/2019, apresentado pelo Poder Executivo em 19-02-2019, revogava a antiga proibição do § 1º do art. 17 para possibilitar acordos de colaboração ou de leniência, termo de ajustamento de conduta ou termo de cessação de conduta, aplicando, no que coubesse, a Lei nº 12.850/2013 e a Lei nº 12.846/2013⁴³.

O Poder Executivo apresentava esta ampla alteração como uma das medidas para o combate à corrupção, apontada como sistêmica e endêmica no País, cujo enfrentamento não teria alcançado os resultados desejáveis, mencionando expressamente que o § 1º do art. 17 da LGIA não era mais compatível com os institutos consensuais inseridos no ordenamento jurídico⁴⁴.

O Pacote Anticrime encaminhado pelo Poder Executivo foi bastante alterado durante a sua tramitação pelo Legislativo, tendo a Câmara dos Deputados retirado a previsão de acordo para improbidade administrativa (Projeto de Lei nº 10.372/2018⁴⁵). Posteriormente, o Senado Federal inseriu no texto a possibilidade de acordo de não persecução cível, a ser celebrado unicamente pelo Ministério Público (e não pela pessoa jurídica lesada, colegitimada para o ajuizamento de ação civil pública de improbidade administrativa), estabelecendo que seria um ato discricionário (utilizando a expressão “conforme as circunstâncias do caso concreto”) e os requisitos para a sua celebração.⁴⁶ Além do art. 17-A, também foi prevista a

⁴³ Art. 6º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, passa a vigorar com as seguintes alterações: “art. 17. (...) § 1º A transação, o acordo ou a conciliação nas ações de que trata este artigo poderão ser celebradas por meio de acordo de colaboração ou de leniência, de termo de ajustamento de conduta ou de termo de cessação de conduta, com aplicação, no que couber, das regras previstas na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013”. (BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Portal da Legislação**, Brasília, jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 26 mar. 2020)

⁴⁴ “A lei ora sob exame dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional. O que ora se propõe é a substituição do § 1º do art. 17, que proíbe a transação, acordo ou conciliação nas ações de sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público, por outro que permita estas diversas formas de acordo. A vedação não faz mais sentido, face à previsão do acordo de colaboração no crime e do acordo de leniência na Lei no 12.846, de 1º de agosto de 2013”. (*Op. Cit.*)

⁴⁵ *Op. Cit.*

⁴⁶ 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. § 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

possibilidade de interrupção do prazo para a contestação ante a possibilidade de solução consensual no § 10-A do art. 17 (Projeto de Lei nº 6341/2019⁴⁷). Posteriormente, o projeto de Lei do Senado foi parcialmente vetado pelo Presidente da República, permanecendo a possibilidade de acordo de não persecução cível por todos os colegitimados da ação de improbidade, bem como a possibilidade de solução negocial após o ajuizamento da AIA até o prazo da contestação.

O Presidente da República vetou a possibilidade do acordo de não persecução cível ser firmado no curso de ação de improbidade. O veto de tal dispositivo teve como fundamento o fato de que, ao poder ser celebrado o acordo de não persecução cível em qualquer fase do processo judicial, o infrator estaria sendo incentivado a continuar na ação, possuindo um instrumento de barganha com o autor da ação, o que poderia afetar a busca por melhores resultados⁴⁸.

Sobre esse parágrafo, parece-nos que o veto foi adequado, uma vez que a possibilidade de acordo de não persecução cível supõe o não ajuizamento de uma ação judicial. Isto é, esse tipo de acordo ocorre na fase pré-processual, seja durante um Inquérito Civil ou um processo administrativo, pois o que se objetiva, essencialmente, com este tipo de acordo, é a composição entre as partes, dentre outros motivos, para evitar a judicialização da controvérsia.

O Estado estaria dispondo de um instrumento processual (ação de improbidade administrativa), que, em tese, pode conduzir à imposição de todas as sanções a que se refere o art. 12 da LGIA, para acordar com o interessado uma resposta ao ato de improbidade, com o intuito de colocar fim ao conflito de forma célere, sem ter que ajuizar demanda judicial para a imposição de sanções. Nesse sentido, havia uma incongruência absoluta com o próprio instituto de não persecução cível ao permitir que o acordo fosse feito em qualquer fase do processo, com

Cumprido o disposto no § 4º deste artigo, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação”. (BRASIL. Ministério Público do Estado do Ceará. – MPCE. **Nota técnica nº 001/2020**. CAODPP - Centro de Apoio do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa, Fortaleza, 4 fev. 2020. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2020/02/11fev20_CAODPP_nota-tecnica-acordo-nao-persecucao-civil.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020)

⁴⁷ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 6341, de 2019**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140099>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

⁴⁸ Consta das razões do veto a seguinte justificativa: “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.” (BRASIL. Mensagem nº 726, de 24 de dezembro de 2019. **Portal da Legislação**, Brasília, dez. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm>. Acesso em: 26 mar. 2020)

um incentivo reverso ao infrator em ter interesse em continuar com a ação, já que teria um instituto consensual à sua disposição.

Nesse ponto, concordamos com o veto e suas razões, uma vez que a previsão desnaturava o próprio instituto de ANPC, conforme mencionado, pressupõe o não ajuizamento de ação, resolvendo-se a resposta ao ilícito na fase pré-processual.

O Presidente da República também vetou o dispositivo do Projeto de Lei que mais especificava o acordo de não persecução cível, eliminando da Lei Geral de Improbidade Administrativa qualquer requisito e especificação para celebração do referido acordo, deixando para uma futura regulamentação as hipóteses e condições que o acordo de não persecução cível poderá ser celebrado.

Já o art. 17-A da Lei nº 8.429/92, alterado pelo art. 6º do Projeto de Lei nº 6.341/2019, permitia apenas ao Ministério Público a legitimidade para a celebração do acordo de não persecução cível, deixando a pessoa jurídica lesada, colegitimada para a propositura da ação de improbidade, sem tal possibilidade.

Ora, ao excluir a potestade de celebrar o acordo de não persecução cível uma categoria relevante de colegitimados para a propositura da AIA (entes políticos e entes governamentais), o Projeto de Lei tornava o inciso totalmente incompatível com o próprio sistema de tutela da probidade administrativa, que confere legitimidade concorrente e disjuntiva ao Ministério Público e à pessoa jurídica lesada (art. 17, *caput*, LGIA e art. 19, *caput*, LIPJ). Além do mais, gerava uma insegurança jurídica indesejada com a limitação da competência para celebração de acordos, uma vez que em outros instrumentos consensuais a pessoa jurídica lesada é competente para a formalização de acordos (v.g., TAC, acordos de leniência).

Essa foi a razão para o veto de todo o art. 17-A do Projeto de Lei, tendo sido expressamente apontado que tal dispositivo é absolutamente incongruente com a própria LGIA (que não limita a legitimidade ativa ao Ministério Público), bem como representa um retrocesso ao impossibilitar que a pessoa jurídica lesada possa celebrar o referido acordo, uma vez que esta possui inegável interesse em não ajuizar ação judicial⁴⁹.

⁴⁹ Consta das razões do veto a seguinte justificativa: “A propositura legislativa, ao determinar que caberá ao Ministério Público a celebração de acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa, contraria o interesse público e gera insegurança jurídica ao ser incongruente com o art. 17 da própria Lei Geral de Improbidade Administrativa, que se mantém inalterado, o qual dispõe que a ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa pode ser proposta pelo Ministério Público e/ou pessoa jurídica interessada leia-se, aqui, pessoa jurídica de direito público vítima do ato de improbidade. Assim, excluir o ente público lesado da possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível representa retrocesso da matéria, haja vista se tratar de real interessado na finalização da demanda, além de não se apresentar harmônico com o sistema jurídico vigente”. (BRASIL. Mensagem nº 726, de 24 de dezembro de 2019. **Portal da Legislação**, Brasília, dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm. Acesso em: 26 mar. 2020)

Sobre esse veto, enfatizamos a absoluta concordância com o posicionamento adotado pela Presidência da República, sobretudo porque o objetivo da inovação legislativa é incrementar o combate à corrupção, e não o enfraquecer. Limitar o acordo de não persecução cível ao Ministério Público, para muito além de contrariar o art. 17, *caput* da LGIA e o § 1º do art. 16 e *caput* do art. 19 da LIPJ e criar incongruência no sistema processual da probidade administrativa, diminui indevidamente o papel da Advocacia Pública, representante da pessoa jurídica lesada, e reduz o próprio sistema de controle, que tem na pessoa jurídica lesada um dos principais protagonistas, sobretudo porque se trata da vítima do ato de corrupção e para quem serão revertidos os valores obtidos pelo ressarcimento do dano ou perdimento dos bens ilicitamente acrescidos ao patrimônio de agentes públicos e terceiros.

Ocorre que, ao vetar o dispositivo do PL nº 6.341/2019, todos os requisitos especificados nesse artigo acabaram sendo vetados, deixando o ANPC sem nenhum regramento legal. Tal vácuo legislativo exigirá bastantes esforços dos operadores do direito em dar a interpretação adequada aos novos dispositivos legais, gerando uma insegurança jurídica indesejada, ainda mais na seara de acordos no domínio de improbidade administrativa, que há diversas barreiras em sua admissibilidade⁵⁰.

Com efeito, a previsão vetada do art. 17-A, embora passível de diversas críticas, ao menos, inseria como requisito legal algumas condições para a celebração do acordo de não persecução cível. A redação previa como resultados mínimos o integral ressarcimento do dano; a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados, bem como o pagamento de multa de 20% do valor do dano ou da vantagem indevida auferida, a depender da situação econômica do infrator⁵¹.

⁵⁰ Conforme abordado no capítulo 3, 4 e 5.

⁵¹ O dispositivo vetado possuía a seguinte redação: “Art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados: I - o integral ressarcimento do dano; II - a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados; III - o pagamento de multa de até 20% (vinte por cento) do valor do dano ou da vantagem auferida, atendendo a situação econômica do agente”.

“§ 1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso”. “§ 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. BRASIL. Projeto de lei nº 6341 de 2019. **Portal da Legislação**, Brasília, dez. 2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8052825&mime=application/xml&disposition=inline>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

§ 5º Cumprido o disposto no § 4º deste artigo, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação”. (BRASIL. Mensagem nº 726, de 24 de dezembro de 2019. **Portal da Legislação**, Brasília, dez. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm>. Acesso em: 26 mar. 2020)

O benefício da não propositura de ação de improbidade, liberando parcialmente o infrator das severas sanções previstas no art. 12 da LGIA, no dispositivo vetado, estabelecia como requisito o ressarcimento integral do dano ou perda do valor acrescido indevidamente, e também exigia, de antemão, a aplicação de uma das sanções já previstas pelo art. 12 da Lei nº 8.429/92, que era a aplicação de multa de até 20% do valor do dano ou da vantagem auferida.

Embora não tenha mencionado que essa multa de 20% prevista seria a multa civil, é possível concluir que possuía a natureza desta, pois não se tratava de multa moratória, mas sancionatória. Deste modo, na forma do art. 17-A vetado, o acordo deveria conter, ao menos, uma das sanções previstas pela Lei Geral de Improbidade Administrativa.

Além do mais, no § 1º do art. 17-A da LGIA, o acordo levaria 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. Era louvável o estabelecimento dos requisitos e condições para a celebração de ANPC, inclusive já especificando quais das sanções da Lei Geral de Improbidade Administrativa seria impositivo ao interessado, conferindo um conteúdo sancionatório mínimo ao acordo, no domínio da improbidade administrativa.

Do dispositivo vetado também era possível inferir que o ANPC seria uma opção discricionária do órgão competente (já que estabelecia que “o Ministério Público poderá celebrar o acordo, conforme as circunstâncias do caso concreto”), ficando afastado o direito público subjetivo ao acordo de não persecução pelos interessados.

A previsão do § 1º do art. 17-A conferia as balizas para a discricionariedade do Ministério Público, de modo que seria necessária uma motivação nas razões da celebração, ou da não celebração do acordo, baseadas na ofensa ao bem jurídico, personalidade do ofensor, repercussão social do ato de improbidade e as vantagens para o interesse público.

Ademais, uma das interpretações possíveis deste dispositivo seria no sentido de dar primazia para os casos de violação de menor potencial ofensivo ao bem jurídico tutelado. Isto porque, ao prever que o acordo dependeria das circunstâncias do caso concreto (natureza, gravidade e repercussão social do ato de improbidade administrativa), era possível supor que para os casos de maior gravidade (cuja ofensa é mais intensa ao bem jurídico), o acordo exigiria maior argumentação do órgão competente, de maneira a obrigá-lo a justificar a opção consensual com base nos demais elementos, em um juízo de ponderação, dificultando a via consensual para estes casos.

Do mesmo modo, haveria restrição para os agentes reincidentes, ainda que a ofensa ao bem jurídico fosse de menor intensidade, pois a celebração do acordo consideraria a

personalidade do agente e as circunstâncias da ofensa; de modo que os demais elementos do dispositivo deveriam justificar a celebração de acordo com base na ponderação, exigindo a devida motivação do órgão celebrante. Aliás, o instituto de não persecução penal prevê como requisitos para a celebração os crimes sem grave ameaça ou violência, com pena mínima inferior a 4 anos, para não reincidentes ou não praticados por agente de forma habitual ou reiterada, não praticado por agente já beneficiado nos cinco anos anteriores com outro acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo (art. 28-A da Lei nº 13.964/2019); sinalizando que o agente que praticou o ilícito de forma reiterada, habitual ou reincidente teria restrição à via consensual também no domínio da improbidade administrativa.

Era possível a interpretação que o legislador priorizava resolver a questão dos atos de improbidade de menor potencial ofensivo, permitindo o acordo de não persecução cível, deixando para o âmbito judicial apenas os casos de maior repercussão ao bem jurídico ou para os casos de ofensores não habituais (já que a função de prevenir novas práticas ilícitas não teria alcançado o resultado almejado). Nessa ordem de raciocínio, o ANPC tenderia a solucionar condutas de menor potencial ofensivo no domínio da improbidade administrativa, criando uma modalidade de acordo pré-processual, permitindo que o Poder Judiciário se concentrasse nos casos de maior ofensa ao bem jurídico.

Em outras palavras, tendo a norma especificado que o acordo levaria em conta as circunstâncias do caso concreto, é possível inferir que o dispositivo seria para as condutas de menor potencial ofensivo, resolvendo-as de forma célere e mais eficiente. Porém, como tal norma não ingressou, em definitivo, ao ordenamento jurídico, não é possível fazer uma interpretação restritiva do que ficou positivado na LGIA.

É cediço que apenas ingressa no sistema jurídico aquilo que foi positivado, de modo que o que já constou do projeto de lei, ou o que fora vetado, não fazem parte do ordenamento jurídico, mas têm apenas o condão de auxiliar na interpretação dos dispositivos que passaram a vigor. Feita essa análise inicial, avaliaremos o alcance e possibilidades de acordos previstos na Lei Geral de Improbidade Administrativa, com a nova redação do seu art. 17.

A Lei nº 8.429/92 passou a mencionar, em duas oportunidades, a via consensual para os atos de improbidade administrativa: o acordo de não persecução cível previsto no § 1º do art. 17 e solução consensual prevista no § 10-A do art. 17.

A primeira interpretação possível é no sentido de que a LGIA passou a autorizar, especificamente, o acordo de não persecução cível, afastando a incidência de qualquer outra modalidade de acordo dentro da Lei Geral de Improbidade Administrativa.

Nessa linha, o acordo de não persecução cível poderia ser celebrado antes do ajuizamento de ação de improbidade ou, ajuizada ação, até o recebimento da contestação, com a possibilidade de interrupção do prazo por 90 dias para que o acordo seja celebrado. Assim, o § 10-A do art. 17 seria compreendido como uma segunda oportunidade para a celebração do referido acordo, incentivando a via consensual em dois diferentes momentos – antes da propositura da ação e, uma vez ajuizada, até a contestação.

Com efeito, será notória a inclinação de sujeitos alocados no polo passivo da ação de improbidade, após o recebimento da petição inicial, com a admissibilidade da pretensão punitiva. Essa mudança de situação processual teria sido considerada na norma, ensejando a possibilidade de nova oportunidade de solução negociada da demanda.

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 cível⁵².

Contudo, a lei não faz tal discrimen, deixando de fazer uma importante diferenciação entre o momento da celebração dos acordos. Seria, então, relevante a implementação de política adequada de consensualidade, concedendo-se maiores benefícios para os acordos pré-processuais, comparativamente aos realizados no bojo do processo judicial.

O próprio movimento consensual indica a primazia para a resolução dos conflitos fora do âmbito judicial. A possibilidade da responsabilização acontecer extrajudicialmente confere maior celeridade e menor onerosidade. Sendo assim, haveria uma preferência para a celebração do ANPC, sem a necessidade de uma demanda judicial, de modo que o instituto ativado na fase pré-processual necessariamente precisa ser mais atrativo do que a solução consensual a ser firmada após o ajuizamento da ação de improbidade administrativa.

⁵² Thiago Marrara também adota o mesmo raciocínio para os acordos de leniência prévio e concomitante. A LIPJ, ao não disciplinar uma proporcionalidade adequada, gerou um desestímulo à própria cooperação almejada pelo ordenamento jurídico: “Para leniência prévia, seria ideal que se garantisse um benefício maior que o da concomitante, já que o infrator confessa algo desconhecido pelo Estado. Todavia, o legislador ignorou essa distinção e, ao igualar o benefício, acabou por criar um regime legal que desestimula a cooperação anterior à abertura do processo administrativo” (MARRARA, Thiago. Comentários ao art. 16. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. **Lei Anticorrupção comentada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 223). A nosso ver, essa problemática poderia ser resolvida com a aplicação do princípio da proporcionalidade, justificando maiores benefícios para o ANPC do que o acordo realizado no bojo do processo judicial.

Nesta ordem de raciocínio, o escalonamento dos benefícios a serem cometidos aos interessados deve ser objeto de um programa de consensualidade, justamente para conferir a devida atratividade para que os acordos sejam celebrados na fase pré-processual.

Esta nos parece ser a solução mais correta da interpretação de tais dispositivos em consonância com o movimento da consensualidade, justamente porque atende melhor ao interesse público uma solução de conflitos sem ter que acionar o Judiciário, inclusive sem demandar dos legitimados dispêndio de tempo e recurso com o ajuizamento de uma ação judicial.

Todavia, esse posicionamento pode ser bastante questionado, pois não considera primariamente a conduta ilícita em si como parâmetro para a dosimetria da sanção.

Outra interpretação perfeitamente plausível segue que o único acordo tratado nas novas disposições é o acordo de não persecução cível, e os benefícios serão concedidos igualmente, independentemente do momento celebrado. De qualquer forma, reputamos como adequado que um faça a devida distinção, conferindo maior atratividade para solução de conflito pré-processual.

Em que pese ser admissível, nesta hipótese, apenas o acordo de não persecução cível – poder-se-ia argumentar a celebração do acordo após o ajuizamento da ação, mas antes do recebimento da inicial – não desnaturaria o instituto de não persecução cível (que pressupõe logicamente o não ajuizamento de uma ação judicial), pois até o recebimento da contestação o autor poderia desistir da ação sem o consentimento do réu (art. 485, § 4º, CPC/2015). Logo, a solução consensual após o ajuizamento da ação de improbidade administrativa por meio de um acordo de não persecução cível significaria o não prosseguimento da ação já proposta, abrindo-se mão da continuidade da ação para o encerramento imediato do processo, extinguindo-o com julgamento de mérito.

Na linha já exposta, esta segunda oportunidade de celebração de acordo de não persecução cível exigiria que a sanção (ou sanções) acordada(s) entre as partes seja(m) proporcionalmente mais rigorosa(s) do que o acordo celebrado na fase pré-processual, em conformidade com o programa de consensualidade instituído para incentivar soluções pre processuais.

Essa é uma interpretação plausível dos novos dispositivos consensuais da LGIA, que têm como fundamento legal a modalidade expressamente apontada pela Lei Geral de Improbidade Administrativa, dando-se uma interpretação menos abrangente e mais restritiva ao § 10-A do art. 17, considerando-o como um acordo próprio da improbidade administrativa.

Em diferente sentido, poder-se-ia compreender que a LGIA, ao revogar expressamente a antiga vedação do § 1º do art. 17, admitiu diversas formas de solução consensual para as ações de improbidade administrativa, não as restringindo apenas à modalidade de não persecução cível. Neste caso, outras modalidades de acordo seriam possíveis após o ajuizamento da AIA, de modo que o § 10-A do art. 17 seria uma autorização geral para a celebração de acordos no domínio da improbidade administrativa.

Isto é, estaria autorizada a celebração de acordo antes da propositura da ação (neste caso, o acordo de não persecução cível), mas também outras modalidades de acordos após o ajuizamento de uma ação de improbidade administrativa, a depender do tipo de negociação e interesse das partes.

Isto é, é possível admitir, como solução consensual, as demais modalidades de acordos mencionadas neste capítulo. Algumas com capacidade de extinguir a ação judicial (acordos com efeito sancionatório), outras com a possibilidade de serem consideradas como mitigação da sanção a ser aplicada pelo juiz da causa (acordos sem efeito sancionatório).

Novamente, a proporcionalidade deverá ser a baliza do programa de consensualidade, pois a realização de acordo na esfera pré-processual atenderia, em maior grau, a satisfação do interesse público, permitindo uma resposta mais célere ao ilícito cometido, evitando-se a judicialização e todo o custo inerente ao processo judicial, o que deverá refletir na obrigação a ser adimplida pelo particular.

Nesta linha, a LGIA teria assimilado, em definitivo, a consensualidade, permitindo a resolução do conflito mesmo após o ajuizamento da ação de improbidade, em um claro reforço da solução consensual como via alternativa preponderante para a responsabilização.

