

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP
ESCOLA DE DIREITO DO BRASIL – EDIRB
MESTRADO PROFISSIONAL INTERDISCIPLINAR EM DIREITO, JUSTIÇA E
DESENVOLVIMENTO**

MICHEL BRAZ DE OLIVEIRA

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL DA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA E OS LIMITES DE SUA REGULAMENTAÇÃO PELO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

São Paulo – SP

2022

MICHEL BRAZ DE OLIVEIRA

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL DA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA E OS LIMITES DE SUA REGULAMENTAÇÃO PELO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Justiça e Desenvolvimento do Instituto de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP), como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Flávio Henrique Unes Pereira

São Paulo – SP

2022

TERMO DE APROVAÇÃO

MICHEL BRAZ DE OLIVEIRA

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E OS LIMITES DE SUA REGULAMENTAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de mestre no curso de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP), pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Flávio Henrique Unes Pereira

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Nefi Cordeiro

Prof. Dr. Rafael Hamze Issa

São Paulo, 5 de dezembro de 2022

*À minha esposa ANA MARIA e meus filhos
ARTHUR e LAURA, com muito amor.*

AGRADECIMENTOS

O trabalho de escrever uma dissertação, em regra muito solitário, possivelmente tornou-se ainda mais nesse período pandêmico que vivemos desde o início de 2020. O contato direto e pessoal no ambiente acadêmico foi substituído por aulas e reuniões virtuais, exigindo de docentes e discentes uma repentina adaptação aos difíceis novos tempos dessa vida digital.

Por conta desse período desafiador em que foi concebido o trabalho, devo agradecer imensamente a meu orientador, PROFESSOR FLÁVIO HENRIQUE UNES PEREIRA, pela disponibilidade oferecida para o diálogo, por todo o apoio e pelas proficientes análises, essenciais ao direcionamento dos rumos da pesquisa.

Também devo especial agradecimento aos PROFESSORES NEFI CORDEIRO e RAFAEL HAMZE ISSA, pela análise e fundamentais comentários feitos na banca de qualificação, que me permitiu avançar na compreensão e no desenvolvimento da pesquisa.

À minha esposa ANA MARIA, pelo permanente apoio durante essa jornada e, principalmente, por toda a inspiração, amor e alegria proporcionados nesses quase 20 anos de convivência. Aos meus filhos ARTHUR e LAURA, que me transbordam de amor e felicidade, todos os dias.

Agradeço, também, a toda a minha família, meus pais e todos os meus irmãos, especialmente minha irmã LUCIANA que, experimentada na vida acadêmica, deu valiosas sugestões para a realização do trabalho.

A todos vocês ficam aqui registrados os meus mais sinceros agradecimentos.

RESUMO

Este trabalho se ocupa do estudo relativo ao Acordo de Não Persecução Civil (ANPC), introduzido na Lei n.º 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) no ano de 2019. Sua aprovação fez parte do Pacote Anticrime, sendo disciplinado com mais detalhamento pela Lei n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021, que objetivou permitir a terminação consensual de conflitos no âmbito da improbidade administrativa, alinhando-se com outros institutos similares de consensualidade criados nos últimos anos no campo do direito administrativo sancionador. Neste estudo, serão examinadas as feições distintivas do ANPC em face dos institutos que lhe são congêneres, especialmente os requisitos condicionantes de sua celebração, simplificados comparativamente com os acordos da Lei de Defesa da Concorrência (Lei n.º 12.529/2011) e da Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013). Serão abordados atos normativos editados pelo Ministério Público Federal e dos Estados que estabelecem requisitos de celebração do ANPC diversos entre si e também discrepantes da LIA, o que resulta em tratamento assimétrico de instituto de consensualidade regido por lei nacional. Adotando-se a hipótese de que tais atos normativos regulamentares deveriam se limitar à disciplina de aspectos procedimentais do ANPC e que seus requisitos de celebração devem receber tratamento uniforme, em conformidade com a Lei n.º 8.429/1992, este estudo analisará os limites do poder regulamentar e sua possível extrapolação em face dos achados da pesquisa realizada. Nossa conclusão buscará demonstrar que os atos normativos editados propiciam a aplicação regionalizada do ANPC, de modo a fulminar a utilidade e a eficácia de instituto que visa a contribuir para a solução do grave problema do excesso e conseqüente atraso no julgamento das ações de improbidade que se acumulam nos tribunais brasileiros.