Outra interpretação possível seria que o acordo de não persecução cível poderia ser celebrado apenas antes do ajuizamento de uma ação de improbidade. No curso da ação, não tendo a LGIA especificado qual modalidade de acordo seria cabível, apenas o acordo de leniência poderia ser enquadrado como solução consensual a que se refere o § 10-A do art. 17, já previsto na LIPJ, que se insere no mesmo domínio da improbidade administrativa.

Nesta hipótese, o legislador, ao não prever outra modalidade de acordo no domínio da improbidade, não possibilitaria outros acordos, ressalvados os de não persecução cível e o acordo de leniência, expressamente previstos para as condutas de improbidade administrativa. Esta interpretação privilegia a tipicidade ou categorização legal dos acordos, como resultado da incidência do princípio da legalidade (art. 37, *caput* da Constituição Federal), conferindo segurança jurídica à forma de exercício da competência pública, estabelecendo-lhe limites para coartar arbitrariedades.

Por fim, outra interpretação possível é considerar que apenas seria possível o ANPC, e que este não seria uma espécie própria, mas um gênero do Termo de Ajustamento de Conduta. Essa é a linha adotada pelo MPCE⁵³.

A nosso ver, a interpretação de que a solução negociada referida na norma autoriza diversas modalidades de acordos se coaduna com o movimento da consensualidade estudado. Conforme mencionado anteriormente, a consensualidade se expandiu no direito administrativo sancionador, tornando-se uma via alternativa de resposta aos ilícitos administrativos, no atendimento do interesse público; tanto é que culminou na revogação da antiga proibição total de celebração de acordos na Lei Geral de Improbidade Administrativa, vedação esta que se encontrava em desarmonia com o restante do ordenamento jurídico⁵⁴.

Deste modo, por intermédio de uma interpretação evolutiva da norma, seria possível afirmar que o legislador objetivou assimilar, em definitivo, as diversas formas de consensualidade, privilegiando o acordo de forma mais enfática antes da propositura da ação de improbidade (autorizando o não ajuizamento de ação), mas não impedindo que houvesse uma nova tentativa de consensualidade após o ajuizamento da ação, como uma segunda oportunidade para as partes, nas mais diversas modalidades possíveis aptas a solucionar, consensualmente, o caso concreto, permitindo a extinção com julgamento de mérito da ação (art. 487, III, “b”, CPC/2015).

Ademais, essa é a interpretação que nos parece mais condizente com a literalidade do que foi positivado quando se faz uma interpretação gramatical dos dispositivos legais, pois a Lei menciona “acordo de não persecução cível”, e em outro momento menciona “solução consensual”, o que permitiria inferir que existem outros tipos de acordos admissíveis não restritos ao acordo de não persecução civil.

A interpretação gramatical da lei também indica que o ANPC deve ser firmado antes da propositura da AIA, pois esta modalidade faz sentido na fase pré-processual, uma vez que, ajuizada a ação, não mais se trataria de acordo de não persecução cível propriamente dito. Tanto é que, para não ser contraditória, a lei menciona, após o ajuizamento da ação, que outra solução consensual poderá ser pactuada.

⁵³ “Mister assim proceder, pois o Acordo de Não Persecução é uma espécie do gênero Termo de Ajustamento de Conduta, com regramento comum, afora os limites específicos daquele (situação em que não é cabível). O regramento é em tudo semelhante”. (BRASIL. Ministério Público do Estado do Ceará. MPCE. **Nota técnica nº 001/2020**. CAODPP - Centro de Apoio do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa, Fortaleza, 4 fev. 2020. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2020/02/11fev20_CAODPP_nota-tecnica-acordo-nao-persecucao-civil.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020)

⁵⁴ Ver capítulo 5.

Contudo, discordamos que o ANPC seja um gênero do TAC. Trata-se de uma espécie própria, prevista para os atos de improbidade administrativa, a ser acordada na fase pré-processual.

Também concluímos que a solução consensual após o ajuizamento da AIA também deverá ter efeito sancionatório a ser ajustado pelas partes para que haja a extinção do processo com julgamento de mérito, reforçando a linha já esboçada sobre a repercussão sancionatória dos acordos no domínio da improbidade, pois caso a lei objetivasse isentar, completamente, o particular das sanções previstas na Lei Geral de Improbidade Administrativa, deveria fazê-lo expressamente. Na omissão legislativa, caberá às partes estipularem a sanção ou sanções que devem ser cumpridas, proporcionalmente à gravidade da conduta ofensiva, à extensão do dano causado e proveito patrimonial obtido pelo agente (balizas contidas no art. 12, *caput* e § único do art. 12, LGIA).

Caso não preveja efeito sancionatório, a solução negocial seria considerada na aplicação da sanção pelo juiz da causa, de modo que a ação de improbidade prosseguiria, de maneira que a solução consensual não geraria a imediata extinção do processo.

Portanto, é possível concluir que a LGIA admitirá acordos de não persecução cível antes da propositura da ação de improbidade; bem como outras modalidades de acordos até a apresentação da contestação; reforçando que a consensualidade é a via prioritária de resposta aos atos de improbidade administrativa.

Entretanto, embora tenha sido incentivada a consensualidade no domínio da improbidade administrativa, o conteúdo e o alcance de tal norma não foram disciplinados na lei, demandando que haja um regramento por normas infralegais⁵⁵.

De qualquer modo, os acordos não eximem o interessado de ressarcir integralmente o erário (nos termos do § 3º do art. 16 da LIPJ), bem como de obrigar o cumprimento de uma das sanções previstas no art. 12, LGIA, que será estipulada de acordo com a gravidade do fato, a extensão do dano e o proveito econômico do agente. Essa dosimetria das sanções a serem cumpridas também deverá levar em consideração o momento que será celebrado o acordo.

Em consonância com o entendimento aqui exposto, de que os acordos devem ter repercussão sancionatória para gerar a não propositura da ação ou a extinção do processo, está

⁵⁵ No âmbito do Ministério Público, provavelmente será editada Resolução para regulamentar os dispostos no 1º do art. 17 e § 10-A do art. 17. Foi instituído um Grupo de Trabalho no Conselho Nacional do Ministério Público, por intermédio da Portaria CNMP-Presi nº 12,0 de 06 de fevereiro de 2020 para o estudo relativo aos efeitos da aplicação da Lei nº 13.964/2019 que possivelmente resultará na elaboração de tal ato regulamentador. No âmbito do Estado de São Paulo, foi publicada a Resolução PGE nº 09, de 2/3/2020, instituindo Grupo de Trabalho sobre improbidade administrativa para estudar a apresentar proposta técnica e estruturais sobre improbidade administrativa e assuntos correlatos.

o entendimento do Ministério Público Federal no acordo celebrado com um ex-diretor de escola federal que confessou ter se apropriado de valores advindos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. No caso concreto, na qual as partes celebraram acordo de não persecução penal e de não persecução cível na mesma oportunidade e em um só instrumento, para balizar as sanções a serem estipuladas no acordo, o MPF utilizou o Provimento nº 179/2017 do CNMP, que determina que o acordo deve conter ao menos uma das sanções do art. 12, LGIA, estipulando que o particular teria seus direitos políticos suspensos por 8 anos⁵⁶.

Até que haja o devido regramento sobre o tema, parece-nos que o Provimento nº 179/2017 poderia ser utilizado para a celebração de acordos na Lei Geral de Improbidade Administrativa. Não nos parece correto a utilização dos mesmos parâmetros fixados para a celebração de não persecução penal, pois a responsabilidade penal está em outra esfera de responsabilização do ato de improbidade administrativa. Neste ponto, discordamos do posicionamento adotado pelo MPCE, que considerou ser possível adotar as disposições do ANP Criminal por analogia⁵⁷.

Além disso, diferentemente do ANP Criminal, para os acordos de ato de improbidade administrativa não houve a restrição correspondente na lei vigente, nem mesmo no projeto de lei inicialmente encaminhado ao Congresso ou nos dispositivos vetados pelo Presidente da República. Uma interpretação restritiva das condutas de improbidade administrativa passíveis de acordo restringiria, indevidamente, o alcance da consensualidade, e não se coadunaria com a própria sistemática, priorizando o acordo como resposta ao ato de improbidade administrativa.

Por tal razão, reiteramos que a nossa posição é que, para que haja a resolução definitiva da controvérsia por meio de acordos, estes devem ter efeito sancionatório com a imposição de ao menos uma das sanções previstas no art. 12 da LGIA, devendo a dosimetria da pena ser realizada de acordo com a gravidade da conduta, a extensão do dano e o proveito econômico do agente, a consumação ou não da infração, o grau de lesão ou perigo de lesão,

⁵⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. **Acordo de não persecução cível e penal**. Procuradoria da República em Goiás, Goiânia, 27 jan. 2019. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/go/sala-de-imprensa/docs/not2444%20-%20acordo.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

⁵⁷ BRASIL. Ministério Público do Estado do Ceará. **Nota Técnica nº 001/2020**. CAODPP - Centro de Apoio do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa, Fortaleza, 4 fev. 2020. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2020/02/11fev20_CAODPP_nota-tecnica-acordo-nao-persecucao-civil.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020. Logo, não consideramos ser necessária a vedação ao ANP Cível nos mesmos casos, *ipsis litteris*, do ANP Criminal – embora devam ser consideradas como fontes para a integração sistêmica ora propugnada. Subjetivamente, embora vetada a disposição literal do art. 17-A, que mandava levar em conta “a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social”, temos que tais disposições permaneceram nas disposições relativas ao ANP Criminal, acessíveis, portanto, para aplicação por analogia.

efeito negativo produzido pela infração, a situação econômica do infrator, a cooperação da pessoa para apuração da infração, a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, assim como o momento processual que o acordo será celebrado.

Outro ponto importante sobre a nova redação da LGIA é o prazo para que sejam celebrados os acordos. Na linha adotada nesta dissertação, o acordo de não persecução cível é a modalidade cabível antes do ajuizamento da ação. As demais modalidades poderão ser celebradas até o prazo de contestação, com exceção do acordo de leniência, que, por possuir outra lógica, poderá ser celebrado a qualquer tempo (conforme será abordado a seguir).

Logo, consideramos que a regra estabelecida pelo § 10-A do art. 17 teve como objetivo limitar o prazo para a celebração de acordos. Não se trataria apenas de uma regra processual de interrupção do prazo para contestação, mas sim uma norma que limita o momento para a celebração do acordo, de maneira que o requerido da ação de improbidade assumiria o ônus de não conciliar após este marco temporal no processo.

Tal interpretação se extrai da própria literalidade do dispositivo que inseriu uma determinada fase processual para a celebração do acordo. Além disso, coaduna-se com o próprio fundamento do veto que textualmente apontou que se retiraria a possibilidade da celebração de acordo em qualquer fase do processo, justamente para evitar que o interessado deixasse para o último momento a celebração do acordo, contrariando “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”⁵⁸.

Tal entendimento também está em consonância com a posição já adotada sobre a consensualidade, de modo que se trata de uma via de atividade administrativa, com primazia à via unilateral, mas não há única forma de resposta do sistema aos atos ilícitos ou aos conflitos de interesses, de modo que não há impedimento que o próprio sistema faça restrição ou limitação de sua utilização. E, no caso, a limitação temporal foi devidamente justificada no veto, exatamente para evitar que o instituto seja utilizado sem propiciar a eficiência que se busca por meio desse acordo.

Nesse sentido também está a Nota Técnica do Ministério Público do Ceará, que considerou o prazo do parágrafo 10-A do art. 17 como “*dies ad quem* da realização do Acordo o momento da contestação”, sendo um incentivo ao requerido a realização do acordo com a citação, pois “aqui encontramos coerência com o veto à possibilidade de Acordo no curso de

⁵⁸ BRASIL. Mensagem nº 726/2019 da Presidência da República. **Portal da Legislação**, Brasília, dez. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm>. Acesso em: 26 mar. 2020.

ação de improbidade – pois a ação propriamente só se inicia quando o promovido torna-se réu tecnicamente, podendo ocorrer à revelia”⁵⁹.

Essa também é a posição adotada por Igor Pereira Pinheiro, que menciona que o acordo em qualquer fase processual, após a utilização de todos os recursos possíveis e atos protelatórios dos réus, violaria a possibilidade de resolução célere que se busca por meio do acordo de não persecução cível. Além do mais, para o autor, seria um comportamento contraditório do réu que refutou a consensualidade em outros momentos, pontuando:

(...) Deixar a máquina judicial conduzir um feito até o seu limite final para servir apenas como forma de estratégia, para o próximo do fim e diante de um cenário de possível condenação ou mesmo de improcedência recursal, permitir o acordo vai de encontro com a finalidade percebida para a criação do instituto e depõe contra a boa-fé processual⁶⁰.

Em sentido oposto está o posicionamento de Fábio Medina Osório, o qual considera que a lei não trouxe uma vedação expressa impedindo acordos nas ações em curso. Não existindo tal restrição, não caberia ao intérprete fazê-lo⁶¹.

Por fim, tendo em vista que a LIPJ permitiu a celebração de acordo sem que houvesse necessidade de homologação judicial⁶², o acordo de não persecução cível celebrado na fase pré-processual não prescinde da concordância do Poder Judiciário para ter efeito⁶³. No caso do Ministério Público, deverá ser homologado pelo Conselho Superior do Ministério Público, mas, no caso de celebração de acordo pela pessoa jurídica lesada, dependerá da organização e regimento próprio, tendo em vista a autonomia de cada ente federativo.

Contudo, para evitar insegurança jurídica, é recomendável que o acordo seja homologado judicialmente. Além da segurança jurídica, a homologação judicial também evitaria a discussão sobre a legitimidade para a celebração do acordo. Isto porque, caso o acordo

⁵⁹ BRASIL. Ministério Público do Estado do Ceará. **Nota Técnica nº 001/2020**. CAODPP - Centro de Apoio do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa, Fortaleza, 4 fev. 2020. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2020/02/11fev20_CAODPP_nota-tecnica-acordo-nao-persecucao-civel.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

⁶⁰ PINHEIRO, Igor Pereira. Acordo de não persecução cível. In: CALVACANTE, André Clark Nunes *et al.* **Lei anticrime comentada**. Leme: JH Mizuno, 2020, p. 140.

⁶¹ OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto da não persecução cível previsto na lei de improbidade administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial. 10 de março de 2020. **Migalhas**, 2020. Disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/8A049E343B44ED_Artigopacoteanticrimeeimprobid.pdf. Acesso em: 28 mar. 2020.

⁶² Nesse sentido está o posicionamento de Juliano Heinen, no qual o acordo de leniência “não necessita deter reserva de jurisdição, ou seja, que tenha de passar pelo prévio crivo do Poder Judiciário” (HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 236).

⁶³ Nessa linha está o posicionamento de Igor Pereira Pinheiro que menciona a necessidade de homologação judicial apenas nos casos em que as partes modificarem os termos do acordo, acrescentando condição ou sanção além das previstas na lei de improbidade administrativa.

não seja celebrado por ambos os legitimados ativos (conjuntamente), a homologação judicial impediria que o outro colegitimado que não participou do acordo proponha ação de improbidade em face dos particulares que já firmaram o acordo de não persecução cível, ou tenha que celebrar um acordo complementar (caso não concordasse com os termos do acordo celebrado apenas com um dos colegitimados), evitando-se, assim, a violação do princípio da confiança legítima daqueles que celebram acordos.

Sob este ângulo, as demais modalidades de acordos com repercussão sancionatória serão analisadas, verificando o seu cabimento ou não no domínio da improbidade administrativa.

6.2.2 Acordo substitutivo de sanções

Os acordos substitutivos de sanções têm a finalidade de encerrar um processo administrativo sancionador por meio da substituição da imposição unilateral e impositiva de uma sanção administrativa por um ajuste abrangendo possíveis restrições de direitos e obrigações assumidas pelas partes, extinguindo a punibilidade para o agente. É um instrumento pelo qual o interesse público pode ser concretizado de forma mais eficiente, mais célere ou menos custosa.

Ao mesmo tempo que o administrado se compromete a cumprir a obrigação de fazer ou não fazer acordada, o Poder Público competente compromete-se com a suspensão do processo administrativo sancionador e seu posterior arquivamento com o cumprimento de todas as obrigações ajustadas. Nesse sentido está a definição de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara:

A literatura denomina como *acordos substitutivos* na esfera administrativa os atos bilaterais, celebrados entre a Administração e particulares, com efeito impeditivo ou extintivo de processo administrativo sancionador e excludente da aplicação ou execução de sanção administrativa. Acordos substitutivos são alternativas a atos administrativos sancionadores⁶⁴.

Em dissertação de mestrado sobre acordos substitutivos, Monica Lefrère assim os define:

Diante dessa conjuntura, os acordos substitutivos correspondem aos módulos convencionais que resultam na substituição da prerrogativa unilateral e impositiva da Administração por uma solução consensualmente acordada entre as partes, permitindo que o agente público e o cidadão-administrado definam, de comum acordo, as balizas que irão reger o seu relacionamento.

⁶⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011.

Trata-se, pois, de uma alternativa ao desempenho imperativo da função administrativa. Significa que, embora detenha a competência para impor uma determinada situação jurídica (um conjunto normativo, com obrigações juridicamente exigíveis) ao particular, independentemente de consenso, a Administração Pública opta por substituir o exercício desse poder por um acordo de vontades⁶⁵.

Para os interessados, evita-se o prolongamento dos processos administrativos, que podem ser custosos e desvantajosos. Nesse procedimento para celebração de acordo, há uma negociação dos termos entre as partes. Não se trata, portanto, de uma imposição unilateral do Poder Público responsável pela aplicação da penalidade, mas de negociação das cláusulas a serem adimplidas pelo interessado.

Contudo, tendo em vista que a responsabilização constitucional delega ao legislador estipular quais as sanções e graduações cabíveis, entendemos que não seria possível admitir o acordo substitutivo por restrições de direitos ou outras sanções não previstas na Lei de Improbidade. Nesse sentido, concordamos com o posicionamento de José Roberto Pimenta, no qual as sanções de improbidade administrativas devem estar contidas em lei, justamente por serem restritivas de direito⁶⁶. Ou seja, não poderiam ser criadas por normas infralegais ou decisões judiciais.

Isto é, não haveria embasamento legal ao estabelecer que, com base no § 10-A do art. 17, da LGIA, o interessado celebrasse um acordo substitutivo para substituir as sanções do art. 12 da LGIA para uma prestação de serviço à comunidade ou não se candidatasse a cargos eletivos por um determinado período de tempo. Essas outras penas alternativas não previstas na LGIA ou LIPJ não têm fundamento legal no domínio da improbidade administrativa, inviabilizando que o acerto entre as partes fosse realizado para cumprimento de penalidades não previstas.

Entretanto, obrigações adicionais a serem ajustadas pelas partes (além da aplicação de pelo menos uma das sanções previstas pelo domínio da improbidade administrativa) poderiam constar do termo do acordo como forma de ajustar a conduta do infrator, reconduzindo-o para os trilhos da legalidade, de modo a alcançar a efetiva punição e prevenção de novos ilícitos, como reforço do próprio comprometimento do infrator à adequação à

⁶⁵ LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa**. Dissertação (Mestrado em Programa de Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, pp. 65-66.

⁶⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Código de conduta e de ética no âmbito da Administração Pública Direta. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio Leão Bastos Pereira (Coord.). **Governança, compliance e cidadania**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 114.

juridicidade. Não se trataria, contudo, de uma substituição de sanções, mas de obrigações adicionais assumidas para reforçar o ajustamento de sua conduta.

O acordo substitutivo poderia ser considerado no momento da dosimetria da sanção pelo juiz da causa, mas não teria aptidão de por termo à ação judicial. Sem possibilitar a extinção do processo, dificilmente gerará alguma atratividade ao interessado. Porém, não há óbices jurídicos para a sua celebração.

6.2.1.2 Acordos de cessação de prática de ato de improbidade

Os compromissos de cessação de conduta (denominados TCC) são instrumentos pelos quais os órgãos de controle tomam do interessado um compromisso para que cesse a prática ilícita sob investigação ou seus efeitos lesivos sempre que a autoridade considere que é o meio suficiente para atender a tutela do bem jurídico lesado.

Os requisitos básicos para a sua celebração, como a própria nomenclatura já indica, é a cessação da prática lesiva ao bem jurídico tutelado. O proponente se obriga a cessar qualquer conduta lesiva, bem como pode concordar em realizar obrigações adicionais estipuladas entre as partes, como a prestação de contas às autoridades competentes. Assim, há uma correção do comportamento não desejado pela via dialógica e não apenas a repressiva, pressupondo que exista uma conduta ilícita ainda em curso, de modo que é necessária a sua correção⁶⁷.

O marco legal da utilização desse instituto é a Lei Anticoncorrencial. O instituto também foi objeto de regulamentação pelo CADE, por meio de Regimento Interno, que confere poderes para a autarquia disciplinar a aplicação deste instrumento consensual. Deste modo, e inexistindo previsão legal específica para ajuste de cessação de conduta no domínio da improbidade administrativa, far-se-á uma análise deste instituto pela legislação antitruste, para que se possa verificar se é possível a sua aplicação no domínio da improbidade administrativa.