Palavras-chave: Improbidade; Acordo de Não Persecução Civil; Regulamentação; Ministério Público.

ABSTRACT

This work deals with the study on the Civil Non-Prosecution Agreement (CNPA, Acordo de Não Persecução Civil – ANPC), introduced in Law n.º 8.429/1992 (Administrative Improbity Law – AIL, Lei de Improbidade Administrativa – LIA) in 2019. Its approval was part of the Anti-Crime Package, being disciplined in more detail by Law n.º 14.230, of October 25, 2021, which aimed to allow the consensual termination of conflicts within the scope of administrative improbity, aligning itself with other similar institutes of consensuality created in recent years in the field of sanctioning administrative law. In this study, the distinctive features of the CNPA will be examined in the face of the institutes that are similar to it, especially the conditioning requirements of its celebration, comparatively simplified to the agreements of the Law of Defense of Competition (Law n.º 12.529/2011) and of the Law Anti-Corruption (Law No. 12.846/2013). Normative acts edited by the Federal Prosecution Service and the States Prosecution Services (Ministério Público Federal e dos Estados) that establish CNPA celebration requirements that are different from each other and also from the AIL will be addressed, which results in asymmetric treatment of the institute of consensuality governed by national law. Adopting the hypothesis that such regulatory normative acts should be limited to the discipline of procedural aspects of the CNPA and that their celebration requirements should receive uniform treatment, in accordance with Law n.º 8.429/1992, this study will analyze the limits of the regulatory power and its possible extrapolation in view of the findings of the research carried out. Our conclusion will seek to demonstrate that the normative acts edited provide for the regionalized application of the CNPA, in order to fulminate the usefulness and effectiveness of an institute that aims to contribute to the solution of the serious problem of excess and consequent delay in the judgment of improbity actions which accumulate in Brazilian courts.

Keywords: Improbity; Civil Non-Prosecution Agreement; Regulation; Federal Prosecution Service.

LISTA DE QUADRO E GRÁFICOS

Quadro 1: Mapeamento	93
Gráfico 1: Origem do regulamento	99
Gráfico 2: Imposição obrigatória de sanção	100
Gráfico 3: Admissão do ilícito	101

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. BASES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DA TUTELA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	17
1.1 Origens da tutela da probidade administrativa no direito brasileiro	17
1.2 O microsistema de tutela da probidade administrativa: transformação depois da Constituição Federal de 1988 e a criação de mecanismos de consensualidade.....	19
1.3 Do equilíbrio na aplicação da LIA a partir de princípios constitucionais	26
2. O MODELO DE ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO E A CONSENSUALIDADE.....	31
3. OS INSTRUMENTOS DE CONSENSUALIDADE DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ANTECEDENTES DO ANPC	44
3.1 O acordo de leniência da Lei n.º 12.529/2011	44
3.2 O acordo de leniência da Lei n.º 12.846/2013	53
4. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL	64
4.1 Natureza jurídica do ANPC	67
4.2 Disciplina do ANPC na Lei n.º 8.429/1992.....	71
5. A REGULAMENTAÇÃO DO ANPC PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	90
5.1 Regulamento: conceito e finalidades	102
5.2 A imposição de requisitos mínimos obrigatórios para o ANPC em extrapolação dos limites da regulamentação, com impacto em direitos fundamentais	118
5.3 Falta de uniformidade na aplicação do direito nacional e quebra da isonomia	129

CONCLUSÃO.....138

REFERÊNCIAS141

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a legislação brasileira tem sofrido profundas alterações em direção à consensualidade, com marcada evolução para a adoção de mecanismos de colaboração e de leniência na repressão de ilícitos penais, civis e administrativos. Os institutos da colaboração e de delação, tradicionalmente adotados no direito pátrio em seara penal, foram paulatinamente incorporados ao direito administrativo sancionador, com regras esparsas em vários diplomas legislativos.