⁶⁷ Neste item, Thiago Marrara alerta que não é possível a celebração de acordos para condutas já encerradas. No máximo poderá existir ajustamento de conduta já encerrada, mas cujos efeitos ainda se prolongam no feito e estão produzindo consequência indevidas ou ilícitas. Sobre o tema, afirma o autor: “Em primeiro lugar, entende-se aqui que não devem ser celebrados compromissos de cessação sobre condutas passadas, já cessadas, pois, nessa situação, grande parte dos benefícios inexistirá. O compromisso deve ter por objeto uma conduta em curso ou, na pior das hipóteses, uma conduta encerrada, mas cujos efeitos voluntários ainda possam ser controlados pela estipulação de certas obrigações entre regulador e regulado. Os acordos se justificam somente na medida em que mostrem aptidão a atingir seus objetivos primários. Não deve a Administração se valer de acordos sobre práticas cessadas, por exemplo, no intuito de arrecadar recursos financeiros para fundos públicos ou obter outros benefícios que não se relacione primariamente com a tutela dos interesses públicos contra os efeitos nocivos da conduta discutida no processo administrativo. Não é demais ressaltar que configura desvio de finalidade o emprego de compromissos de cessação com finalidade meramente arrecadatória ou vinculados tão somente à promoção de interesses secundários da Administração e de um ou outro agente público”. (MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática de ajustamento de condutas dos regulados. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 1, 2017, p. 285).

Com efeito, a Lei de Defesa da Concorrência traz a previsão do Termo de Cessação de Conduta em seu art. 85. A lei menciona que o compromisso será firmado quando o CADE entender, por um juízo de conveniência e oportunidade, que, nos processos administrativos regulados pela lei, o termo atende aos interesses protegidos pela Lei Anticoncorrencial, deixando claro que se trata de uma medida discricionária por parte da autoridade administrativa.

Ou seja, a lei é clara ao determinar que o ajuste não é vinculativo, devendo a Administração Pública analisar as circunstâncias para verificar, com base no princípio da razoabilidade, se efetivamente é a medida que melhor atende ao interesse público⁶⁸.

Trata-se de uma modalidade de transação sujeita à cláusula resolutiva, constituindo um título executivo extrajudicial. Não haverá extinção do processo administrativo enquanto as obrigações assumidas pelo interessado não tenham sido integralmente cumpridas.

Assim, no âmbito concorrencial, o Termo poderá ser firmado para qualquer tipo de violação à ordem econômica, independentemente se ilícitos unilaterais ou cometidos por diferentes autores. A Lei nº 12.529/2011 prevê que os termos de cessação de conduta terão cláusula de multa em caso de descumprimento, bem como valor de contribuição pecuniária para o Fundo de Defesa de Direitos Coletivos. Os interessados poderão formular a proposta de cessação de conduta uma única vez, o que impede que interessados ajam com fins escusos ao formular a proposta perante o CADE, restringindo o poder de barganha comercial nas tratativas com o Poder Público.

Importante observar que o TCC, diferentemente do acordo de Leniência da esfera anticoncorrencial, não terá efeito penal. Outra diferença é que o TCC admite a celebração de vários compromissos para o mesmo ilícito, enquanto a leniência apenas admite a celebração pelo primeiro proponente.

⁶⁸ Sobre a discricionariedade da celebração do Compromisso de Cessação de Conduta, Fernando Antônio de Alencar Alves de Oliveira Júnior pondera que o TCC será firmado caso não haja provas suficientes do ilícito ou quando houver dúvidas sobre a prática do ilícito, em trecho que se destaca: “Terceiro, o juízo de conveniência e oportunidade deve ser fundamentado e, por óbvio, preservar os interesses protegidos pela Lei 12.529/2011, notadamente a preservação da livre concorrência no mercado em análise. Se já existirem à disposição do CADE elementos de provas suficientes a demonstrar (i) a ilicitude da conduta e (ii) a possibilidade de condenação, o âmbito discricionário para assinatura do TCC pela autoridade antitruste fica bastante reduzido. Por outro lado, havendo dúvidas quanto à própria ilicitude da conduta e/ou suficiência de provas para uma condenação, haverá maior espaço para se negociar um TCC. Trata-se de um instrumento extremamente eficiente para condutas duvidosas (quanto à ilicitude em si e quanto à possibilidade probatória da condenação), para as quais os benefícios da imediata resolução do problema se mostrem superiores à instrução do processo administrativo (e do possível processo judicial pós-condenação, o qual impugnará a sanção administrativa, praxe no Brasil)” (OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio de Alencar Alves. Os (indispensáveis) instrumentos consensuais no controle de condutas do direito antitruste brasileiro- a experiência do CADE com o termo de compromisso de cessação de conduta e o acordo de leniência. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). **A lei anticorrupção e demais temas de compliance**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 384).

Claramente, o TCC não é tão atrativo quanto a leniência a que se refere a Lei Anticoncorrencial, que tem como efeito a isenção penal aos colaboradores, justamente porque o programa de leniência permite que o Poder Público obtenha provas e informações que não possuía anteriormente, com o fim de avançar na persecução de ilícitos. De maneira diversa, o TCC permite uma readequação do proponente ao plano da juridicidade com a extinção do processo de investigação da prática da conduta ilícita, evitando-se um processo administrativo para apurar e sancionar o ilícito.

Segundo Rafaela Canetti, o TCC fortaleceu o programa de leniência da Lei Antitruste, pois o acordo de leniência seria mais benéfico ao infrator ao ter um caráter mais vinculado, permitir a adesão de pessoa física com reflexo na esfera penal, bem como isenta do pagamento de quaisquer tipos de multa. De qualquer modo, ressalta a autora que as duas ferramentas “gerou interessante entrelaçamentos entre as duas” para aqueles que não logrem celebrar o acordo de leniência ter oportunidade de firmar um TCC⁶⁹.

Para o interessado, ao firmar o compromisso, evita-se que se instaure processo administrativo contra ele, ou que, se já instaurado, seja extinto, evitando riscos que uma condenação poderá representar, bem como evita dispêndio de recursos necessários para sua defesa.

Thiago Marrara destaca, ainda, que o TCC é interessante para o administrado ao impossibilitar que haja empréstimo de provas entre os órgãos de controle, evitando que o compromissado responda em outras esferas de responsabilidade em decorrência das provas emprestadas pela autoridade que tomou o compromisso. Tal efeito é relevante dentro deste contexto de desarticulação interinstitucional e multiplicidade de instâncias de responsabilidade de uma mesma conduta⁷⁰.

Firmado o compromisso, e cumpridas as cláusulas pelo interessado, o processo administrativo será extinto, ou, caso ainda não tenha sido instaurado, o compromisso terá o condão de impedir que haja um processo administrativo, de modo que o TCC pode ser qualificado como acordo substitutivo de sanção, já que evita ou encerra o processo administrativo sancionatório. Sobre o tema, está a lição de Thiago Marrara:

De modo geral, portanto, o compromisso de cessação de prática configura acordo administrativo, sujeito a regime jurídico especial e substitutivo de atividades de cunho restritivo e repressivo. Os compromissos se inserem no âmbito de atividades administrativas restritivas de direitos ou interesses de qualquer natureza, baseadas ou

⁶⁹ CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de Leniência: Fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 186.

⁷⁰ MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática de ajustamento de condutas dos regulados. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 1, 2017, p. 283.

no poder de polícia ou no poder disciplinar. Os compromissos regulatórios acoplam-se ao exercício do poder de polícia, portanto. Ademais, eles surgem no contexto do exercício de ações repressivas de condutas sob as quais pairam suspeitas de ilegalidade. Eles se diferenciam, por esse aspecto, dos ajustes administrativos firmados no âmbito de atividades liberatórias, ou seja, de processos que culminam em autorizações ou licenças administrativas, como o acordo em concentrações existente no âmbito do CADE ou os compromissos firmados em processos de licenciamento ambiental ou urbanístico.

Aplicando-se essa lógica ao campo da regulação estatal, o compromisso se insere nas tarefas regulatórias restritivas de direitos e necessariamente repressivas, ou seja, desenvolvidas com o escopo primário de investigar a compatibilidade de um comportamento comissivo ou omissivo do agente regulado com o ordenamento para restaurar a legalidade e resguardar os interesses públicos que permeiam a política regulatória. Sob essas circunstâncias, o compromisso de cessação de prática emerge como caminho alternativo à acusação e ao processo investigativo ou punitivo. Diante de sua previsão, caberá ao regulador optar entre acusar ou transacionar. Em paralelo, ao agente regulado caberá escolher entre defender-se ou transacionar⁷¹.

Segundo Luiza Nery, o TCC foi inspirado no TAC e deve receber o mesmo tratamento jurídico. Ela afirma que é “possível a celebração de compromisso de ajustamento de conduta previsto na Lei de Ação Civil Pública, aliada à possibilidade de celebração de cessão de prática, propriamente dita, no âmbito da defesa da concorrência”⁷².

Contudo, ao que tudo indica, o TCC abrangeria um TAC ao exigir que o interessado não pratique mais a conduta lesiva, fixando obrigação de fazer e não fazer (art. 85, § 1º, I, Lei nº 12.529/2012), permitindo-lhe o retorno ao plano da juridicidade. Nesse sentido, não parece adequado (e útil) formalizar um outro acordo para estabelecer o ajustamento da conduta (por meio de TAC concomitante, como sugere a autora mencionada), devendo a adequação da conduta constar do próprio TCC⁷³.

Deste modo, o que se extrai da experiência da Lei Anticoncorrencial é que é mais um mecanismo célere de ajustes no comportamento de uma determinada pessoa física ou jurídica, readequando-as ao plano da juridicidade. Ao invés de este ajuste se dar por meio impositivo, fruto do processo administrativo sancionatório impositivo e unilateral, o acordo entre Administração Pública e administrado é fruto de um consenso, facilitando o seu adimplemento por ambas as partes e conferindo maior legitimidade às decisões administrativas.

A imediata cessação de prática nociva é o maior atrativo para o Poder Público, evitando-se a morosidade de um processo administrativo, bem como as deficiências da máquina

⁷¹ MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática de ajustamento de condutas dos regulados. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 4, n. 1, 2017, p. 280.

⁷² NERY, Ana Luiza. *Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 186, p. 104.

⁷³ No sentido de que o TCC tem as mesmas características que o TAC, em que pese possuir outra denominação, está o posicionamento de Mariana Carnaes (CARNAE, Mariana. *O compromisso de ajustamento de conduta e o princípio constitucional da eficiência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 224).

estatal na obtenção de provas e informações sobre os ilícitos. A celebração do compromisso, portanto, tem o potencial de alcançar o plano da juridicidade pelos administrados de forma mais célere e eficiente do que a imposição de readequação de conduta pela via sancionatória.

Deste modo, considerando que é um instrumento de *enforcement* de condutas desejáveis pela Administração Pública, pode ser um valioso mecanismo de adequação de condutas no domínio da improbidade administrativa. Contudo, não existe uma legislação específica permitindo a utilização do termo de cessação de prática de ato de improbidade administrativa. Cabe questionar se é viável a utilização do instrumento mesmo assim.

Conforme já mencionado anteriormente, há permissivos genéricos para a celebração de ajustes de conduta dentro do microsistema da tutela da probidade administrativa, como a previsão para a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, a previsão da consensualidade na LINDB e o § 10-A do art. 17 da LGIA. Nesse passo, o compromisso de cessação de conduta teria o fundamento legal na Lei Geral de Improbidade Administrativa, enquadrando-se na solução convencional a que se refere o dispositivo mencionado.

Contudo, entendemos que não é possível a celebração de termo de cessação de conduta de prática de ato de improbidade administrativa, por analogia, do instituto previsto na Lei Anticoncorrencial, como forma de extinguir o processo judicial. Isto porque, conforme mencionado, o acordo no domínio da improbidade administrativa deve ter repercussão sancionatória, a não ser que haja previsão legal isentando o infrator das sanções previstas no domínio da improbidade administrativa. A eleição de qual sanção administrativa a ser cumprida pelo infrator deve observar o princípio da legalidade. Na ausência de norma específica, caberá o balizamento ser realizado na dosimetria já estipulada no art. 12 da LGIA.

Ainda que haja previsão de contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, no inciso III do § 1º do art. 85 da Lei nº 12.529/2011, que poderia ser interpretado como a sanção de multa civil a que se refere o art. 12 da LGIA, não é possível uma lei de outra esfera de responsabilidade definir qual a sanção que deverá ser observada no domínio da improbidade administrativa.

Além disso, a própria Lei nº 12.529/2011 não institui a multa para todas as infrações cabíveis, uma vez que o dispositivo menciona que a multa será aplicada “quando cabível”, apenas impondo, necessariamente, o recolhimento da multa para os casos especificados na lei (§ 2º do art. 85 da Lei nº 12.529/2011).

No mesmo sentido está o posicionamento de Thiago Marrara, o qual defende a necessidade de previsão legal para a celebração de qualquer tipo de compromisso. Isto porque só com autorização legal poderia o Estado deixar de instaurar processo administrativo

sancionatório ou sancionar o administrado, inexistindo uma discricionariedade do Poder Público em instaurar ou não um processo administrativo, ou em sancionar ou deixar de impor sanção, sob pena de indevida renúncia de potestade administrativa. Além disso, há um alto risco de judicialização de um termo sem respaldo jurídico, gerando um indesejável ambiente de insegurança jurídica⁷⁴.

Deste modo, no mesmo sentido do acordo substitutivo, caso celebrado o TCC, apenas será considerado como dosimetria da sanção a ser aplicada no bojo do processo judicial, sem ter a capacidade de resolução de conflito.

6.2.1.3 Termo de Ajustamento de Conduta

Conforme mencionado no item 6.1.1, o termo de ajustamento de conduta tem sido utilizado para aplicação de sanções, além de ajustar as condutas dos particulares. Isto é, além de permitir o retorno à juridicidade, com a estipulação de obrigações de fazer e não fazer, o TAC já estava sendo utilizado (mesmo na vigência da norma proibitiva) para impedir o ajuizamento de uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ou, no caso das ações em curso, extinguir o feito com resolução de mérito, devidamente homologado pelo juiz da causa.

Nesse sentido, com o intuito de conferir algum fundamento legal para a utilização de termos de ajustamento de conduta, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 179/2017. Nesta resolução, há previsão expressa no art. 1º, § 2º⁷⁵ sobre a possibilidade de celebração de compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa entre os Ministérios Públicos e os infratores, desde que haja o ressarcimento ao erário e aplicação de uma ou mais sanções previstas na LGIA. O TAC poderá ser celebrado em qualquer fase, mesmo que proposta a ação de improbidade administrativa.

Ou seja, o termo de ajustamento de conduta a que se refere a Resolução nº 179/2017 do CNMP prevê a aplicação de pelo menos uma das sanções do art. 12 da Lei Geral de

⁷⁴ MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática de ajustamento de condutas dos regulados. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 1, 2017, pp. 290-291.

⁷⁵ Art. 1º O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração.

§ 2º É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado. (BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 179/2017**. Brasília, 26 jul. 2017)

Improbidade Administrativa, de modo que o acordo terá necessariamente repercussão sancionatória, denotando que para o Conselho Nacional do Ministério Público era possível a celebração de acordo de termos de ajustamento de conduta no domínio da improbidade administrativa, mesmo quando estava vigente a antiga vedação do § 1º do art. 17 da LGIA.

Tal resolução do CNMP está inserida dentro de uma política de redução de litigiosidade, de uma atuação mais proativa e resolutiva dos membros do Ministério Público. Também seria compatível com o movimento da consensualidade e com a harmonização com outras normas que permitiam acordos para os mesmos fatos.

Embora a melhor técnica processual não seja a utilização de termo de ajustamento de conduta para fins sancionatórios, não nos parece indevida a utilização de TAC para permitir uma resposta do sistema ao ato de improbidade administrativa. Isto porque tal entendimento está em consonância com a adoção da consensualidade como via alternativa de resolução de conflitos e mecanismo mais ágil para o retorno da juridicidade. Além disso, o órgão competente não estaria dispondo totalmente da potestade sancionatória, pois o acordo prevê a imposição de pelo menos uma das sanções do art. 12 da LGIA, além da recomposição do dano.

Ademais, considerando que o microsistema anticorrupção já trazia a possibilidade de celebração de TAC como mecanismo de tutela de direitos difusos e coletivos, em que pese na essência não ter sido concebido como instrumento sancionatório, parece possível a inserção de sanção em tal instrumento consensual, sem que isso desnature o instituto. Portanto, não vislumbramos óbice para que o TAC continue sendo utilizado para celebração de acordos no domínio da improbidade administrativa⁷⁶.

Deste modo, na linha do entendimento já esboçado, o TAC seria possível sob a égide da antiga previsão do § 1º do art. 17 da LGIA. Porém, era recomendável que o acordo celebrado extrajudicialmente fosse homologado pelo juiz, evitando-se qualquer judicialização do TAC, conferindo maior segurança jurídica para as partes e permitindo que o julgador aprecie a dosimetria das sanções, evitando-se punição em excesso ou deficiente. Em caso de o acordo ser

⁷⁶ Fabio Medina Osório considera que o TAC é possível quando o acordo for celebrado independentemente de acordos firmados em ações ou investigações penais. Se for celebrado nesta outra situação, tratar-se-á de acordo de colaboração premiada (OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto da não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial. **Migalhas**, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/8a049e343b44ed_artigopacoteanticrimeeimprobid.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2020).

celebrado após o ajuizamento da ação judicial, o acordo será apreciado pelo julgador da causa, conferindo a almejada segurança jurídica ao TAC.

No mesmo sentido, à luz da nova previsão na Lei Geral de Improbidade Administrativa, o TAC se enquadraria como solução possível antes da apresentação da contestação, que será homologada pelo juiz da causa.

6.2.3 Acordos como técnica especial de investigação

Trata-se de um instrumento premial baseado em uma técnica especial de investigação, com o potencial de contribuir para a persecução dos ilícitos, gerando um ganho informacional valioso ao Estado.

São instrumentos que já estavam previstos na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e na Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Transnacional Organizada. Tais tratados internacionais conclamavam que os Estados Partes adotassem medidas de internalização de instrumentos de cooperação de infratores em troca da mitigação das penas aplicáveis.

Desta forma, para que seja firmado o acordo, o colaborador deve fornecer informações relevantes, necessárias e úteis à investigação do ilícito pelo Poder Público. Isto é, deve ser apta a permitir que o Estado avance na persecução de ilícitos, obtendo melhores resultados do que a investigação e fiscalização sem o auxílio do particular, em uma clara tentativa de ampliar a capacidade investigativa do Poder Público. Nesse sentido está a Nota Técnica nº 1/2017 da Quinta Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal:

A introdução do instrumento consensual da leniência no microsistema normativo anticorrupção brasileiro volta-se justamente a otimizar a efetividade estatal na repressão de ilícitos, com a busca de informações a partir dos próprios envolvidos, em delitos com poucos rastros, mas com graves efeitos. Troca-se a atenuação ou isenção de sanções pela detecção de infrações, identificação de novos infratores, apresentação de provas ou indicação da melhor forma de obtê-las, além da desejada recuperação de valores ilicitamente desviados. Objetiva-se com a leniência viabilizar e abreviar investigações de difícil ou impossível desenvolvimento, além de desincentivar a prática de outros ilícitos, revelando importante caráter preventivo, em consonância com o princípio da eficiência.

Trata-se, portanto, de um instituto essencialmente cooperativo e utilitarista, que proporciona uma recompensa em troca de informações úteis ao Estado. Caso não atinja a finalidade de permitir avançar na persecução de ilícitos, o acordo não poderá ser firmado. Exatamente em razão da instrumentalidade desse acordo, Modesto Carvalhosa o denomina como um “pacto de colaboração” vinculada ao resultado prometido pelo colaborador, de modo

que somente haverá redução das sanções se houver um resultado efetivo na persecução do ilícito⁷⁷.

Essas peculiaridades fazem com que esse tipo de acordo se distingue das demais modalidades de acordos que servem, essencialmente, para readequação de condutas e reparação de danos. Segundo Rafaela Canetti, os acordos de leniência representariam um *plus*, uma qualificação a mais se comparados com os demais tipos de acordo, sobretudo os TAC, pois exige que o particular reconheça o ilícito e forneça informações ao Poder Público, desestabilizando a relação de confiança entre os agentes infratores, possuindo uma faceta mais preventiva do que o retorno do *status quo ante*. De acordo com Canetti, “Trata-se de uma consensualização que pode ser chamada, genericamente, de qualificada, na medida em que é premiada de objetivos próprio, e que se reveste de atributos específicos”.⁷⁸

A leniência como a colaboração premiada são institutos que ampliam a capacidade investigativa do Estado, aumentando-se o risco jurídico dos infratores⁷⁹. Para tanto, o Poder Público necessita formular uma política pública que estruture adequadamente os programas de colaboração, justamente para que viabilize o uso de tais instrumentos. As vantagens a serem oferecidas por intermédio de tal programa devem ser previamente conhecidas pelos interessados, mas o Estado deve estruturar a política pública cuidadosamente para que os potenciais interessados não a utilizem como variável no cálculo de suas ações. Ou seja, os prêmios não podem ser pré-precificados pelos agentes sob pena de desvirtuar toda a estruturação desta política.

Inclusive as experiências dos acordos de leniência já firmados demonstram que os órgãos de controle buscam inserir obrigações nas avenças para garantir a efetividade da colaboração. Aloísio Zimmer cita o acordo de leniência firmado entre a CGU, SBM Offshore N.V e a SBM Holding Inc. S.A, na qual foram inseridas várias cláusulas para garantir obrigação

⁷⁷ Nesse sentido, Modesto Carvalhosa pontua: “Trata-se de uma promessa pactuada de diminuição das penalidades vinculadas a uma condição resolutive de resultado, ou seja: somete se cumpre e se perfaz a promessa de benefício, na medida em que das informações e dos documentos fornecidos pela pessoa jurídica pactuante resultar efetivamente a ampliação das pessoas componentes do concurso delitivo, sejam outras pessoas jurídicas, sejam outros agentes públicos, ou ambos, neles compreendidos os agentes políticos, os administrativos, os judiciários ou do Ministério Público”. O autor ressalta que as provas e informações devem estar acima de “qualquer dúvida razoável”, ou seja, devem ser consistentes, mas nem por isso significa que devem, necessariamente e como condição da leniência, resultar na condenação de outras pessoas jurídicas (CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 371- 379).