O tema escolhido focaliza o acordo no âmbito da improbidade administrativa, cuja disciplina legal, por considerável período de tempo, impediu qualquer possibilidade de transação, acordo ou conciliação. Nesse contexto, a barreira começou a ser dissipada com o surgimento de regras específicas sobre acordos e acordo de leniência, especialmente em diplomas legislativos, tais como a Lei de Defesa da Concorrência (Lei n.º 12.529/2011), a Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013) e, também, a Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015), na qual se prevê a possibilidade de realização de acordo no bojo da ação de improbidade, mediante autorização prévia do Judiciário ou do Tribunal de Contas (art. 36, § 4.º).

Esse conjunto normativo mais recente, de natureza permissiva em relação ao acordo em matéria sancionatória e de improbidade, surgido posteriormente à Lei de Improbidade Administrativa – LIA (Lei n.º 8.429/1992), originou debates sobre a derrogação da regra impeditiva que ainda constava de seu texto (§ 1.º do art. 17).

A propósito, a teoria do diálogo das fontes seria um dos principais fundamentos a exigir aplicação harmônica e unitária das regras de consensualidade no microssistema de tutela da probidade administrativa para admitirem-se os acordos na órbita da LIA. Iniciou-se, então, um movimento objetivando feições de consensualidade, inclusive com a edição de atos normativos autorizadores de acordos no âmbito do Ministério Público de alguns Estados e, também, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Destaque-se que acordos pontuais foram estabelecidos ainda em um ambiente de insegurança jurídica.

Nesse sentido, a superação total dos obstáculos aos acordos se deu com o advento da Lei n.º 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que alterou a redação do § 1.º do art. 17 da Lei n.º 8.429/1992 e revogou expressamente a proibição de transação em matéria de improbidade, mediante a criação da figura intitulada “Acordo de Não Persecução Civil”, o ANPC.

A possibilidade de oferecimento de acordo em matéria de improbidade foi, no entanto, regradada sucintamente. Os dispositivos do Pacote Anticrime que criaram o ANPC foram quase todos vetados, produzindo uma grande lacuna legislativa, a qual foi parcialmente preenchida com a recente Lei n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021, representando medida legislativa responsável por considerável alteração da Lei n.º 8.429/1992.

Assim, o ANPC, em sua atual conformação, resumiu-se a um único artigo da Lei n.º 8.429/1992 (art. 17-B), com disposições de caráter generalista contidas em seus incisos e parágrafos, que apresentam poucos requisitos condicionantes para sua celebração. Há, portanto, maior margem de liberdade para a negociação entre as entidades legitimadas ao ajuizamento de ação de improbidade (Ministério Público e a pessoa jurídica lesada, cuja legitimação foi restaurada no julgamento da ADI 7.042/DF) e os agentes investigados/acionados, o que poderia, em tese, favorecer a aplicação desse instituto na práxis jurídica.

Além de examinar a natureza jurídica e situar o ANPC dentro do microssistema de tutela da probidade administrativa, este estudo pretende enfrentar obstáculo que se coloca como desafio para a efetividade do instituto, resultante não apenas do já citado regramento genérico advindo da Lei n.º 14.230/2021, como também das imbricações relativas às demais espécies de acordos previstas no campo do direito administrativo sancionador. Trata-se da extensiva produção de atos normativos voltados à regulamentação do ANPC, no âmbito do Ministério Público Federal e dos Estados, cada qual com requisitos e conformação próprios.

Convém registrar que, embora tenha sido restaurada a legitimidade das entidades lesadas para o ajuizamento de ações de improbidade e, por consequência, para a celebração do ANPC, adotaram-se como recorte de pesquisa os atos normativos editados pelo Ministério Público, tendo em vista sua posição de protagonista na realização de investigações e medidas judiciais envolvendo o tema de improbidade administrativa, como reflexo da maior organização e capacitação do *Parquet*.¹ O Ministério Público goza de estruturação especializada nessa matéria, como promotorias do patrimônio público e, no âmbito federal, a câmara de coordenação e revisão dedicada ao combate à corrupção. A intensa atuação do Ministério

¹ No estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) intitulado “Lei de Improbidade Administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade”, constam números estatísticos sobre a legitimidade ativa em ações de improbidade, os quais confirmam o papel destacado do Ministério Público na matéria:

“Com relação à legitimação ativa por Tribunal, observa-se que em 74,02%, os processos foram iniciados pelo Ministério Público. Aqui há a confirmação de que maioria expressiva das ações de improbidade administrativa são ajuizadas pelo Ministério Público” (Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/02/0c9f103a34c38f5b1e8f086ee100809d.pdf>. Acesso em: 22 out. 2022).