⁷⁸ CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de Leniência: Fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: 2018, pp. 161-166.

⁷⁹ ZIMMER, Aloísio. Lei Anticorrupção – Lei 12.846/2013. In: NOHARA, Irene Patrícia. MOTTA, Fabrício. PRAXADES, Marco (Coord.). **Leis Comentadas**. Série I- Administração Pública. Coleção Soluções de Direito Administrativo. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 285.

de cooperação plena, bem como obrigações especiais, como dar acesso à base de dados eletrônica da investigação interna por pelo menos três anos como forma de garantir que será atendido o interesse público, condicionando a postura dos próprios colaboradores⁸⁰.

Nesse ponto é que a formulação da política pública pelo Estado é extremamente relevante. Os prêmios concedidos aos colaboradores nunca devem compensar o cometimento de infrações, mas ao mesmo tempo devem conferir benefícios suficientes para que o programa tenha a devida atratividade. Sobre o tema estão as considerações de Rafaela Canetti⁸¹:

A cooperação de entes privados com o Estado como forma de suprir esse déficit informacional do Poder Público, então, pode significar a diferença entre a efetividade e inefetividade de um sistema sancionador.

No entanto, como adiantado acima, um programa de leniência bem-sucedido depende da presença de alguns fatores, a compor a adequada dosimetria de incentivos.

É essencial que a adesão ao instituto seja atraente ao delator, oferecendo benefícios significativos e superiores àqueles decorrentes da continuidade das atividades ilícitas (cujo desdobramento, por isso mesmo, deve ser custoso), sob pena de tornar-se letra morta. Por evidente, entretanto, o programa não pode ser tão generoso nas benesses oferecidas ao colaborador a ponto de não desincentivar a prática de infrações administrativas, tornando a prática delitiva seguida da colaboração como algo trivial ou lucrativo (como seria o caso, por exemplo, de um programa que beneficiasse igualmente todos os infratores, ou que gerasse vantagens mercadológicas para o cooperador).

Amanda Athayde elenca pelo menos sete justificativas para o programa de leniência: detecção de práticas ilícitas, obtenção de provas, eficiência e efetividade investigativas, cessação da infração, sanção dos demais infratores, reparação e ressarcimento dos danos, dissuasão de ilícitos futuros⁸². Porém, para que haja o incremento do sistema anticorrupção, é imprescindível a estruturação de um programa adequado de leniência.

Sobre o tema, relevantes os requisitos básicos do programa de leniência apontado por Valdir Moysés Simão e Marcelo Pontes Vianna:

- a. As pessoas devem ter o receio de que sanções severas podem ser impostas no caso de cometimento de ilícitos
- b. As autoridades devem demonstrar capacidade de investigar e aplicar sanções, independentemente do uso de instrumentos de colaboração

⁸⁰ ZIMMER, Aloísio. Lei Anticorrupção – Lei 12.846/2013. In: NOHARA, Irene Patrícia. MOTTA, Fabrício. PRAXADES, Marco (Coord.). **Leis Comentadas**. Série I- Administração Pública. Coleção Soluções de Direito Administrativo. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 290.

⁸¹ CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de Leniência: Fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: 2018, pp. 49-50.

⁸² ATAHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática- CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 30.

- c. É fundamental tornar público os resultados atingidos por meio dos acordos de leniência celebrados, sopesando os benefícios concedidos e os ilícitos descobertos
- d. Convém deixar o programa o mais previsível e transparente possível, a fim de que o potencial colaborador pondere adequadamente os riscos e benefícios que estão em jogo no seu processo de tomada de decisão⁸³

A Orientação nº 01/2017 da Quinta Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, ao possibilitar a realização de acordos também ressalta a relevância de um programa de leniência:

Por outro lado, para o ente estatal, deve ser visto como corolário do princípio da consensualidade e assim, substituir a litigiosidade nos conflitos, quando se tem consciência de que deve ser ponderada e revisitada a tradicional aplicação de dogmas punitivos – tendência atual, como se observa na Lei nº 13.140/2015 (consoante, p. ex., seu art. 3º) –, devendo, pois, ser adotada nova visão em matéria de responsabilização e sancionamento, de modo que se possa promover o atrativo inerente a uma relação negocial, sob pena de não se incentivar o instituto e subtrair-se sua efetividade constitucional. De todo modo, busca-se, com o acordo, maior eficiência nos resultados e níveis punitivos alcançados. Incumbe ao Estado leniente atender ao interesse público, ponderando os custos e vantagens da avença. Nesta linha, deve ser valorada a melhor e mais rápida elucidação de ilícitos advinda da cooperação, fato que poderia eventualmente não ocorrer se inexistente a leniência e mantida a ignorância estatal. Proporcionalmente, deve-se realizar juízo de proporcionalidade sobre as benesses conferidas em função da colaboração prestada.⁸⁴

Deste modo, é extremamente relevante que haja regras claras que possibilitem que os possíveis colaboradores conheçam previamente as obrigações e os efeitos gerados com a adesão ao programa, gerando segurança jurídica e confiança legítima.

Importante mencionar que os acordos premial como técnica de obtenção de provas são extremamente relevantes para o combate à corrupção. Conforme anteriormente mencionado, a corrupção pública é um delito de difícil investigação⁸⁵ e comprovação, no qual a obtenção de prova direta é extremamente rara. Deste modo, o sistema buscou outros meios de

⁸³ SIMÃO, Valdir Moyses; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, pp. 77-78.

⁸⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. **Nota técnica nº 1/2017 – 5a CCR**. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

⁸⁵ Sobre o tema, Valdir Moyses Simão e Marcelo Pontes Vianna ressaltam a relevância desses instrumentos para ampliar a capacidade investigativa do Estado, dada a complexidade desses ilícitos ou da dificuldade destes serem revelados: “Percebe-se, portanto, que existe consenso no Direito Internacional e doméstico pela adoção dos instrumentos negociais como mecanismos passíveis de serem empregados no combate à prática de ilícitos de difícil investigação” (SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 68).

comprovação, como instrumentos que incentivam os próprios infratores a informarem o ilícito, seu *modus operandi*, os coautores ou partícipes, a estrutura da organização criminosa (caso cometida em associação de 4 ou mais pessoas de forma estruturada e ordenada), os valores desviados e eventual lavagem de dinheiro, dentre outros.

As discussões sobre tais institutos são inúmeras⁸⁶, mas, para fins da presente dissertação, buscar-se-á compreender se tais institutos podem ser utilizados no domínio da improbidade administrativa.

6.2.3.1 Acordo de Leniência

No domínio da tutela da probidade administrativa, o acordo de leniência foi inserido por meio da Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas, possibilitando a realização de acordo pelas pessoas jurídicas que praticarem ato lesivo à Administração Pública, tipificado no art. 5º da Lei nº 13.846/2013, desde que cumpridos os requisitos legais.

Conforme mencionado anteriormente, esse instituto consensual não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois já era previsto na Lei Anticoncorrencial desde 2000 (art. 35-B da Lei nº 8.884/94). A experiência bem-sucedida da utilização do acordo de leniência no âmbito concorrencial foi um dos motivos para que o instituto fosse exportado para o domínio da probidade administrativa.

A Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas inova ao importar um mecanismo consensual para o domínio da improbidade administrativa, na qual vigorava um sistema de vedação irrestrita a qualquer tipo de composição com aquele que praticasse alguma conduta tipificada como improbidade administrativa. A LIPJ é, portanto, o verdadeiro marco normativo inicial da consensualidade no domínio da improbidade administrativa.

A partir da vigência da Lei nº 12.846/2013 foi preciso revisitar a então previsão do § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/92, para que fosse possível uma compreensão sistemática do domínio da improbidade administrativa, conforme abordado no capítulo 5.

⁸⁶ Sobre acordo de leniência, ver CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de leniência**; ATAHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática - CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP**. Belo Horizonte: Fórum, 2019; MACHADO, Pedro Antônio de Oliveira. **Acordo de Leniência & a Lei de Improbidade Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2017; MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**. Ribeirão Preto, v. 2, n. 2, 2015, pp. 509-527.; RIBEIRO, Manoela Barbos Machado. **A negociação no Direito Administrativo: uma perspectiva sobre o acordo de leniência**. Orientador: Maurício Zockun. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018; SANTOS, Kleber Bispo dos. **Acordo de leniência na lei de improbidade administrativa e na lei anticorrupção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

A previsão do art. 16 e 17 da Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas permite que a pessoa jurídica que colaborar com a investigação e processo administrativo com a identificação dos demais envolvidos, obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito em apuração possa celebrar acordo de leniência com a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública, obtendo atenuação e até mesmo a isenção de sanções administrativas e judiciais previstas na LIPJ.

A norma de regência também menciona como pressuposto para celebração do acordo que a pessoa jurídica seja a primeira a manifestar interesse em cooperar na apuração do ilícito, cesse totalmente a prática lesiva a partir da propositura do acordo, admita a sua participação no ilícito, bem como coopere integralmente com as informações e provas para a apuração do ilícito, arcando com todos os custos da colaboração. Tais requisitos para a pactuação de um acordo de leniência são cumulativos, de modo que o interessado deve preencher todos os requisitos para iniciar as tratativas da negociação com a Administração Pública competente.

Anota-se que há discussão na doutrina acerca da necessidade da pessoa jurídica interessada ser a primeira a manifestar o interesse na celebração do acordo. Trata-se do denominado “*first come, first serve*”⁸⁷, impedindo que outras empresas interessadas envolvidas no mesmo ato lesivo celebrem qualquer acordo com o Poder Público.

Para que seja possível que apenas o primeiro a colaborar celebre o acordo, o órgão administrativo competente deverá estruturar de forma adequada o programa de leniência, formalizando uma lista organizada para aqueles que busquem colaborar com o Poder Público.

Parcela da doutrina acredita que a restrição (da celebração de acordo apenas para a primeira pessoa jurídica que manifestar seu interesse) não se justificaria, pois impediria que outros ilícitos fossem desvendados, ou que outras provas, até mais robustas, fossem obtidas por outros interessados na celebração do acordo. Como a leniência é uma técnica especial de investigação, não se justificaria a restrição⁸⁸.

⁸⁷ Expressão utilizada por Rafaela Canetti, que seria um sistema pelo qual o primeiro “leva tudo”. CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de leniência**; ATAHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática - CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 192.

⁸⁸ Este é o posicionamento de Kleber Bispo dos Santos: “Os atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, arrolados no art. 5º da Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas, salvo uma eventual fraude a licitações mediante a formação de cartel, são praticados por cada pessoa jurídica de forma individual em concurso com um ou mais agentes públicos, não se justificando condicionar a celebração de eventual acordo de leniência somente a primeira pessoa jurídica solicitante. Condicionar a possibilidade de celebração de acordo de leniência, nas hipóteses de apuração dos atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira, somente a primeira pessoa jurídica a manifestar interesse em cooperar para apuração do ato ilícito é privar toda a sociedade do desvendamento de muitos ilícitos que jamais seriam descobertos, não fosse a adoção do instituto do acordo de leniência”

Por outro lado, restringir o acordo de leniência ao primeiro que buscar o Poder Público para a celebração do acordo tem o condão de propiciar o elemento desestabilizador deste tipo de relação escusa dentre aqueles que praticam delitos e se organizam para lesar o Estado no caso do ato lesivo ter sido cometido por organização criminosa ou quadrilhas. Ao permitir que apenas o primeiro celebre este tipo de ajuste e se beneficie com a redução e imunidade de pena, o legislador buscou gerar uma corrida em busca da colaboração com o Poder Público, gerando um ambiente de desconfiança e concorrência entre os coautores dos atos lesivos à Administração Pública.

Introduzir o elemento desestabilizador entre os coautores quando o ato lesivo é cometido por organização criminosa ou quadrilha é um elemento relevante para este tipo de instituto, cuja finalidade é a obtenção de informações para a consecução de ilícitos. Desta forma, ao gerar um ambiente de desconfiança entre aqueles que praticam condutas lesivas à Administração Pública, abala-se sobremaneira a estrutura dessas organizações⁸⁹. Segundo Pedro Antonio de Oliveira Machado, trata-se de um instrumento que desestabiliza as relações daqueles que se unem para praticar algum ato lesivo contra a Administração Pública, servindo para abalar a relação de segurança, confiança e sigilo inerente a tais atividades nocivas⁹⁰.

Conforme já mencionado, um dos pressupostos relevantes para celebração do acordo é a necessidade de colaboração com as investigações de atos lesivos. Caso não tenha capacidade de fornecê-las, ou tais informações já sejam de conhecimento do Poder Público, o acordo não poderá ser celebrado, já que essencial a contribuição do colaborador para que se beneficie das concessões conferidas pela legislação, isentando e reduzindo as sanções previstas na LIPJ⁹¹.

Ainda sobre a colaboração do particular na investigação de ilícitos, é importante que a pessoa jurídica coopere plenamente com o Poder Público. Deverá o interessado

(SANTOS, Kleber Bispo dos. **Acordo de leniência na lei de improbidade administrativa e na lei anticorrupção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 120).

⁸⁹Aloísio Zimmer menciona que essa desestabilização das relações dos envolvidos “é um trunfo das autoridades investigativas, em razão do cenário de risco criado pela possibilidade dessas delações” (ZIMMER, Aloísio. *Lei Anticorrupção – Lei 12.846/2013*. In: NOHARA, Irene Patrícia. MOTTA, Fabrício. PRAXADES, Marco (Coord.). **Leis Comentadas**. Série I- Administração Pública. Coleção Soluções de Direito Administrativo. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 319).

⁹⁰ MACHADO, Pedro Antônio de Oliveira. **Acordo de Leniência & a Lei de Improbidade Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 104.

⁹¹ BRASIL. Ministério Público Federal. **Nota técnica nº 1/2017 – 5a CCR**. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

comparecer a todos os atos processuais sob suas expensas, colaborando permanentemente para desvendamento do ilícito, fornecendo todos os dados, documentos e provas que detiver⁹².

Outro efeito relevante é a indução de comportamentos positivos do colaborador. Trata-se do efeito prospectivo que visa a inserir a adoção de comportamentos positivos pelo colaborador, prevenindo, assim, a prática de novos ilícitos. Difere do modelo tradicional de dissuasão à prática de ilícitos, pois caberá ao próprio colaborador novos comportamentos que são contrários a práticas ilícitas.

Como exemplo, é possível citar a adoção de programas de integridade pelas empresas. Este está previsto na Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas e é um dos fatores de redução de pena. A *mens legis* desse dispositivo é justamente permitir que procedimentos internos de controle previnam a ocorrência de ilícitos, sendo um forte mecanismo de controle para prevenir e evitar a prática de ilícitos.

Como benefício à colaboração do particular, a lei permite a isenção e redução de algumas sanções administrativas estipuladas pela LIPJ, quais sejam: isenção da publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º, II), isenção da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de entidades públicas (art. 19, IV), redução em até 2/3 do valor da multa aplicável. Para os casos de acordo de leniência do art. 17 da LIPJ, os efeitos são até mais amplos, já que é possível a isenção ou atenuação das sanções da Lei de Licitações⁹³.

Além disso, o acordo funciona como atenuante das demais sanções que poderiam ser aplicadas no âmbito judicial, uma vez que o art. 7º, inciso VII da Lei indica a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações como elemento para a dosimetria da pena. Diferentemente do acordo de leniência do sistema anticoncorrencial, não há previsão de imunidade penal no domínio da improbidade administrativa.

⁹² Aloísio Zimmer destaca que, além da obrigação de fornecer os documentos que auxiliem na persecução do ilícito administrativo, com a plena cooperação da pessoa jurídica leniente, a CGU tem inserido obrigações que denominou como “especiais”, como o acesso contínuo à base de dados eletrônica de investigação interna da leniente, como outros compromissos assumidos em acordos de leniência que ampliam as obrigações legais assumidas pelas pessoas jurídicas e que reforçariam as vantagens para Administração e coletividade do acordo de leniência (ZIMMER, Aloísio. Lei Anticorrupção – Lei 12.846/2013. *In*: NOHARA, Irene Patrícia. MOTTA, Fabrício. PRAXADES, Marco (Coord.). **Leis Comentadas**. Série I- Administração Pública. Coleção Soluções de Direito Administrativo. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 289-290).

⁹³ De acordo com Maria Sylvia Di Pietro, o art. 17 é mais benéfico que o art. 16 da LIPJ: “O dispositivo é mais benéfico do que o art. 16, que apenas permite a redução da pena de multa e a isenção da sanção administrativa de publicação extraordinária da sentença e da sanção civil, consistente na proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações e empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras ou controladas pelo Poder Público, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano e máximo de 5 (cinco anos)”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao art. 19. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. **Lei Anticorrupção comentada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 248).

A LIPJ também atribuiu às autoridades máximas de cada órgão a competência para a celebração do acordo. No âmbito federal, o Decreto nº 8.420/2015 atribuiu à Controladoria Geral da União a competência para a celebração do acordo no âmbito do Poder Executivo Federal e por atos lesivos à administração estrangeira. No Estado de São Paulo essa competência foi atribuída à Corregedoria Geral da União, no âmbito da Administração Pública Direta, e ao dirigente superior de cada entidade no âmbito da Administração Indireta (Decreto Estadual nº 60.106/2014). Contudo, não tem expressamente prevista a competência do Ministério Público por força do disposto no art. 129, inciso I da Constituição Federal e em razão da previsão do § 6º do art. 5º da LACP. Além disso, o próprio art. 20 da LIPJ prevê a possibilidade de atuação subsidiária quando da omissão da autoridade administrativa⁹⁴.

Muito se discute sobre a natureza jurídica do acordo de leniência. Para Maurício Zockun, o acordo de leniência é espécie do gênero ato jurídico convencional restritivo de direito sob o regime de direito administrativo, no qual as partes estipulam mitigação ou supressão de penalidades pelo cometimento de atos ilícitos⁹⁵. Já Renée Ó Souza afirma que o acordo de leniência é uma espécie de transação substitutiva⁹⁶ que emprega uma técnica de negociação da pena mediante informações úteis para que haja abrandamento das sanções. Por sua vez, Kleber Bispo dos Santos aponta que o acordo de leniência é um ato administrativo consensual, uma vez que é emanado por um agente público após uma negociação e consenso com o particular⁹⁷. Como finalidade, menciona que é um meio de obtenção de provas, propiciando a descoberta de ilícitos que dificilmente seriam desvendados pelos mecanismos tradicionais de comando e controle, mas também funciona como um instrumento de defesa da pessoa jurídica que concorda em cooperar com as autoridades competentes, com o intuito de obter abrandamento das sanções que lhe seriam impostas⁹⁸.

Pedro Antônio de Oliveira Machado afirma que o acordo de leniência é um instituto corolário do princípio da consensualidade com potencial para trazer eficiência no combate à corrupção e à improbidade administrativa pela via alternativa da litigiosidade nos conflitos ou

⁹⁴ Sobre o tema da legitimidade de acordo pelo Ministério Público, ver BRASIL. Ministério Público Federal. **Nota técnica nº 1/2017 – 5a CCR**. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

⁹⁵ ZOCKUN, Maurício. Vinculação e Discricionariedade no Acordo de Leniência. **Revista Colunista de Direito de Estado**, n. 142, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Mauricio-Zockun/vinculacao-e-discricionariedade-no-acordo-de-leniencia>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

⁹⁶ SOUZA, Renée Ó. **Os efeitos transversais da colaboração premiada e o acordo de leniência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 41.

⁹⁷ SANTOS, Kleber Bispo dos. **Acordo de leniência na lei de improbidade administrativa e na lei anticorrupção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 88.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 122.

imperatividade do Estado⁹⁹. Assim, seria um mecanismo de facilitação da coleta de prova como técnica especial de investigação, com vistas a abreviar o processo administrativo ou judicial, que confere maior eficiência e efetividade no combate à corrupção¹⁰⁰.

Para Fredie Didier e Herman Junior, o acordo de leniência seria um negócio jurídico de eficácia complexa. Seria, portanto, um negócio jurídico atípico no processo de improbidade administrativa (art. 190, CPC c/c art. 4º da Lei nº 12.850/2013 e art. 16 da Lei nº 12846/2013).

Juliano Hein aponta que o acordo de leniência teria natureza jurídica de ato administrativo consensual, pois se trata de um exercício negociado de competências unilaterais¹⁰¹. No mesmo sentido, Márcio Aguiar Ribeiro afirma que se trata de um ato administrativo consensual, celebrado no curso de um processo acusatório para que haja “a mais ampla apuração de ilícitos administrativos e o exercício eficaz da pretensão punitiva estatal”.¹⁰²

O Ministério Público Federal, por meio da Nota Técnica nº 02/2018, da Quinta Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, define o acordo de leniência como um ato jurídico convencional com natureza dúplice – como técnica especial de investigação e meio de defesa. Já na Nota Técnica nº 01/2016, da Quinta Câmara de Coordenação e Revisão de Combate à Corrupção, o acordo de leniência é definido como espécie de colaboração premiada; que consiste em um meio de obtenção de provas (e não meio de prova em si, já que sozinha não tem força jurídica e probatória para gerar uma condenação, sendo necessárias outras provas que corroborem as informações do colaborador).

Para nós, o acordo de leniência seria um ato administrativo bilateral, fruto da atividade consensual, incidindo o Direito Administrativo Sancionador, em especial a LIPJ.

Outro ponto que merece alguns apontamentos sobre o acordo de leniência é sobre a discricionariedade ou vinculação da celebração do acordo, gerando ou não direito subjetivo aos interessados pela sua celebração. Para Manoela Machado, é um ato discricionário:

Dessa forma, há que se entender que a celebração do acordo de leniência é ato praticado no exercício de uma competência discricionária, motivo pelo qual a vontade do agente ganha relevância no exame de validade do ato

⁹⁹ MACHADO, Pedro Antônio de Oliveira. **Acordo de Leniência & a Lei de Improbidade Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 168.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 182.

¹⁰¹ HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 233. Citando o referido autor, posicionando-se sobre ato administrativo negocial é o posicionamento de Aloísio Zimmer (ZIMMER, Aloísio. *Lei Anticorrupção – Lei 12.846/2013*. In: NOHARA, Irene Patrícia. MOTTA, Fabrício. PRAXADES, Marco (Coord.). **Leis Comentadas**. Série I- Administração Pública. Coleção Soluções de Direito Administrativo. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 296).

¹⁰² RIBEIRO, Márcio Aguiar. **Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 230.

administrativo, pois cabe à Administração avaliar o interesse público na celebração do acordo e a sua vinculação à finalidade da lei¹⁰³.

Para Juliano Hein, o acordo de leniência é um ato discricionário e bilateral, que não gera direito subjetivo para o proponente, uma vez que não tem o condão de encerrar o processo sancionatório¹⁰⁴. Kleber Bispo Machado aponta que, caso o órgão competente já possua informações e provas suficientes, estar-se-á diante de uma competência vinculada de não celebrar acordo de leniência. Por outro lado, caso não possua informações e provas suficientes, após a valoração dos elementos e provas trazidos pela empresa, estará diante de um exercício discricionário¹⁰⁵.

Aloísio Zimmer adota posição intermediária. Inicialmente, aponta que a opção pela celebração do acordo de leniência é discricionária, podendo ser recusada a proposta de acordo pela Administração por mera conveniência e oportunidade, desde que devidamente motivado. Posteriormente, menciona que “quando os requisitos para a celebração de acordo são preenchidos, deriva-se do exercício do poder discricionário para o poder vinculado, salvo motivação consistente em sentido contrário¹⁰⁶”.

Porém, há autores que defendem que não há qualquer discricionariedade na opção de celebrar o acordo ou não. Preenchidos os pressupostos para a celebração do acordo, há o direito subjetivo de postular a celebração por parte do particular. Nesse sentido está a posição de Maurício Zockun e Gabriel Morettino e Castella. O que haveria, na posição de tais autores, é a discricionariedade quanto à fixação dos termos deste acordo^{107;108}.

¹⁰³ RIBEIRO, Manoela Barbos Machado. **A negociação no Direito Administrativo: uma perspectiva sobre o acordo de leniência**. Orientador: Maurício Zockun, 2018, Dissertação (Mestrado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 64.

¹⁰⁴ HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 233.

¹⁰⁵ SANTOS, Kleber Bispo dos. **Acordo de leniência na lei de improbidade administrativa e na lei anticorrupção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 108-111.

¹⁰⁶ ZIMMER, Aloísio. Lei Anticorrupção – Lei 12.846/2013. In: NOHARA, Irene Patrícia. MOTTA, Fabrício. PRAXADES, Marco (Coord.). **Leis Comentadas**. Série I- Administração Pública. Coleção Soluções de Direito Administrativo. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 298. Ainda sobre a discricionariedade na celebração do acordo de leniência, Aloísio Zimmer destaca que poderia ser considerada um exercício de discricionariedade técnica, pois o espaço de escolha seria restrito e dependeria de “rigorosa motivação”. Aponta, ainda, que: “conforme o caso, pode-se até reconhecer algumas hipóteses de discricionariedade zero, diante da limitação de espaço do denominado “mérito do ato administrativo”, ou seja, quando evidenciar-se que a contrariedade ao acordo representa uma ação de acordo discriminatório- e por isso mesmo, desviada de sua finalidade”.

¹⁰⁷ ZOCKUN, Maurício. Comentários ao art. 1º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 420.

¹⁰⁸ Em outro artigo sobre o tema, Maurício Zockun reitera o caráter vinculado da celebração do acordo de leniência: “De toda sorte, atendidos estes requisitos, estarão reunidas as condições necessárias à celebração do acordo de leniência, viabilizando a concretização do interesse público preconizado pela Lei Anticorrupção pela identificação do ilícito e/ou seus agentes, interrupção da prática ilícita e efetiva concretização de programa de integridade. Assim, a Administração não goza de margem de liberdade para celebrar ou não o acordo de leniência uma vez

Filiamo-nos à corrente que considera que o acordo de leniência não pode ser considerado como ato vinculado, ainda que preenchidos os pressupostos, pois a Lei expressamente menciona que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública “poderá” celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática dos atos lesivos. A discricionariedade é, portanto, prevista na própria Lei de Regência.

Ademais, o órgão competente não poderia ser compelido a celebrar um acordo que não seja conveniente ao interesse público. Isto porque, ainda que o interessado forneça informações e documentos que comprovem algum ilícito, estes poderão contribuir muito pouco com a persecução do ilícito, sendo pouco interessante para o interesse público a celebração do referido acordo.

Tampouco se pode descurar que a lei apenas permite a celebração de um acordo de leniência, de modo que o acordo a ser celebrado com este primeiro interessado, mas que pouco contribui para a persecução cível, pode significar a perda de uma oportunidade de celebrar um outro acordo de leniência mais vantajoso ao interesse público.

Analisado o instituto da leniência previsto pela Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas, não há dúvidas de que a Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas consolidou a consensualidade dentro do domínio da improbidade administrativa. Deste modo, quando da vigência da LIPJ, não havia dúvidas de que a Lei permitiu acordos com a pessoa jurídica pelos atos lesivos tipificados no art. 5º.

O grande nó envolvendo o acordo de leniência são seus efeitos transversais. Isto é, se a colaboradora poderia se beneficiar dos efeitos do acordo de leniência no âmbito da LGIA e se as pessoas físicas envolvidas também poderiam ser beneficiadas pelo acordo formulado na vigência da antiga redação da Lei Geral de Improbidade Administrativa.

Ora, a questão fulcral reside na atratividade do instrumento negocial. A interpretação que o acordo de leniência não poderia ser estendido à pessoa física (que integra a pessoa jurídica colaboradora) ou impedir a extensão dos efeitos à Lei Geral de Improbidade Administrativa comprometeria a própria eficiência do instituto. Sobre a transversalidade, o Ministério Público Federal aponta a necessidade de uma “interpretação sistemática e

constatada a ocorrência dos pressupostos necessários à sua formação. Isso porque a ordem jurídica elegeu este ato negocial como o meio mais adequado para tutela do interesse público, tanto mais porque sua formação também poderá se aperfeiçoar no transcurso de uma ação judicial que tenha por objeto os noticiados ilícitos”. (ZOCKUN, Maurício. Vinculação e Discricionariedade no Acordo de Leniência. **Revista Colunistas Direito do Estado**, n. 142. 14 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Mauricio-Zockun/vinculacao-e-discricionariedade-no-acordo-de-leniencia>>. Acesso em: 26 mar. 2020)

constitucionalmente adequada que assegure e otimize as potencialidades da sua fisionomia normativa”¹⁰⁹.

Ora, a pessoa jurídica é uma ficção jurídica. Seus interesses são decididos por pessoas físicas que a administram. Podendo ser implicados com a leniência da sua empresa, qual administrador optaria pela leniência? Qual a atratividade do acordo que pode gerar para os representantes legais a responsabilização criminal e na esfera da improbidade administrativa?

Para Juliano Heinen, há um silêncio na LIPJ quanto à possibilidade de extensão dos benefícios do acordo de leniência às pessoas naturais, pois contraria a própria finalidade principal da leniência, não se demonstrando pragmática a referida vedação¹¹⁰.

Diante desta completa desarmonia do sistema, foi necessária uma interpretação que não comprometesse a eficiência e a finalidade da leniência. Por isso, concordamos com a posição institucional do *Parquet* Federal de imprimir efeitos transversais ao acordo de leniência. Para tanto, é necessário um programa de leniência adequado, justamente para que o instituto alcance sua finalidade legal que é aumentar a capacidade persecutória do Estado.

Neste programa, é necessário esquematizar a devida previsibilidade das consequências decorrentes da celebração do acordo, a promoção de acordos interinstitucional (envolvendo os demais órgãos de controle do sistema anticorrupção), a proteção do infrator, o adequado compartilhamento das informações e documentos obtidos com a leniência, que seja dado condições para que o colaborador cumpra suas sanções e obrigações assumidas¹¹¹. O programa pode prever a extensão dos benefícios às pessoas físicas envolvidas que possa também colaborar com a investigação realizada pelo Poder Público.

Uma das possibilidades de extensão desses acordos é a celebração de termos de subscrição ou adesão de pessoas físicas ao acordo de leniência¹¹². Nos termos da Nota Técnica nº 01/2017 do Ministério Público Federal, a extensão subjetiva permite o exercício da ampla defesa, já que é a pessoa física que detém as informações sobre os ilícitos praticados em nome

¹⁰⁹ Ministério Público Federal. **Nota técnica nº 1/2017 – 5a CCR**. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção, p. 16. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

¹¹⁰ HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 242.

¹¹¹ Ministério Público Federal. **Nota técnica nº 1/2017 – 5a CCR**. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção, p. 16. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

¹¹² O item 7.2 da Nota Técnica nº 07/2017 traz a previsão da possibilidade do acordo de adesão por parte dos diretores, empregados e prepostos da empresa envolvidos na prática lesiva objeto do acordo durante um prazo específico, mediante assinaturas dos respectivos termos. (Ministério Público Federal. **Nota técnica nº 1/2017 – 5a CCR**. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção, p. 16. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

ou benefício da pessoa jurídica. Além disso, considera-se violação do princípio da isonomia permitir que a pessoa jurídica obtivesse benefícios com a leniência, mas não as pessoas naturais.

Nesse sentido, diversos órgãos de controle (mais especificamente, a Controladoria Geral da União, Advocacia da União e Ministério Público Federal) celebraram acordos de leniência, prevendo a possibilidade de extensão dos efeitos do acordo ao âmbito da lei de improbidade administrativa e para as pessoas físicas aderentes ao acordo¹¹³. Trata-se de uma alternativa adequada adotada por esses órgãos, embora não elimine por completo a insegurança jurídica sobre a matéria.

A partir da vigência do Pacote Anticorrupção, avançou-se no sentido de equacionar as dúvidas quanto à celebração de acordos com pessoas físicas e no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa. A nova redação na Lei Geral de Improbidade Administrativa não traz qualquer limitação dos sujeitos que podem celebrar acordos. Assim, passou a vigorar uma consensualidade mais ampla no domínio da improbidade administrativa, abrangendo pessoas físicas e jurídicas, no âmbito da LGIA e da LIPJ.

Porém, outro questionamento surge à baila: poderiam ser celebrados acordos de leniência no âmbito da Lei Geral de Improbidade Administrativa? Aplicaria-se o regime da leniência disciplinado na LIPJ? Ou a pessoa jurídica agora poderia celebrar acordo sem a necessidade de colaboração com informações e documentos?

A Resolução nº 1193/2020 do Ministério Público do Estado de São Paulo menciona como pressuposto “a maior abrangência de responsabilização de agentes públicos, de terceiros envolvidos no ilícito ou que dele tenham auferido vantagem indevida de qualquer natureza”, mas também estabelece como compromisso o de colaborar com as investigações, com a identificação de agentes e localização de provas “quando for o caso”, de modo que não nos parece que seria imprescindível a colaboração do agente público para a celebração do acordo.

¹¹³ Cita-se como exemplo o acordo de leniência celebrado pela Controladoria Geral da União, Advocacia Geral da União e a empresa Camargo Corrêa, prevendo a extensão dos efeitos do acordo à Lei de Improbidade Administrativa, tanto para a empresa jurídica como para pessoa física. Nesse sentido está a cláusula do acordo: “11.4. As INSTITUIÇÕES CELEBRANTES reconhecem a aplicabilidade do Acordo de Leniência ao âmbito da Lei de Improbidade Administrativa quanto aos atos ilícitos constantes dos ANEXOS I e II, e tão-somente em relação às PRIMEIRAS RESPONSÁVEIS COLABORADORAS e às pessoas físicas aderentes nos termos da cláusula 1.3, ressalvado o disposto nas Cláusulas 18.5, 18.6 e 18.7. 11.5. É assegurada a não aplicação dos efeitos e das penalidades previstas nos arts. 5º e 12 da Lei nº 8.429/92, com exceção da multa reduzida conforme Cláusula 11.1.3, em relação às PRIMEIRAS RESPONSÁVEIS COLABORADORAS e às pessoas físicas aderentes nos termos da cláusula 1.3, no âmbito da responsabilização administrativa e/ou judicial, pela prática de atos de improbidade administrativa relativos aos atos ilícitos constantes nos ANEXOS I e II, respeitados os termos deste Acordo de Leniência”. (BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre a Controladoria Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e as empresas Camargo Corrêa Construções e Participações S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., e Mover Participações S.A.** Brasília, 31 jul. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/camargo-correa.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2019)

Essa nos parece a interpretação adequada da referida Resolução: não limitar os acordos na LGIA apenas à colaboração. Uma interpretação contrária seria demasiadamente restritiva e iria em direção contrária ao movimento da consensualidade, que busca imprimir uma via alternativa à resposta de ilícitos. Os instrumentos premiais são apenas uma das formas do exercício da consensualidade, mas não o único instrumento possível.

É certo que a Leniência é mais vantajosa ao Poder Público, e por isso deve ter um regime mais benéfico, incentivando à colaboração do interessado, conferindo-lhe mais benefícios do que apenas o cumprimento de uma sanção e ajustamento de conduta como forma de reduzir a duração do processo e diminuir a litigiosidade. Contudo, a leniência não impede que sejam admitidos outros tipos de acordos no domínio da improbidade.

Isto é, para que haja compatibilização da LGIA e da LIPJ, privilegiando o acordo de leniência, por ser mais interessante ao Poder Público que um acordo para pura reprimenda, seria necessário que os órgãos legitimados estabelecessem um programa de acordos no domínio da improbidade, conferindo um regime mais atrativo e mais brando para aquele que coopera com o Poder Público, com informações e documentos não conhecidos, do que o interessado em celebrar um acordo apenas para dar mais celeridade e eficiência à responsabilização por ato de improbidade administrativa.

A referida Resolução do Ministério Público do Estado de São Paulo, em que pese prever a possibilidade do interessado fornecer informações, colaborando com o Poder Público, não estabelece um regime mais benéfico para os acordos colaborativos, o que poderia gerar um enfraquecimento do acordo de leniência e, por conseguinte, ao combate à corrupção em si.

Até que seja realizado um programa de acordos no domínio da improbidade administrativa, é possível empregar uma interpretação mais restritiva, privilegiando apenas o acordo de leniência como único instrumento possível consensual na improbidade administrativa, justamente para não enfraquecer o instituto. Ou seja, o ANPC e a solução consensual mencionada na Lei Geral de Improbidade Administrativa significaria que a pessoa jurídica e a pessoa física apenas poderiam celebrar acordos colaborativos com o Poder Público. Caso não tivesse informação útil para investigação do ilícito, não seria possível a realização de acordo.

Tal argumento também teria acento no princípio da vedação ao retrocesso, em uma tentativa de minimizar o enfraquecimento do instrumento colaborativo. Porém, nossa opinião é que, por meio de um programa de acordos, seja possível a perfeita harmonia de instrumentos colaborativos e instrumentos de pura reprimenda, escalonando os benefícios que serão

concedidos, a depender do acordo que será firmado entre as partes, cabendo aos órgãos de controle estabelecerem tais programas, preferencialmente de forma conjunta.

6.2.3.2 Colaboração premiada

Trata-se do instrumento colaborativo previsto pela Lei nº 12.850/2013, definido como negócio jurídico processual e meio de prova, que pressupõe utilidade e interesse público. Prevê como um ou mais resultados necessários a identificação de coautores e partícipes de organização criminosa, revelação da estrutura hierárquica e divisão de tarefas das organizações criminosas, a prevenção de infrações, recuperação do produto ou proveito das infrações, a localização de eventual vítima com sua integridade preservada.

A concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e repercussão social do crime e a eficácia da colaboração.

A Lei permite que, em razão da colaboração do infrator, seja concedido pelo juiz o perdão judicial ou a redução em até 2/3 da pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos¹¹⁴.

Alguns doutrinadores e o próprio Ministério Público Federal¹¹⁵ têm defendido a possibilidade da utilização da colaboração premiada para efeitos transversos na improbidade administrativa. É apenas sob este enfoque que será abordado o instituto em tela, pois as demais questões fogem do objeto do presente estudo.

¹¹⁴ Sobre colaboração premiada, ver CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada – caracteres, limites, controles**. São Paulo: Forense, 2019; CALLEGARI, André Luís. **Colaboração premiada**. Aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Saraiva, 2019.

¹¹⁵ A Orientação Conjunta nº 1/2018 sobre Acordos de Colaboração Premiada, editada pela 2ª e 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção, possui a seguinte redação: “17. Definidos os fatos que serão objeto do acordo de colaboração premiada, as partes podem estabelecer, consensualmente, a suspensão de medidas específicas de litigância, para evitar a propositura de medidas processuais penais cautelares e assecuratórias, bem como medidas processuais cíveis admitidas pela legislação processual civil em vigor, inclusive as previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992)”. (BRASIL. Ministério Público Federal. **Orientação Conjunta nº 1/2018 – Acordos De Colaboração Premiada**. 2a e 5a Câmaras de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção, Brasília, 23 maio 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2020. Estipulado o acordo de colaboração premiada, o MPF poderá prever efeitos cíveis no âmbito de atribuição do próprio *Parquet*, comprometendo-se a não ajuizar ação civil pública, suspender as execuções nas ações de improbidade administrativa ou estipular o cumprimento voluntário de sanções previstas na LGIA ou LIPJ, conforme item 35: O acordo pode prever efeitos cíveis, no âmbito de atribuição do MPF, que devem ser homologados pela competente Câmara de Coordenação e Revisão, observado o princípio do promotor natural. Os efeitos cíveis poderão consistir, dentre outros: a) antecipação da reparação dos danos causados à vítima, ainda que parcial; b) compromisso de não propor ações civis públicas de reparação, da lei anticorrupção ou qualquer outra ação com pedido condenatório; c) compromisso de suspender o trâmite processual ou a execução das sentenças condenatórias obtidas em ações de improbidade administrativa, a partir do cumprimento e satisfação dos termos do acordo. d) estipulação de cumprimento voluntário de penalidades previstas na lei de improbidade administrativa ou na lei anticorrupção.

Alguns autores defendiam que a colaboração premiada seria um negócio processual atípico permitido pelo art. 190 do Código de Processo Civil e, por isso, poderia ser aplicada no domínio da improbidade administrativa. Nesse sentido está o posicionamento de João Paulo Lordelo Guimarães Tavares¹¹⁶.

Não se podem perder de vista, ademais, duas premissas fundamentais, já explicadas anteriormente: a) os acordos de colaboração premiada são espécie de negócio jurídico processual; b) o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) prevê expressamente uma cláusula geral de autorregramento das partes, permitindo a ampla realização de convenções processuais atípicas (art. 190). Diante de tal situação, é possível conceber a colaboração premiada em ações de improbidade administrativa como espécie de negócio processual atípico, tomando por empréstimo as balizas da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2012) e da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), aplicadas por analogia.

Isto porque a Lei de Improbidade de Pessoas Jurídicas, ao prever o instituto do acordo de leniência, restringiu a sua aplicação à pessoa jurídica, de modo que a colaboração premiada poderia ser o instrumento consensual premial nos casos de acordo com pessoas físicas. Essa era uma interpretação possível quando estava vigente a proibição de acordos pela Lei Geral de Improbidade Administrativa.

O empréstimo de tal instituto premial do Direito Penal se justificaria ante a proximidade da tutela da probidade administrativa no âmbito penal e no âmbito do direito administrativo sancionador. Isto é, são microssistemas que tutelam o mesmo bem jurídico, de modo que seria admissível um diálogo e interconexão entre ambos. Sobre o tema, foi reconhecida Repercussão Geral no ARE 1175650 RG/PR, ainda não julgado pelo Supremo Tribunal Federal¹¹⁷.

¹¹⁶ TAVARES. João Paulo Lordelo Guimarães. Aplicação do instituto de colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. In: **Avanços e Desafios no combate à corrupção após 25 anos da Lei de Improbidade Administrativa**. 2018, p. 28-51. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes>. Acesso em: 20 de março de 2020.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE nº 1175650**. Constitucional E Processo Civil. Recurso Extraordinário Com Agravo. Ação Civil Pública Por Ato De Improbidade Administrativa. Utilização De Colaboração Premiada. Análise Da Possibilidade E Validade Em Âmbito Civil. Repercussão Geral Reconhecida. 1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a questão acerca da utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (Constituição Federal do art. 37, § 4º e 5º) e da legitimidade concorrente para a propositura da ação (Constituição Federal do art. 129, § 1º). 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC. Brasília, 12 abr. 2019. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKewjj26SRybvoAhWBK.LkGHRpvCOEQFjAAegQIBBAB&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2Fprocesso%2FverProcessoPeca.asp%3Fid%3D15340063444%26tipoApp%3D.pdf&usg=AOvVaw3e-5ejMpYThG2nzUMM5soA>. Acesso em: 27 mar. 2020.

Com a vigência da nova redação da LGIA, existe uma linha interpretativa de que foi inserida a possibilidade de acordo de colaboração premiada no domínio da improbidade administrativa. Nesta corrente está o posicionamento de Fábio Medina Osório:

Que tipo de acordo poderá ser celebrado na instância competente para apreciar atos de improbidade, quando houver acordo na seara penal? Entendemos que deve ser um acordo de colaboração premiada na esfera da improbidade administrativa. A priori, é claro que as informações produzidas na seara penal podem, desde logo, ser úteis à resolução da ação ou investigação de improbidade e, nesse contexto, ensejar o acordo de não persecução cível. Trata-se de uma colaboração premiada na improbidade, como instrumento investigatório e, ao mesmo tempo, meio de defesa¹¹⁸.