Público no manejo da LIA autoriza concluir que os atos normativos por ele produzidos geram maior impacto para a eficácia do ANPC.

Nota-se que, em vários casos, esses atos normativos sofrem influência dos institutos congêneres previstos na Lei de Defesa da Concorrência e na Lei Anticorrupção, exigindo-se, como requisito para a celebração do acordo, a prévia admissão de culpa, ou seja, a confissão de prática de um ilícito, o que pode produzir reflexos em outras áreas, especialmente na penal, com inevitável insegurança jurídica e desestímulo aos interessados.

Esse requisito não consta do art. 17-B da Lei n.º 8.429/1992, que se limitou a prever, como condições para o ANPC, o integral ressarcimento do dano e a reversão da vantagem obtida à pessoa jurídica lesada (art. 17-B, I e II).

Como exemplo, pode ser citada a Resolução n.º 1.193/2020, emitida pelo Colégio dos Procuradores de Justiça (CPJ) do Ministério Público do Estado de São Paulo, cujo art. 5.º, V, exige a prévia admissão de culpa pelo ilícito praticado. O reconhecimento da prática de um ilícito também emerge de várias disposições da Orientação n.º 10, da 5.ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção, do Ministério Público Federal, como se vê, *v.g.*, das disposições dos arts. 25, *caput*, e 26, II.

Por outro lado, a Resolução n.º 11/2022, do Órgão Especial do Colégio de Procuradores do Ministério Público do Estado da Bahia, não coloca a admissão de culpa como requisito necessário para o ANPC, o qual foi disciplinado em contornos mais próximos do art. 17-B da LIA.

Logo, a presente pesquisa adota estratégia de levantamento, cujas formas da questão de pesquisa revestem-se de um “quem”, “o que”, “onde”, “quantos” e “quanto”, focalizando acontecimentos contemporâneos e não exigindo controle sobre eventos comportamentais, como ensina Robert K. Yin.²

Pretende-se, com esta pesquisa de caráter exploratório, enfrentar o problema da criação de atos normativos destinados a regulamentar o ANPC regido por lei nacional, nos quais são estabelecidos contornos diferentes para o acordo na órbita de cada ente regulamentador. A pesquisa igualmente propõe-se a examinar, sob uma perspectiva explanatória, a possível extrapolação dos limites e da função da regulamentação, que deveria se prestar a oferecer

² YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Tradução Daniel Grassi. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

segurança jurídica e tratamento isonômico aos interessados no acordo, o que fica comprometido em face do tratamento assimétrico e regionalizado do ANPC nos atos normativos editados.

Note-se que a maioria absoluta dos atos normativos infralegais existentes apresenta requisitos adicionais para o ANPC em face do previsto no art. 17-B da Lei n.º 8.429/1992, pretendendo-se investigar mais detidamente o requisito que ostenta maior potencial de impactar direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal e repercutir na celebração dos acordos, e que especificamente se pauta pela prévia admissão de culpa ou de prática de um ilícito pelos interessados.

Nesta pesquisa, intenta-se responder à pergunta-problema, testando a hipótese ora apresentada, de que os atos normativos destinados a regulamentar o ANPC devem se limitar à disciplina de aspectos procedimentais de submissão e tramitação da proposta de acordo, sem imposição de requisitos adicionais com relação ao que consta do art. 17-B da LIA, para garantir a uniformidade e a isonomia no tratamento dos interessados.

O objetivo geral do trabalho consiste, portanto, no exame do Acordo de Não Persecução Civil (ANPC), tal como definido na Lei n.º 8.429/1992, e na avaliação da regulamentação editada no âmbito do Ministério Público Federal e dos Estados.

Entre os objetivos específicos do trabalho será realizado o estudo dos dispositivos constitucionais que tratam da improbidade administrativa – notadamente o art. 37 e seus §§ 4.º e 5.º –, com breve análise da evolução dessa tutela constitucional, inicialmente fundada na reparação dos prejuízos e que, ao longo do tempo, assumiu feições sancionatórias.