Contudo, exatamente porque se trata de um instituto do Direito Penal não poderia ser aplicado ao domínio da Improbidade Administrativa. Conforme visto, o Direito Administrativo Sancionador possui uma outra lógica e regramento legal que o Direito Penal. Admite-se que os ramos do Direito dialoguem, mas não é possível importar institutos com regimes jurídicos distintos.

Ademais, a colaboração premiada e o acordo de leniência foram elaborados na mesma época (agosto de 2013). Justamente por terem regimes jurídicos distintos, o legislador fez uma previsão do instituto para cada ramo do Direito. Nesse sentido, extrapolaria a extensão dos efeitos para além do ramo jurídico ao qual foi criado.

Deste modo, consideramos que, na época da vedação da LGIA, não era possível utilizar da colaboração premiada para empregar efeitos ao âmbito da improbidade administrativa. O próprio sistema possibilitava a utilização de outros acordos para o domínio da improbidade administrativa (como o TAC com efeito sancionatório e o acordo de leniência), de modo que não é necessário e adequado importar o instituto da colaboração premiada para o domínio da improbidade. Com a vigência da atual redação, tampouco é possível a colaboração premiada como forma de solução consensual a que se refere o § 10 do art. 17 da LGIA. Devemos nos socorrer às outras modalidades de acordos típicas do direito administrativo sancionador, e não os acordos típicos do Direito Penal.

Ademais, conforme foi possível verificar, a possibilidade de celebração de termos de adesão nos acordos de leniência parece a solução mais adequada que a utilização da colaboração premiada para dar efeitos no âmbito da improbidade administrativa.

¹¹⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto da não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial. **Migalhas**, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/8a049e343b44ed_artigopacoteanticrimeeimprobid.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2020.

O que deveria e, ainda deve ocorrer, é a celebração de acordos concomitantemente, seja o ANPC, seja o acordo de leniência em conjunto com o acordo de colaboração premiada, ou acordo de não persecução penal. Porém, por intermédio de instrumentos distintos.

7. CONCLUSÃO

Diante do exposto nesta dissertação, as principais conclusões podem ser sintetizadas nos seguintes apontamentos:

1. A constitucionalização do princípio da moralidade em 1988 revela a grande preocupação com a ética na Administração Pública, em razão da histórica e endêmica corrupção existente no país. Conjuntamente, ocorreu a institucionalização da tutela da probidade, inaugurando um regime de responsabilização singular, autônomo e repressivo, estabelecendo gravosas sanções para os atos de improbidade administrativa.
2. O administrador público passou a ter o dever de agir não apenas com base na legalidade, mas nos valores vigentes na sociedade. O móvel e a finalidade do agente público devem estar de acordo com a lei e com os padrões éticos morais consagrados no ordenamento jurídico.
3. A improbidade administrativa, embora seja um conceito jurídico indeterminado, pode ser compreendida como uma imoralidade administrativa qualificada, relacionada com a desonestidade, deslealdade às instituições públicas e falta de zelo na gestão pública. Não se enquadram em referido conceito o gestor público inábil ou uma mera ilegalidade.
4. O § 4º do art. 37 da Constituição Federal delegou ao legislador ordinário a possibilidade de tipificação do ato de improbidade administrativa, bem como os meios para o exercício de sua tutela. Foi então editada a Lei nº 8.429/92, inaugurando o sistema punitivo da improbidade administrativa, tipificando as condutas com base em três eixos iniciais: enriquecimento ilícito (art. 9º), prejuízo ao erário (art.10) e violação dos princípios da Administração Pública (art.10).
5. A Lei Geral de Improbidade Administrativa estabeleceu um dever jurídico de boas práticas aos agentes públicos, passando a conviver com outras esferas de responsabilidades. O dever de probidade não se direciona apenas aos agentes públicos, mas também aos particulares, abrangendo todas as relações jurídicas com a Administração Pública.
6. Os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário admitem a modalidade culposa, desde que impliquem no descumprimento do dever jurídico de zelo da coisa pública.

A ausência do dever de cuidado ou a negligência do agente público ensejam a aplicação das sanções previstas no art.12 da LGIA. Por isso, não compreendemos a improbidade administrativa como sinônimo de desonestidade.

7. A Lei nº 12.846/2013 foi editada justamente para responsabilizar pessoas jurídicas que cometam ato lesivo contra Administração Pública nacional ou estrangeira de forma autônoma, sem necessidade de dupla imputação das pessoas físicas responsáveis pelo ato lesivo praticado em nome ou em benefício da pessoa jurídica.
9. Verificou-se uma expansão normativa do domínio da improbidade administrativa para diversos ramos do Direito como uma forma de ampliar a tutela deste bem jurídico. São exemplos a responsabilização por ato de improbidade daqueles que ensejarem uma contratação emergencial prevista na Lei das Estatais, a responsabilização do prefeito nas hipóteses elencadas no Estatuto das Cidades, a responsabilização prevista na Lei de Acesso à Informação, dentre outras inovações legislativas, inclusive com alterações na própria Constituição Federal ao prever a responsabilização relacionada ao pagamento de precatórios.
10. Do preceito constitucional também se extrai que a probidade administrativa é um direito difuso, tendo inclusive sido reconhecido o direito fundamental ao governo probó. Está intimamente ligado ao princípio republicano.
11. O governo republicano exige a responsabilização do agente público que cometa ato ilícito, ilegal e/ou ímprobo. A falta de um sistema sólido, coerente e eficaz de sancionamento enseja impunidade que, por sua vez, gera desconfiança nas instituições e enfraquece o Estado de Direito.
12. Em uma República, a participação popular é fundamental para garantir o adequado funcionamento das instituições. A ampliação do acesso dos cidadãos nas decisões políticas e administrativa reforçam a democracia e permitem maiores consensos na definição do próprio interesse público e na escolha de políticas públicas.
13. A participação social também autoriza o controle da Administração Pública pelos próprios cidadãos, tendo a Constituição Federal conferido meios adequados para tal controle. Trata-se de mais um mecanismo apto à concretização do direito fundamental ao governo probó.

14. Dentre os meios de participação social, destacam-se os instrumentos consensuais, nos quais o próprio cidadão, acessando diretamente a Administração Pública, pode compor com o Poder Público. A consensualidade tem se expandido, fortalecendo a democracia, alterando a própria forma de atuação administrativa: permite a atuação dialógica e horizontal ao invés da atuação administrativa típica unilateral e impositiva.
15. A expansão da consensualidade no combate à corrupção tem assento nos Tratados Internacionais que determinam que os países-membros adotem soluções consensuais como forma de combate à corrupção.
16. As Convenções Internacionais sobre o tema alteraram o conceito sobre corrupção, que não mais está associado à conduta do agente público, mas a um conceito mais amplo de disfunção das relações público-privada, que prejudica a concorrência sadia e o comércio internacional. Também o trata como fenômeno internacional, globalizado, multifacetário, que atrai, simultaneamente, diversas esferas de responsabilização e, por isso, necessita de ações de cooperação entre os países.
17. A comunidade internacional se organizou e formou uma cooperação internacional para combater a corrupção de forma coordenada, sugerindo a internalização de normas para o devido enfrentamento da questão, para que tenham efeito no âmbito interno e externo.
18. Destaca-se a Convenção de Palermo dentre os diplomas internacionais, com grande impacto no ordenamento jurídico ao fomentar a adoção de instrumentos colaborativos que auxiliem investigações pelo Poder Público. A colaboração premiada e o acordo de leniência foram estabelecidos nesse sentido.
19. Diversas normas de combate à corrupção foram editadas para dar cumprimento aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Criou-se um microssistema normativo da tutela da Administração Pública para proteger o patrimônio público, a moralidade e a probidade administrativa.
20. São leis de natureza material e processual que compõem esse microssistema cujo objetivo é dar densidade e concretude ao direito fundamental ao governo probó. A marca central é a

transversalidade, de modo que todos os diplomas que disciplinam atos corruptivos integram este microsistema e devem ser aplicados de forma coerente e harmônica para conferir racionalidade, razoabilidade, proporcionalidade e segurança jurídica ao microsistema.

21. No microsistema processual civil da probidade administrativa, a Lei nº 8.429/92 é considerada a Lei Geral da Improbidade Administrativa e traz normas processuais e materiais da tutela do bem jurídico. Traz a previsão da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, com forte viés sancionatório, mas não deixa de perseguir o ressarcimento integral do dano.
22. Ao lado da LGIA, destacam-se a Lei da Ação Popular, a Lei do Mandado de Segurança, a Lei da Ação Civil Pública e a Lei de Improbidade das Pessoas Jurídicas. Esse microsistema da probidade administrativa se interliga e se conecta de maneira particular e única, e sob tal ótica será analisada a consensualidade no domínio da improbidade administrativa.
23. A sociedade pós-moderna caracteriza-se pelas intensas e complexas relações sociais que acabam gerando os mais diversos conflitos, sobrecarregando o Poder Judiciário na missão de pacificação destes. A ampliação do acesso à justiça e a cultura demandista, centrada na adversariedade entre as partes, também contribuíram, sobremaneira, com o expressivo aumento de ações judiciais.
24. O Poder Público, como um dos maiores litigantes do país, contribuiu com o congestionamento do Judiciário. A falta de acesso à Administração Pública, a excessiva burocratização, a ausência e omissões em políticas públicas eficientes justificam o alto número de ações judiciais em face da Fazenda Pública.
25. A excessiva judicialização levou à falência desse modelo. Buscaram-se caminhos alternativos mais céleres e mais eficientes para resolução de conflitos. Concomitantemente, há um movimento crescente de participação dos cidadãos para além do voto, prestigiando a via democrática na composição de soluções e na formulação do próprio interesse público.
26. A consensualidade surge neste movimento em busca de vias alternativas para a solução de conflitos, também como forma de ampliar a cidadania.

27. A transformação também ocorreu no próprio Poder Judiciário. Abriu-se a possibilidade de solução de conflitos por meio de conciliação, mediação, arbitragem e outros instrumentos atípicos, em um movimento que foi denominado como “Justiça Multiportas”.
28. Verificou-se que a via consensual rompe com a forma tradicional de resolução de conflitos, centrada no juiz e marcada pela intensa litigiosidade entre as partes, em um movimento que segue em franca expansão.
29. A expansão da consensualidade ocorreu também no Direito Administrativo, permitindo a solução dialógica nos conflitos com a Administração Pública. Abre-se um canal de acesso do cidadão ao Poder Público, admitindo-se o diálogo e concessões recíprocas para composição entre as partes.
30. A via consensual se mostra uma via mais econômica, evitando-se gastos com o aparato judicial, com grande potencial de redução do congestionamento do Poder Judiciário e a desburocratização da Administração Pública.
31. A consensualidade também implica uma maior aceitação da solução negociada, evitando-se a judicialização do ato administrativo, e fortalecendo, assim, a própria atividade administrativa. Isso também tem o potencial de impedir que o Poder Judiciário adentre no mérito do ato administrativo, evitando-se a nefasta revisão da conveniência e oportunidade próprias da atividade do gestor público.
32. Para que haja implementação da consensualidade na atividade administrativa, é imprescindível a estruturação de uma política pública de composição de conflitos, conferindo a devida previsibilidade aos interessados, como forma de garantir segurança jurídica e atratividade da via consensual, sob pena de torná-la inefetiva.
33. O modelo consensual não implica em superação do modelo tradicional, mas se torna mais um mecanismo a dispor do Estado. Nos casos em que não seja possível a composição de conflitos por meios alternativos, sempre restará disponível a via judicial, mantendo-se intacto o acesso ao Poder Judiciário, nos termos do art. 5º, XXXV, CF.

34. Diversas leis foram editadas para viabilizar a resolução negocial no campo da Administração Pública, dando segurança jurídica para a utilização desta via, incorporando-a no dia a dia da atividade administrativa, inclusive para as controvérsias contratuais.
35. O novo Código de Processo Civil também é um importante marco da consensualidade, tornando-a via prioritária na resolução de conflitos, inclusive com a determinação para que o Estado crie uma política pública voltada a solucionar conflitos pela forma consensual, trazendo diretrizes para a criação de câmaras de mediação e conciliação com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo.
36. Verificou-se, assim, a crescente inserção de mecanismos consensuais na legislação contemporânea, fortalecendo o movimento consensual como via alternativa para a pacificação social. Há uma clara tentativa de superação da cultura demandista, menos dependente do Poder Judiciário e mais aberta ao diálogo.
37. A unilateralidade é uma via técnico-jurídica de ação administrativa, considerada um atributo fundamental do ato administrativo. Por meio da atuação unilateral, a Administração Pública exerce função administrativa para o cumprimento da lei.
38. A unilateralidade é reforçada pela verticalidade presente na relação jurídico-administrativa decorrente da supremacia do interesse público. O Direito instrumentaliza a Administração Pública com uma posição privilegiada, justamente porque é incumbida de zelar pelo interesse público e executá-lo.
39. A consensualidade surge como um novo paradigma de atividade administrativa decorrente do aprofundamento da democratização no campo da Administração Pública, rompendo com a percepção equivocada de que o Poder Público não poderia exercer sua atividade administrativa de forma consensual. O princípio da indisponibilidade do interesse público e da primazia do interesse público sobre privado não impedem que haja diálogo, composição ou qualquer forma de ajuste com a Administração Pública.
40. A unilateralidade não se confunde com o autoritarismo. Somente há Direito Administrativo dentro do Estado de Direito. As prerrogativas da Administração Pública apenas existem como forma legítima de exercício da atividade administrativa para a concretização do

interesse público. Não impedem a convivência com instrumentos mais abertos e bilaterais na formação dos atos administrativos. Por isso, a consensualidade não elimina a unilateralidade do campo da atividade administrativa.

41. A única possibilidade de atrelar a imperatividade a uma Administração Pública arbitrária é no sentido de impor unilateralmente suas decisões aos administrados, como oposto à formação do ato por consenso, mas não no sentido de antidemocrático. A supremacia do interesse público não pode ser invocada para justificar decisões arbitrárias, sob pena de distorcer o referido princípio, em evidente abuso de poder.
42. A formação de consensos, diálogos e relações horizontalizadas dentro da própria atividade administrativa é mais condizente com o modelo de Estado contemporâneo, mas não se trata de uma superação da atividade administrativa tradicional. São diferentes formas do exercício da atividade administrativa. Incorpora-se novos instrumentos de participação individual e social, valorizando a cidadania como mais uma forma de exercício da atividade administrativa.
43. A própria supremacia do interesse público, como princípio e não regra, deve ser realizada na maior medida possível e pode significar a concretização de interesse individual ou supraindividual. Logo, a composição com o particular deve representar a própria realização do interesse público no caso concreto.
44. Transformações dos modelos de Estado impactaram nas relações Administração Pública-administrado. A legalidade estrita foi substituída pela juridicidade, conferindo ao gestor público uma atuação mais flexível dentro dos moldes normativos e, por vezes, com maior discricionariedade. A Administração Pública foi se modernizando, impactando no modo de exercício da atividade administrativa.
45. O contrato administrativo também foi um dos principais responsáveis pela consensualidade no direito administrativo. Com a contratualização, a relação público-privada passou a se dar de forma dialógica e bilateral, dependendo da convergência de vontades entre as partes. Cláusulas exorbitantes convivem com cláusulas negociáveis, respeitando-se as particularidades do contrato administrativo.

46. No modelo adotado de Estado Regulador, no qual as agências reguladoras exercem importante regulação das atividades econômicas, é crucial que as agências reguladoras sejam capazes de mediar interesses divergentes. Em razão de tal fenômeno, verificou-se a expansão da consensualidade como forma de composição de controvérsias entre privados ou entre a própria agência reguladora e privados para cumprimento dos objetivos setoriais e resolução de conflitos
47. A revalorização da consensualidade também está relacionada à expansividade dos direitos fundamentais. O cidadão tem sua participação mais alargada em um contexto de valorização de seu papel dentro do Estado Democrático de Direito.
48. A Reforma do Estado, constitucionalizando a eficiência na atividade administrativa, também contribuiu para a expansão da consensualidade. A via consensual tem o potencial de resolução mais célere dos conflitos e a busca de consensos como forma mais eficiente de atingir o interesse público.
49. A consensualidade corresponde a qualquer tipo de acordo de vontades com a Administração Pública. Permite a participação dos sujeitos afetados pela atividade administrativa, tornando a atuação estatal mais legítima e aprimorando a governabilidade. Concluímos que, todas as vezes em que o ordenamento jurídico não vedar a utilização da via consensual, esta deve ser adotada prioritariamente.
50. Para que haja primazia da consensualidade na atividade administrativa, é necessária uma ruptura com a cultura tradicional, acostumada com a verticalização da relação público-privada e com uma Administração Pública não consensual. Essa transformação também perpassa pela superação da compreensão que a indisponibilidade do interesse público é antagônica aos acordos com o Poder Público. O que se altera é apenas com relação à forma de atingir e realizar o interesse público.
51. Além da possibilidade de solucionar o conflito de maneira mais célere, a via consensual exige menos do Poder Público em termos de fiscalização e sancionamento. A técnica consensual que concede benefícios em troca de informações úteis permite ainda mais a otimização de recursos, exigindo menos do aparelho punitivo.

52. Essa modalidade de atuação administrativa pode ocorrer na presença de atos unilaterais e bilaterais. Se inserida no regime jurídico-administrativo dos atos unilaterais, altera a formação, eficácia e efetividade desses atos. No caso dos atos bilaterais, impulsiona-se novos atos convencionais, de que se vale a Administração Pública para atingir seus interesses.
53. Não há qualquer disposição da potestade do Poder Público, pois a consensualidade apenas interfere em seu modo de cumprimento. Não tendo êxito a solução negocial, os atributos permanecem à disposição do aparelho administrativo.
54. No âmbito judicial, os ajustes entre as partes interferem para abreviar os litígios, gerar efetividade e celeridade da garantia fundamental do acesso à Justiça, incluindo a duração razoável dos processos judiciais.
55. Com a expansão da Administração Pública Consensual, foram editados diversos diplomas normativos contemplando a consensualidade, porém não existe uma autorização genérica para acordos na Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999), o que não impede que a via consensual seja acionada com fundamento nas diversas normas que admitem a consensualidade como via para a atividade administrativa.
56. Antes da Constituição atual, acordos com a Administração Pública já eram possíveis, como a desapropriação amigável permitindo a composição sobre a justa indenização. O que se verificou, após 1988, foi a expansão da consensualidade e a edição de diversas normas, contemplando-a, dando mais segurança jurídica para celebração de acordos no âmbito do Direito Administrativo.
57. Nesta expansão, destacam-se as normas que admitem a composição judicial com as Fazendas Públicas, com potencial de reduzir o congestionamento do Poder Judiciário.
58. Com a análise das diversas normas admitindo acordos como solução de litígio na esfera administrativa e judicial, constatou-se a complexidade na estruturação de uma Política de Estado em prol da consensualidade, sobretudo com relação à atribuição de competências decisórias para a celebração de acordos. O maior desafio é subordinar a significativa discricionariedade atribuída pela lei aos princípios constitucionais da Administração

Pública, destacadamente, a impessoalidade, a isonomia, a eficiência, a moralidade, a boa-fé, o devido processo administrativo, a publicidade, dentre outros.

59. A possibilidade de celebração de TAC também é um dos maiores responsáveis pela expansão da consensualidade no direito administrativo. Como reforço da consensualidade, houve a previsão do art. 26, LINDB, afastando o questionamento da viabilidade da Administração Pública celebrar acordos, conferindo maior segurança jurídica.
60. Os acordos devem observar os princípios da Administração Pública, sobretudo o princípio da isonomia, impessoalidade, proporcionalidade, finalidade e submissão ao controle.
61. A estruturação da Política de Estado voltada à consensualidade auxiliará na consolidação do modelo da Administração Pública Consensual, conferindo a necessária segurança jurídica para a celebração de acordos e contribuirá para a superação da cultura voltada à litigiosidade.
62. Para nós, a sanção administrativa decorre do Poder Sancionador estatal, regida pelo Direito Administrativo Sancionador. É imposta pela Administração Pública em razão da incursão em alguma infração administrativa. Caberá ao legislador optar pela via adequada de responsabilização de tais ilícitos, existindo uma discricionariedade legislativa para tal conformação.
63. Adotamos o conceito de sanção administrativa dado por Alice Voronoff, o que permite concluir que a função da sanção administrativa é essencialmente instrumental, voltada para um fim dissuasório, de conformação de condutas desejáveis, com enfoque prospectivo e conformativo. Não pode ser concebida apenas como resposta automática de uma infração, para causar um mal ou um castigo ao infrator. A sanção deve ter esse caráter retributivo e punitivo, mas é fundamental que tenha essa função não punitiva.
64. A sanção administrativa deve permitir a adequação de condutas ao plano da juridicidade e ajustar as condutas desejáveis. Uma sanção com mero fim arrecadatório ou desproporcional desvirtua a sua função. Cabe ao ordenamento jurídico o desenho correto da sanção administrativa para que cumpra a sua função normativa adequadamente.

65. A morosidade do processo penal, a sobrecarga do Poder Judiciário e o descrédito do Direito Penal como resposta aos crimes permitiram que o Direito Administrativo Sancionador se fortalecesse, tornando-se uma alternativa do sistema jurídico para retribuição e prevenção de ilícitos. O Direito Penal tornou-se a última *ratio* nesse sistema jurídico sancionatório, perdendo espaço para o DAS.
66. Em razão da função instrumental da sanção administrativa, permite-se a adoção da consensualidade no DAS. A busca de melhores resultados e conformação de condutas socialmente desejáveis fez com que se buscassem técnicas de imposição de sanção com outro caráter que apenas repressivo, punitivo e disciplinar.
67. A expansão da consensualidade no Direito Administrativo, sobretudo no DAS, foi gradual. Foi necessária a superação da barreira de que a composição em matéria sancionatória não era incompatível com a indisponibilidade do interesse público. Consensualidade não é o oposto da realização do interesse público ou da disposição da prerrogativa sancionatória, que permanece intacta. No caso de descumprimento do acordo, a Administração Pública poderá acionar sua prerrogativa sancionatória e impor a sanção administrativa unilateralmente. Não se trata de via excludente da via tradicional.
68. Para os interessados, a via consensual é uma possibilidade de ajustar suas condutas, reconduzindo-se ao plano da juridicidade. Além disso, é uma via que permite que a resposta do ilícito seja ajustada com o Poder Público, afastando o temor da incerteza quanto à sanção administrativa que poderia lhe ser imposta pela imposição unilateral da sanção administrativa ou pela fixação judicial da sanção. Além disso, se adotada no plano judicial, pode abreviar a duração do processo e todo o custo inerente a este.
69. Quando não houver uma determinação legal para a celebração de acordos, a via consensual será uma opção discricionária da Administração Pública, devendo balizar se é a melhor forma de concretizar o interesse público no caso concreto. Para tanto, deverá verificar se as condições ofertadas pelo particular são suficientes para a resposta ao ilícito e à finalidade perseguida pela norma jurídica.
70. A vinculação para a celebração de acordos não é compatível com a análise da valoração de documentos e informações fornecidas pelo interessado nos casos de acordos premiais.

71. A discricionariedade na celebração de acordos não significa arbitrariedades. Por ter se tornado uma via prioritária de resolução de conflitos, caberá ao Poder Público motivar a decisão que elege a via tradicional e não a consensual.
72. A discricionariedade ficará reduzida para os casos similares, evitando-se quebra de isonomia e inobservância do parágrafo único do art. 24 da LINDB.
73. Dentre os instrumentos consensuais, destacam-se os colaborativos, que permitem que o interessado contribua com o Poder Público na persecução de ilícitos, avançando na descoberta de ilícitos e punição de envolvidos. São os instrumentos premiaiais em que há isenção ou redução de sanções proporcionalmente à colaboração do interessado, como o acordo de leniência e colaboração premiada. Trazem também um elemento desestabilizador entre infratores, criando um importante ambiente de insegurança entre os envolvidos.
74. Outro instrumento relevante no DAS são os acordos que permitem a readequação de condutas, como o ajustamento de condutas ou termos de cessação de conduta. Não dependem de colaboração do interessado, mas do cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, permitindo o retorno à juridicidade e a recomposição do dano ao erário (quando houver).
75. Verificamos um viés pragmático e utilitarista dos acordos, com intuito de gerar mais eficiência nesse sistema jurídico punitivo. Na medida que os acordos gerem mais resultados na retribuição de ilícito e dissuasão de condutas, dar-se-á mais cumprimento à eficiência na atividade administrativa.
76. Concluimos que o modelo tradicional não propiciou o adequado enfrentamento da corrupção. As deficiências do aparelho investigativo e o *deficit* informacional do Poder Público levaram a uma baixa taxa de punição dos atos de improbidade administrativa. A longa tramitação do processo judicial também resulta na perda da capacidade das sanções impostas cumprirem suas funções. Esses instrumentos consensuais vieram como tentativa de atenuar tais deficiências e aprimorar o sistema punitivo brasileiro, possibilitando respostas mais céleres e mais eficientes.

77. A improbidade Administrativa é um sistema de responsabilização singular decorrente do comando estabelecido pelo § 4º do art. 37 da CF. Não se restringe aos atos de agentes públicos, mas alcança qualquer forma de relação com a Administração Pública. A LGIA e a LIPJ foram editadas justamente para possibilitar a tutela adequada da probidade administrativa e, por isso, estão no mesmo domínio de responsabilidade. Por essa razão, devem ser aplicadas de forma coerente e harmônica.
78. A LGIA instituiu um código de conduta aos agentes públicos, enquanto a LIPJ instituiu um regime para punição de pessoas jurídicas que atentem contra Administração Pública nacional ou estrangeira.
79. A LIPJ não supre um vácuo de responsabilização da PJ no domínio da improbidade administrativa, mas inova e avança ao permitir a responsabilização autônoma e objetiva da PJ, bem como permite a tutela da Administração Pública estrangeira. A contribuição da lei é significativa, pois nem todos os atos praticados por PJ em detrimento do Poder Público contam com a participação de agentes públicos.
80. Verifica-se uma clara tentativa da lei em induzir mudanças de comportamentos nas relações público-privadas. O incentivo à adoção de programa de integridade ilustra o estímulo dado pela lei para que as empresas possuam mecanismos de fiscalização internos. A redução dos incentivos econômicos (ao prever severas sanções às PJ, em especial, a possibilidade de dissolução da PJ e multa sobre o faturamento) também norteia a finalidade dessa norma.
81. Por estarem no mesmo domínio da improbidade administrativa, a LGIA e LIPJ devem ser aplicadas conjuntamente. Há praticamente uma coincidência na tipificação da LIPJ e LGIA, de modo que é necessária a compatibilização de tais normas, a fim de evitar sobreposições e excessos no exercício sancionatório.
82. Compreendemos que a LIPJ revogou a estrutura de responsabilidade subjetiva da PJ, permitindo a responsabilização objetiva da pessoa jurídica; introduziu novas sanções aplicáveis à PJ; novos critérios para a dosimetria da sanção; novo regramento para prescrição da pretensão punitiva e revogou a antiga proibição da vedação de acordos ao permitir a celebração do acordo de leniência. As sanções de igual natureza não devem ser aplicadas em duplicidade, sob pena de *bis in idem*.

83. Concluímos que, apenas com a vigência da LIPJ, inserindo a consensualidade no domínio da improbidade administrativa, possibilitou-se a celebração de acordos nesse domínio, inclusive no âmbito da LGIA. Entendemos que a antiga redação foi tacitamente revogada em razão da coerência, harmonia e própria eficiência do sistema anticorrupção. Por tal razão, consideramos válidos os acordos firmados sob a égide da redação anterior ao Pacote Anticrime.
84. A proibição contida na antiga redação da LGIA era compatível com a época em que a lei foi editada (1992). Conforme visto, a evolução da consensualidade permitiu a superação da compreensão de que os acordos eram incompatíveis com o interesse público e representavam benevolência com o infrator. O alargamento de instrumentos consensuais no Direito Penal foi relevantíssimo para o questionamento da manutenção da proibição prevista na Lei nº 8.429/92. Se a via mais gravosa adotou a consensualidade, as vias menos gravosas com mais razão deveriam também adotá-la.
85. A defesa pela adoção de acordos no âmbito da improbidade administrativa ganhou força ante a constatação da inefetividade da LGIA no combate à corrupção. Contudo, a não conversão da MP nº 703/2015 acirrou o debate sobre a possibilidade de acordos e gerou enorme insegurança jurídica.
86. Compreendemos que o sistema punitivo deve ser considerado globalmente, não sendo possível a interpretação estanque e isolada da antiga redação da LGIA. Assim, optamos por uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, concluindo que se tornou incompatível a possibilidade de acordos sobre os mesmos fatos na esfera penal e no âmbito da LIPJ com a vedação do art. 17, § 1º da LGIA.
87. A compreensão da manutenção de tal dispositivo prejudicava o microssistema anticorrupção, impedindo avanços necessários e tornando obsoletos os institutos colaborativos.
88. A interpretação mais adequada é na compreensão da revogação tácita do art. 17, § 1º da LGIA, em razão da expansão da consensualidade no direito punitivo, sobretudo em razão da autorização de celebração de acordo de leniência no domínio da improbidade administrativa.

89. A Lei nº 13.964/2019 positivou a possibilidade de acordos também no âmbito da LGIA, trazendo mais segurança jurídica ao ordenamento jurídico. Houve um grande avanço com a referida lei, pondo fim à discussão sobre a possibilidade de acordos no domínio da improbidade administrativa. Contudo, não resolveu a problemática de acordos, remanescendo uma importante dúvida jurídica sobre o alcance e modalidades de acordos admissíveis no domínio da improbidade administrativa.
90. A celebração de TAC impulsionou a expansão da consensualidade no DAS. Este é um importante instrumento de resolução de conflitos, permitindo o ajuste de condutas, induzindo comportamentos adequados e o retorno ao plano da juridicidade.
91. Ainda que não haja regramento legal específico sobre a possibilidade da utilização de TAC no domínio da improbidade administrativa, reputamos válidos os acordos para adequação de condutas como forma de prevenção de condutas. Nunca houve impedimento pelo sistema de responsabilização por ato de improbidade de TAC sem efeito sancionatório, nem mesmo na vigência da antiga vedação da LGIA, pois tal solução era acolhida pelo microsistema de tutela coletiva dos direitos difusos.
92. Ao celebrar o TAC sem efeito sancionatório, o interessado cooperaria com o Poder Público, permitindo o ajuste no plano da legalidade. Não afasta, contudo, a imposição de sanções decorrente do ato de improbidade, não impedindo o ajuizamento da ação de improbidade para a aplicação das sanções ou a extinção das ações em trâmite. Serviria como elemento na dosimetria da sanção (aplicando-se, por analogia, o art.7º, VII da LIPJ).
93. A nova redação da LGIA não colide com a possibilidade de TAC sem efeito sancionatório. O sistema sempre permitirá a recondução da legalidade e a recomposição de danos por meio de TAC. Este poderá ser celebrado a qualquer tempo, não obedecendo ao limite temporal estabelecido na nova redação da LGIA.
94. No caso de celebração de ANPC para a imposição de sanções, as obrigações que seriam pactuadas por meio de TAC deverão constar nesse acordo, não sendo necessária a celebração de dois instrumentos apartados. O TAC é absorvido pelo ANPC. Caso não haja consenso sobre as sanções a serem observadas pelo interessado, ainda assim caberá o TAC sem efeito

sancionatório, que servirá de baliza favorável ao réu quando da dosimetria da sanção pelo juiz competente.

95. Quanto à recomposição de danos, devem ser adotados todos os esforços para a devolução dos recursos desviados e a perda dos valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio do infrator. Considera-se que a maior efetividade do combate à corrupção depende de medidas efetivas de ressarcimento dos danos causados ao erário. A imposição de sanções é extremamente relevante, mas, sem a recomposição de danos, pouco avanço haverá.
96. A recomposição de dano pode ser tutelada por diversos instrumentos, como as ações civis públicas regidas pela LACP, ações populares, ações de execução de títulos extrajudiciais advindos do Tribunal de Contas e ações de improbidade administrativa. Também é viável acordo de ressarcimento, no qual é possível ajustar condições, prazos e modo de recomposição de danos ou perda da vantagem ilícita. Não haverá disposição do valor em si, pois a reparação de dano deve ser sempre integral.
97. O acordo de ressarcimento sempre encontrou guarida no ordenamento jurídico, mesmo quando o dano decorre de ato de improbidade administrativa. Consideramos válidos os acordos celebrados na vigência da antiga vedação da LGIA, desde que não houvesse qualquer disposição da reparação integral do dano ao erário.
98. É recomendável que todas as modalidades de acordo contenham cláusulas sobre a obrigação de recomposição de dano ao erário. Porém, não se trata de requisito essencial para as demais modalidades, inclusive sob pena de inviabilizar acordos de colaboração, cuja finalidade é mais ampla que a busca pelo ressarcimento ao erário.
99. A Lei de Mediação confirma o tratamento da antiga vedação da LGIA. Discordamos do entendimento de que a Lei conferiu uma autorização para acordos nas ações de improbidade administrativa, mostrando-se equivocado o fundamento de autocomposição com esteio no art.35 da Lei nº 13.140/2015.
100. A autocomposição é adequada apenas para resolver litígios entre entes públicos cujo ato tem sua validade questionada em razão da acusação da prática de ato de improbidade.

Justamente por isso necessita de homologação pelo juiz, pois não era admissível acordo sobre a pretensão sancionatória.

101. O CPC/2015 tampouco poderia servir como único fundamento para celebração de acordo em improbidade administrativa. Trata-se de uma lei geral e processual, aplicada subsidiariamente no domínio da improbidade administrativa, que não poderia prevalecer sobre lei especial e material da antiga redação da LGIA.
102. Consideramos que o desenho constitucional estabelece a imposição de sanções para condutas ímprobas. Apenas uma lei pode conferir imunidade para o ato de improbidade, mas não um acordo. Tal conclusão se extrai do próprio o § 4º do art. 37, que estabelece uma reserva legal para a forma e gradação das sanções.
103. Para permitir a resolução definitiva de conflitos, os acordos devem ter, necessariamente, efeito sancionatório. Os acordos sem efeito condenatório somente serão considerados para dosimetria da sanção a ser aplicada pelo juiz competente, em razão da cooperação do réu da ação de improbidade ou da ação civil pública por ato lesivo.
104. É possível a aplicação de, pelo menos, uma das sanções legalmente previstas nas normas que integram o domínio da improbidade administrativa. Tal conclusão se retira do *caput* do art. 12 da LGIA, que expressamente prevê a desnecessidade de cumulatividade da sanção. Se no âmbito judicial é perfeitamente aceitável a imposição de uma única sanção, a mesma solução deve ser acolhida em sede de acordo.
105. As sanções a serem contempladas no acordo devem ser as sanções previstas no domínio da improbidade. Ferem a legalidade e a tipicidade acordos que importem sanções de outras esferas de responsabilidade como resposta do ato de improbidade administrativa, a não ser que sejam aplicadas em conjunto com, pelo menos, uma das sanções previstas no domínio da improbidade administrativa.
106. De rigor que os acordos imputem sanções pertinentes, adequadas e proporcionais ao ato de improbidade. Caso contrário, não servirão como resposta deste sistema de responsabilização.

107. No domínio da improbidade que se extraem as balizas para a fixação das sanções: gravidade do fato, extensão do dano causado e proveito patrimonial obtido, extraídas do art. 12, *caput* e parágrafo único da LGIA. Além de tais parâmetros, a Lei nº 12.846/2013 prevê como parâmetro a vantagem auferida pelo infrator, a consumação ou não da infração, o grau de lesão ou perigo de lesão, o efeito negativo produzido pela infração, a situação econômica do infrator, a cooperação para apuração das infrações, a existência de mecanismos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e aplicação efetiva dos códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, o valor dos contratos da pessoa jurídica com a Administração Pública (art. 7º da LIPJ).
108. Na fixação das sanções também devem ser considerados os parâmetros implícitos inerentes ao DAS, em especial a proporcionalidade, razoabilidade, eficiência e culpabilidade.
109. Os acordos não necessitam de homologação judicial. O desenho constitucional não exige obrigatoria jurisdicionalização da reação sancionatória. Logo, embora recomendável para conferir maior segurança jurídica, o ordenamento jurídico aceita acordos extrajudiciais.
110. Tais pressupostos servem para todas as modalidades cabíveis no domínio da improbidade administrativa.
111. A partir do dia 23 de janeiro de 2020 iniciou um novo marco da consensualidade no domínio da improbidade administrativa. A Lei nº 13.964/19 alterou significativamente a LGIA, permitindo acordo de não persecução cível e solução negocial.
112. Além de se tratar de um importante avanço legislativo, adequando-se a LGIA ao novo marco da consensualidade no próprio domínio da improbidade administrativa, põe um fim à controvérsia sobre o cabimento de acordos na Lei Geral de Improbidade Administrativa. A lei reforçou o que já havia sido compreendido pela parte majoritária da doutrina, mas tem a importante contribuição de conferir coerência e previsibilidade a fim de promover segurança jurídica.
113. Em que pese os avanços, a lei acabou por não disciplinar de maneira adequada o alcance e requisitos para a celebração dos acordos, exigindo a integração da norma. Dada a sua recente vigência, recorre-se aos métodos clássicos de interpretação.

114. O Projeto de Lei foi substancialmente alterado nas Casas Legislativas. Com os vetos da Presidência, foi afastada a possibilidade de celebração do acordo no curso do processo judicial, bem como a competência exclusiva do Ministério Público para a celebração.
115. Concorde-se com a posição adotada pela Presidência da República em não limitar o acordo ao Ministério Público, pois além de contrariar o art.17 da LGIA, enfraqueceria o combate à corrupção, diminuindo indevidamente o papel da advocacia pública como representante da pessoa jurídica e afastaria a legitimidade de um dos mais interessados na resolução do conflito, que é o ente vítima do ato de improbidade administrativa.
116. A Lei Geral de Improbidade teria assimilado, em definitivo, a consensualidade, permitindo a resolução do conflito mesmo após o ajuizamento da ação de improbidade, em um claro reforço da solução consensual.
117. Após os vetos da Presidência da República, ficou um vácuo legislativo sobre o alcance e regramento da via consensual, gerando uma insegurança jurídica indesejada, que inclusive pode inviabilizar a concretização do próprio instituto consensual.
118. Dentre as diversas possíveis interpretações da nova redação da LGIA, reputa-se como mais adequada a alternativa que considera que a lei possibilitou o ANPC na fase pré-processual e uma solução negocial após a propositura da ação, mas antes da contestação.
119. A norma traz dois momentos oportunos para a solução negociada, considerando também que os sujeitos alocados no polo passivo de uma ação de improbidade terão uma notória inclinação para a composição. Então, a norma facultou uma segunda oportunidade para celebração do acordo.
120. Nessa linha de interpretação, não há uma limitação das modalidades de acordos possíveis a serem firmadas no curso da ação judicial. Porém, algumas soluções consensuais levariam à extinção do processo (acordos com efeitos sancionatórios), outras soluções processuais seriam fatores a serem considerados no momento da dosimetria da sanção a ser aplicada pelo juiz da causa (acordos sem efeito sancionatório).

121. O movimento consensual prioriza a solução dos conflitos fora do âmbito judicial, justamente por ser menos onerosa e mais célere. Logo, o ANPC deveria ser mais atrativo (e, portanto, mais benéfico para o interessado) do que a solução negocial pós-propositura da ação de improbidade (que movimentou toda a máquina pública e já conta com todos os elementos probatórios para embasar o ajuizamento de uma ação judicial).
122. Um programa de consensualidade no domínio da improbidade administrativa deveria ser capaz de escalonar os benefícios em razão do momento que o acordo é celebrado, conferindo maior atratividade para resolução dos conflitos na fase pré-processual.
123. O ANPC passa a ser compreendido como instituto próprio do domínio da improbidade administrativa. Não concordamos com a compreensão que se trata de uma espécie do gênero TAC. Para nós, trata-se de um instrumento próprio de consensualidade para os atos de improbidade administrativa, tratando-se de um instituto pré-processual.
124. Consideramos que há uma limitação temporal para a celebração de acordo: até a apresentação da contestação. Após tal marco processual, haveria uma preclusão para as partes, de modo que a ação de improbidade administrativa teria que prosseguir regularmente. Tal entendimento está em conformidade com a interpretação literal e histórica do dispositivo, na qual foi vetada pela Presidência da República a possibilidade de celebrar acordo a qualquer tempo.
125. Embora a Lei nº 13.694/2019 não tenha disciplinado o alcance e conteúdo de tais acordos, é possível utilizar a LGIA e LIPJ como parâmetros para a fixação dos conteúdos dos acordos.
126. Não é possível os parâmetros estipulados para celebração do ANP Criminal por analogia. Trata-se de outra esfera de responsabilidade, não sendo possível a transposição de institutos. Deve-se socorrer de parâmetros fixados pela própria LGIA (art. 12), bem como pela LIPJ (art. 7º).
127. O acordo substitutivo de sanção é um instrumento usualmente utilizado no direito administrativo sancionador. Possibilitam a substituição de sanções por restrições de direitos ou obrigações de fazer. No domínio da improbidade administrativa, não seria possível escolher outras sanções ou restrições de direitos não previstas nas leis que integram o

domínio da improbidade. Não se admite que as sanções sejam estipuladas pelas partes à margem da legalidade.

128. Por isso, não admitimos acordos substitutivos como solução consensual aptos para extinguir a ação de improbidade. Não há impedimento para que estes sejam celebrados como forma de adequação do interessado à juridicidade, considerados no momento da dosimetria da sanção pelo juiz da causa, sem aptidão de extinguir o processo. Por este motivo, não haverá muita atratividade para a sua celebração, mas não há impedimento para que sejam celebrados, desde que a ação de improbidade prossiga regularmente.
129. No mesmo sentido estão os acordos de cessação de prática de ato de improbidade. A falta de previsão no domínio da improbidade impede que sejam utilizados como solução de conflitos. Não se admite a aplicação, por analogia, do instituto previsto na Lei Antitruste. São leis que, embora integrem o direito administrativo sancionador, estão em outra esfera de responsabilidade.
130. Além do mais, o TCC previsto na Lei nº 12.529/2011 não estabelece uma sanção para todas as infrações administrativas do sistema anticoncorrencial. Poderá ou não haver aplicação de multa, enquanto para o domínio da improbidade administrativa é necessária aplicação de ao menos uma das sanções previstas nas leis previstas na LGIA.
131. Consideramos adequada a celebração de TAC com efeito sancionatório como resposta ao ato de improbidade administrativa, mesmo antes da vigência da Lei nº 13.694/2019, desde que respeitados os critérios para a imposição de sanção já mencionados. Embora o instituto não tenha sido criado com instrumento sancionatório, a inserção de sanção não desnatura o instituto, sendo compatível com o domínio da improbidade administrativa.
132. A celebração de TAC com efeito sancionatório, como solução negocial, levará à extinção da ação de improbidade administrativa, após homologada pelo juiz competente.
133. Diferentemente dos demais instrumentos que servem para acordar bilateralmente as sanções e demais obrigações que serão cumpridas pelo interessado, os acordos colaborativos são instrumentos que servem como técnica especial de investigação. Portanto, possuem outra lógica do que conferir uma resposta mais ágil e célere ao ato de improbidade administrativa.

134. Justamente em razão da possibilidade de ampliar a capacidade investigativa do Estado, tem mais relevo no sistema jurídico anticorrupção e merecem a estruturação adequada pelo Poder Público com o intuito de conferir atratividade a estes acordos. Aposta-se em tais instrumentos para o combate à corrupção, justamente por se tratar de delitos de difícil investigação e comprovação.
135. O programa de colaboração deve ter regras claras e transparentes, com a devida previsibilidade aos interessados das obrigações e efeitos desses acordos, para assegurar segurança jurídica e confiança legítima aos interessados. A proteção ao colaborador também é crucial para que os institutos colaborativos prosperem.
136. O Acordo de Leniência é o instrumento colaborativo previsto no domínio da improbidade administrativa. Foi o responsável por institucionalizar a consensualidade neste domínio.
137. Compreendemos o AL como um ato administrativo bilateral, fruto da atividade consensual, com incidência do DAS, em especial da LIPJ. Esta traz os requisitos necessários para a celebração do acordo, bem como os benefícios conferidos ao colaborador. Diferentemente da Lei nº 13.694/2019, o instituto possui o devido regramento legal para a sua aplicação.
138. Consideramos que a celebração do AL é um ato discricionário que dependerá da avaliação do interesse público na celebração do acordo no caso concreto. A necessária valoração das provas e informação pela autoridade competente também impede que seja um ato vinculado. Além do mais, a legislação apenas admite a celebração de um AL, de modo que a celebração vinculada pode representar a perda de uma oportunidade de celebração de outro AL mais vantajoso ao interesse público.
139. O cerne da utilização do AL eram os seus efeitos transversais na época em que vigia a proibição de acordos na LGIA. Para nós, por intermédio de uma interpretação sistemática, sobretudo para evitar a ineficácia da leniência, concordávamos com a possibilidade de extensão dos efeitos do AL celebrado com pessoas jurídicas às pessoas naturais envolvidas que também colaborassem com a investigação do Poder Público.

140. Consideramos adequada a celebração de termos de subscrição ou adesão de pessoas físicas aos acordos de leniência, empregando os efeitos do acordo de leniência ao âmbito da da LGIA, como solução na vigência da regra proibitiva.
141. Na vigência da nova redação da LGIA, permanece possível a celebração de AL para pessoas físicas e jurídicas. Caberá ao Poder Público conferir um regime mais benéfico à celebração deste acordo, com maior incentivo à colaboração do que o ajuste para o cumprimento de sanções e obrigações. Um programa de acordos no domínio da improbidade administrativa deverá escalonar os benefícios a serem conferidos para o colaborador, com um regime mais brando que as demais modalidades de acordo. Ao não fazer qualquer discrimen entre as modalidades de acordo, o sistema anticorrupção será enfraquecido, trazendoum enorme retrocesso.
142. Em razão da proibição de retrocesso, princípio implícito no ordenamento jurídico, até que haja o programa de consensualidade no domínio da improbidade administrativa, pode-se empregar uma interpretação mais restritiva da consensualidade na improbidade administrativa, admitindo-se a celebração apenas de AL. Até lá, caso não haja informação útil para investigação do ilícito, não será possível a realização de acordos, inviabilizando os acordos apenas como solução de conflitos.
143. A colaboração premiada também é um instrumento consensual colaborativo. Porém, não deve ser aplicada no domínio da improbidade administrativa, pois se trata de um instrumento penal. O DAS possui outra lógica e regramento legal e, portanto, deve ser aplicado apenas o instituto de colaboração premiada previsto no domínio da improbidade – que seria o acordo de leniência.
144. Por isso, não consideramos que o RE nº 1175650/PR, com repercussão geral reconhecida e pendente de julgamento no STF, deve ser julgado procedente.
145. Portanto, concluímos que nem na vigência da regra proibitiva da LGIA, nem na vigência da nova redação caberá a celebração de acordo de colaboração premiada no domínio da improbidade administrativa. O que deverá ocorrer é a celebração concomitante de acordo de colaboração premiada e acordo de leniência ou ANPC, para dar efeitos penais e na esfera da improbidade administrativa, porém, por instrumentos apartados.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Comentários sobre a lei de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no Direito brasileiro. *In*: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de (Coord.). **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

ANDRADE, Landolfo. Autocomposição na esfera da Improbidade Administrativa. **GenJurídico**, 18 abr. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/04/11/autocomposicao-na-esfera-de-improbidade-administrativa/>. Acesso em: 27 mar. 2020.

ARAÚJO, Fernando Henrique de Moraes. **Da possibilidade de formalização de compromisso de ajustamento de conduta pelo Ministério Público em investigações de atos de improbidade administrativa**. Brasília: Revista da Defesa da Probidade Administrativa. Conselho Nacional de Ministério Público, 2019, pp. 76-91. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/Revista_Defesa_da_Probidade_Administrativa.pdf. Acesso em: 27 mar. 2020.

ATAHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática - CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BARRETO, Susana Cadore Nunes. Novo Código de Processo Civil e o microsistema de processos coletivos: uma análise do art. 18. *In*: ZANETI JUNIOR, Hermes (Coord.). **Processo Coletivo**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 8, Coordenador Geral Fredie Difier Jr. Salvador: Juspodvm, 2016, pp. 284-304.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção: Lei nº 12.846/2013**. 2ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 146.

BOTTINI, Pierpaolo; SOUZA, Ricardo Infelz de; DELLOSSO, Ana Fernanda Ayres. A nova dinâmica dos acordos de cessação de práticas anticoncorrenciais no Brasil. **Revista do IBRAC**

– **Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 23, jan./jun. 2013, pp. 117-139.

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

CARDOSO, Davi Pereira. **Os acordos substitutivos da sanção administrativa**. Orientador: Egon Bockmann Moreira. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Curitiba, Curitiba, 2016.

CARNAE, Mariana. **O compromisso de ajustamento de conduta e o princípio constitucional da eficiência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 210

CARVALHO FILHO, José dos Santos; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Tratado de Direito Administrativo: **Controle da Administração Pública e responsabilidade do Estado**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Tratado de Direito Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CASTRO, Leonardo Bellini de. **Lei Anticorrupção**. Impactos Sistêmicos e transversais. São Paulo: Jhmizuno 2019.

CASTRO, Renato de Lima. Colaboração Premiada e Improbidade Administrativa: Aspectos Fundamentais. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 66, out/dez, 2017, pp. 139-176.

COSTA, Suzana Henrique da. **O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: ação de improbidade administrativa, ação civil pública, ação popular**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. Legalidade e consensualidade: a Administração precisa de lei para fazer acordos? **Revista de Contratos Públicos-RCP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, mar/ago. 2015, pp. 9-18.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª ed. rev., atual.e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao art. 19. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. **Lei Anticorrupção comentada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 243-250.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZENETI JUNIOR, Hermes. Justiça Multiportas e Tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. *In: Estudos de Derecho Procesal*, em homenagem a Eduardo J. Couture, Tomo II, Coordenação Ángel Landoni Sosa e Santiago Pereira Campos. Uruguao, 2017, pp. 415-452.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo Coletivo. v. 4, 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 17, n. 67, jan./mar. 2017, pp. 105-120.

DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. *In: SALGADO, Daniel Resende de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.) et al. A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 455-459.

DOBROWOSLKI, Samantha Chantal. Aspectos da aplicação adequada da Lei de Improbidade Administrativa no atual enfrentamento à corrupção no Brasil. **Avanços e Desafios no Combate à Corrupção após 25 anos da Lei de Improbidade Administrativa**. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. Brasília: MPF, 2018, pp. 143-193. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/05_18_coletanea_de_artigos.pdf. Acesso em: 27 mar. 2020.

DOBROWOSLKI, Samantha Chantal. Aspectos da aplicação adequada da Lei de Improbidade Administrativa no atual enfrentamento à corrupção no Brasil. **Avanços e Desafios no Combate à Corrupção após 25 anos da Lei de Improbidade Administrativa**. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. Brasília: MPF, 2018, p. 154. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/05_18_coletanea_de_artigos.pdf. Acesso em: 27 mar. 2020.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no direito administrativo**. 338 f. Orientador: Daniel Wunder Hachem. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

_____. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública: uma análise a partir do princípio do interesse público. *In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini. Lei de Introdução e o Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, pp. 141- 169.

FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de Leniência, Acordos substitutivos e instrumentos afins)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FERREIRA, Daniel. Vinte anos de reflexão acerca das sanções e infrações administrativas: revolvendo alguns temas polêmicos, complexos e atuais. *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, pp. 87-100.

FREIRE, André Luiz. Direito Público Sancionador. *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, pp. 64-86.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, set/dez. 2017, pp. 25-46.

GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei n 8429/92. **Associação Nacional dos Membros do Ministério Público**, S.d. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html>. Acesso em: 27 mar. 2020.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogerio Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAROFANO, Rafael Roque. **A consensualidade nos contratos administrativos**: do regime estatutário para a parceria contratual. Orientador: Floriano de Azevedo Marques Neto. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 21-22.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. *In*: ZANETI JUNIOR, Hermes (Coord.). **Processo Coletivo**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 8 (Coordenador Geral Fredie Difier Jr.) Salvador: Juspodvm, 2016, p. 319-361.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel et al. (coord.). Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, 2015. p. 85. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/0c9f103a34c38f5b1e8f086ee100809d.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2020, 100p.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. **Boletim de Direito Administrativo - BDA**, v. 18, n. 2, fev. 2002, pp. 89-97.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nov. 2018, pp. 135-169.

HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa**. 265 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

LIMA, Ana Júlia Andrade Vaz de. Programa de compliance no Direito Administrativo Sancionador. *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, pp. 438-452.

LOBO filho, Fernando Rissolini; GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. O compromisso de ajustamento de conduta como mecanismo de consenso em matéria de improbidade administrativa. **Fórum Administrativo – FA**. Belo Horizonte, ano 15, n. 174, ago. 2015, pp. 27-33.

MACHADO, Pedro Antônio de Oliveira. **Acordo de Leniência & a Lei de Improbidade Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2017.

MAEJIMA, Lídia. O combate à corrupção ao longo dos 30 anos da Constituição de 1988: marcos de uma evolução normativa e jurisprudencial. *In*: HIROSE, Reginal Tamami (Coord.). **Carreiras típicas de Estado**. Desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 215-233.

MANGULLO, Marcela Qurino. A incompatibilidade entre a acepção de moralidade e a responsabilidade culposa. *In*: CAMMAROSANO, Márcio (Coord.). **Controle da Administração Pública**. Temas atuais. São Paulo: Verbatim, 2015, pp. 173-202.

MARRARA, Thiago (Org.). **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014.

_____. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 2, n. 2, 2015, pp. 509-527.

_____. Comentários ao art. 16. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. **Lei Anticorrupção comentada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 187-227.

_____. Comentários ao art. 29. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. **Lei Anticorrupção comentada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 313-326.

_____. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática de ajustamento de condutas dos regulados. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 1, 2017, pp. 274-293.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Parecer. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 221, 2000, pp. 355-357.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo; FREITAS, Rafael Véreas de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei de Segurança para Inovação Pública)**. 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019, 188p.

MARTINS, Ricardo Marcondes. O princípio da liberdade das formas no Direito Administrativo. *In*: MELLO, Celso Antônio Bandeira de; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luís Ferreira Rocha. SAAD, Amauri Feres (Coord.). **Direito Administrativo e Liberdade – estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo**. São Paulo, Malheiros, 2014, pp. 641-687.

_____. Disposições finais da Lei de Combate à Corrupção. *In*: OLVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). **Direito Administrativo Sancionador**. Estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019, pp. 548-582.

_____. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS, Tiago do Carmo. Conciliação em ação por improbidade administrativa. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 76, fev. 2017. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao076/Tiago_do_Carmo_Martins.html. Acesso em: 19 ago. 2019.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Administração Pública, resolução extrajudicial de conflitos e compromisso de ajustamento de conduta. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, v. 8, mar. 2019, pp. 87-126.

_____. Comentários ao art. 21. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. **Lei Anticorrupção comentada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 257-262.

_____. Comentários ao art. 30. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. **Lei Anticorrupção comentada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 327-337.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, p. 128.

MEGNA, Bruno Lopes. A Administração Pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 82, jul./dez. 2015, pp. 1-29.

MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e Administração Pública**. Fundamentos teóricos e soluções práticas. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 102-103.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da culpabilidade. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 3, n. 11, jan./mar 23. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

MENDES, Marco Aurélio Souza. Diretrizes para bom manejo de acordo de não persecução cível do “Pacote Anticrime”. **Jota**, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/diretrizes-para-bom-manejo-do-acordo-de-nao-persecucao-civel-do-pacote-anticrime-14012020>. Acesso em: 27 mar. 2020.

MENDONÇA, Crystianne da Silva. **Direito Fundamental à boa administração e à transparência pública: exigências para o controle social no Estado Democrático de Direito**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2016.

MIRANDA, Gustavo Senna. Há possibilidade de Termo de Ajustamento de Conduta em relação aos atos de improbidade administrativa? Decifrando o enigma da esfinge. **Revista do Parquet em Foco – Escola Superior do Ministério Público de Goiás**, v. 2, n. 2, jan./abr. 2018, pp. 15-22.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, jan./mar. 2003, pp. 129-156.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Contrapeso de uma Administração Pública consensual: legalidade versus eficiência. **Revista de Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, maio/jun. 2017, pp. 49-77.

NERY, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY, Ana Luiza. **Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta**. 3^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezenda. **Manual de Improbidade Administrativa**. 5^a ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. Governança pública e gestão de riscos: transformações no direito administrativo. *In*: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção**: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 327-342.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2^o. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. **Lei Anticorrupção comentada**. 2^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 21-46.

_____. Comentários ao art. 13. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. **Lei Anticorrupção comentada**. 2^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 155-170.

_____. Comentários ao art. 27. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. **Lei Anticorrupção comentada**. 2^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 297-306.

_____. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. 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, Reginal Tamami (Coord.). **Carreiras típicas de Estado**. Desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____. Código de conduta e de ética no âmbito da Administração Pública Direta. *In*: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio Leão Bastos Pereira (Coord.). **Governança, compliance e cidadania**. 2^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 101-127.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito Administrativo-RDA**. Rio De Janeiro, v. 256, p. 129-163, abr. 2011.

OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio de Alencar Alves. Os (indispensáveis) instrumentos consensuais no controle de condutas do direito antitruste brasileiro- a experiência do CADE com o termo de compromisso de cessação de conduta e o acordo de leniência. *In*: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). **A lei anticorrupção e demais temas de compliance**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 375-406.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio De Janeiro, v. 256, pp. 129-163, abr. 2011, p. 132.

ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. **O novo papel do Tribunal de Contas no microsistema de combate à corrupção administrativa**. 208 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública – Corrupção – Ineficiência**. 4ª ed. São Paulo: 2018.

_____. **Direito Administrativo Sancionador**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2015.

_____. Natureza jurídica do instituto da não persecução cível previsto na lei de improbidade administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial. 10 de março de 2020. **Migalhas**, 2020. Disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/8A049E343B44ED_Artigopacoteanticrimeeimprobid.pdf. Acesso em: 28 mar. 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros e Sociedade Brasileira de Direito Público, 2015.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**. Aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PLATES, José Rubens. Direito Fundamental ao governo honesto. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, ano 10, n. 36, Edição Especial 2011, pp. 70-100. Disponível em: [file:///C:/Users/renat/Downloads/05%20Jose%20Rubens%20Plates%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/renat/Downloads/05%20Jose%20Rubens%20Plates%20(1).pdf). Acesso em: 14 dez. 2019.

PIERONI, Fabrizio de Lima. **A consensualidade e a Administração Pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos**. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

PINHEIRO, Igor Pereira. Acordo de não persecução cível. *In*: CALVACANTE, André Clark Nunes [*et al.*]. **Lei anticrime comentada**. Leme: JH Mizuno, 2020, pp. 133-164.

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini Pinho. A LINDB e seus Efeitos na Celebração de Acordo de Leniência. *In*: VILIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini. **A Lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, pp. 463-484.

PINTO, José Guilherme Bernan Correa. Direito Administrativo consensual, acordo de leniência e ação de improbidade administrativa. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 16, v. 190, dez. 2016, pp. 49-56.

PIO, Nuno Roberto Coelho. **Participação e controle social da Administração Pública: regime jurídico dos conselhos de políticas públicas**. 206 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização Judicial da Pessoa Jurídica na Lei Anticorrupção. *In*: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). **A lei anticorrupção e demais temas de compliance**. 2^a ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 573-626.

RIBEIRO, Manoela Barbosa Machado. **A negociação no Direito Administrativo: uma perspectiva sobre o acordo de leniência**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

RIBEIRO, Márcio Aguiar. **Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ROQUE, André Vasconcelos. As ações coletivas após o novo Código de Processo Civil: para onde vamos? *In*: ZANETI JUNIOR, Hermes (Coord.). **Processo Coletivo**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 8 (Coordenador Geral Fredie Difier Jr.) Salvador: Juspodvm, 2016, pp. 157-184.

SANTOS, Kleber Bispo dos. **Acordo de leniência na lei de improbidade administrativa e na lei anticorrupção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SCHWIND, Rafael Wallabach; KUKIELA, Marina. Câmaras de Conciliação e Mediação da Administração Pública: comentários ao art. 174 do Novo Código de Processo Civil. *In*: TALAMINI, Eduardo (Coord.). **Processo e administração pública**. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 10; coordenador geral Fredie Didier Jr.) Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 327-345.

SILVA, Fernanda Cláudia Araújo. A reforma do CPC resolve o demandismo processual: inovando ou retrocedendo? Um olhar sob o Novo Código de Processo Civil. **THEMIS: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Ceará**. Fortaleza, v. 13, 2015, pp. 23-36.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 22.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Rodrigo Monteiro da. A celebração de acordos em ação de improbidade administrativa como forma de evitar a proteção deficiente do interesse público. Brasília: **Revista da Defesa da Probidade Administrativa**. Conselho Nacional de Ministério Público 2019, pp. 262-289. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/Revista_Defesa_da_Probidade_Administrativa.pdf. Acesso em: 27 mar. 2020.

SIMÃO, Valdir Moyses; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

SOUZA, Carolina Yumi. Sistema Anticorrupção, improbidade administrativa e o papel da Advocacia-Geral da União. *In*: HIROSE, Reginal Tamami (Coord.). **Carreiras típicas de Estado**. Desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 103-120.

SOUZA, Renée Ó. **Os efeitos transversais da colaboração premiada e o acordo de leniência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011, pp. 133-151.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Aplicação do instituto de colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. *In*: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Avanços e Desafios no combate à corrupção após 25 anos da Lei de Improbidade Administrativa**. Ministério Público Federal, Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes>. Acesso em: 27 mar. 2020.

_____. Das Convenções processuais na lei anticorrupção pela admissibilidade dos negócios jurídicos processuais de leniência. *In*: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). **A lei anticorrupção e demais temas de compliance**. 2^a ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 627-654.

TAKASHI, Bruno. A solução consensual de controvérsias e o art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa. **Revista dos Tribunais** – RT 9271, jan. 2013.

VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. CYRINO, André; KOATZ, Rafael; DEFANTI, Francisco; KNEBEL, Luísa. Improbidade administrativa e consensualidade. **Jota**, 8 nov. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/improbidade-administrativa-e-consensualidade-08112019. Acesso em: 28 mar. 2020.

VICENTE, Letícia Rodrigues. **Disciplina Jurisprudencial do termo de ajustamento de conduta: requisitos de validade nos precedentes judiciais**. Monografia (Especialista em Direito Público) – orientação da Professora Juliana Bonacorsi de Palma. Escola de Formação Pública da Sociedade Brasileira de Direito Público-SBDP, São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/LeticiaVicente.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2020.

ZARDO, Francisco. Acordos em ação de improbidade: aspectos práticos e polêmicos. **Revista SÍNTESE Direito Administrativo**, ano XII, n. 141, set. 2017. Edição Especial- “25 anos da Lei de Improbidade Administrativa”. São Paulo, pp. 300-310. Disponível em: http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/DCP_141_miolo.pdf. Acesso em: 27 mar. 2020.

ZIMMER, Aloísio. Lei Anticorrupção - Lei 12.846/2013. *In*: NOHARA, Irene Patrícia; MOTTA, Fabrício; PRAXADES, Marco (Coord.). Coleção Soluções de Direito Administrativo. Leis Comentadas. Série I - Administração Pública. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ZOCKUN, Mauricio; CASTELLA, Gabriel Morettini. Programas de leniência e integridade como novos instrumentos no Direito Administrativo Sancionador hodierno. *In*: OLVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). **Direito Administrativo Sancionador**. Estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019, pp. 414-437.

ZOCKUN, Maurício. Comentários ao art. 1º. *In*: DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 15-20.

_____. Vinculação e Discricionariedade no Acordo de Leniência. **Revista Colunista de Direito de Estado**, n. 142, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Mauricio-Zockun/vinculacao-e-discricionariedade-no-acordo-de-leniencia>. Acesso em: 27 mar. 2020.

_____. Aspectos gerais da Lei Anticorrupção. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). Enciclopédia jurídica da PUC – SP. NUNES JR, Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner;

FREIRE, André Luiz. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/aspectos-gerais-da-lei-anticorrupcao_58edc42a2f779.pdf. Acesso em: 27 mar. 2020.

YAMATO, Ricardo. **Arbitragem e a administração pública**: uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018.