Afinal, a severa carga punitiva cominada à improbidade torna fundamental a plena incidência dos direitos e garantias individuais na persecução de ilícitos dessa natureza, cabendo breve análise de preceitos que terão relevância no exame da constitucionalidade e legalidade da regulamentação infralegal do ANPC.

Em seguida, serão examinados os principais diplomas infraconstitucionais que integram o microssistema de tutela da probidade administrativa, que refletem essa mudança de eixo, inicialmente voltado à reparação de prejuízos e que se converteu na criação de extenso sistema punitivo. Também será estudada a paulatina incorporação de instrumentos de consensualidade à legislação infraconstitucional de tutela da probidade administrativa.

Passar-se-á ao estudo do modelo clássico de atuação administrativa imperativa, inclusive no âmbito do processo administrativo sancionatório no direito brasileiro, e sua

evolução doutrinária e legislativa ao longo dos anos, que permitiu a superação da concepção de uma atuação administrativa imperativa, pautada pelo dever de punir.

Serão, em seguida, examinados os institutos de consensualidade no campo do direito administrativo sancionador que antecederam e influenciaram o ANPC (inclusive a regulamentação do Ministério Público), como o acordo de leniência da Lei de Defesa da Concorrência e o acordo de leniência da Lei Anticorrupção.

Caberá, ainda, como objetivo específico do trabalho de pesquisa analisar os contornos e requisitos do ANPC estabelecidos no art. 17-B da Lei n.º 8.429/1992, com o escopo de identificar seus traços específicos e distintivos concernentes ao acordo de leniência.

Estabelecidos os elementos essenciais que caracterizam o ANPC, será feita pesquisa de caráter quantitativo buscando-se investigar todos os atos normativos disponíveis editados pelo Conselho Nacional do Ministério Público e pelo Ministério Público (na esfera federal, distrital e estadual), que disciplinam acordos em matéria de improbidade, demarcando-se os requisitos exigidos para o acordo em cada qual, a fim de evidenciar o tratamento assimétrico do instituto.

Em conformidade com as estratégias supra indicadas, serão definidos alguns parâmetros de análise e comparação dos atos normativos, considerando-se a relevância da coleta de tantos dados quanto possível para a pesquisa empírica. Isso permitirá, em seguida, estudar a compatibilidade do quadro atual da normatização do ANPC com os limites e finalidades da função regulamentar, suas consequências para a segurança jurídica dos acordos e, por fim, o enfrentamento da constitucionalidade e legalidade dessa regulamentação estabelecida no nível infralegal.

Por meio dessa análise dos atos normativos, poder-se-ão obter respostas para as questões de pesquisa, tanto as de caráter quantitativo (número de atos editados, órgão do Ministério Público responsável por sua edição, número de atos que determinam conteúdo sancionatório para os acordos, além do número de atos que exigem assunção de culpa para o ANPC) quanto aquelas ligadas ao objeto central da pesquisa, consistente nos limites da regulamentação do Ministério Público, que envolvem perguntas como: Os atos normativos editados atendem às finalidades de um regulamento, disciplinando o exercício de competência discricionária do Ministério Público na celebração de ANPC, de forma a propiciar segurança jurídica e isonomia de tratamento dos interessados? Os requisitos adicionais exigidos pelos atos normativos editados para o ANPC guardam compatibilidade com as finalidades de um regulamento e com o art. 17-B da Lei n.º 8.429/1992? Caso haja incompatibilidade, quais as consequências da extrapolação desse poder regulamentar?

Para a elaboração da presente dissertação, primeiramente será realizada a revisão da literatura pertinente, o que exigirá a consulta de legislação e de obras doutrinárias sobre os temas de direito administrativo sancionador, de métodos alternativos de resolução de conflitos, de acordos envolvendo a Administração Pública, de acordos no domínio da improbidade, além do exame de obras que tratam do poder regulamentar, sua função e seus limites.

Esta pesquisa também abará, conforme já assinalado, a análise dos regulamentos existentes sobre ANPC, no âmbito do Ministério Público Federal, do Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal, para avaliação de seus contornos essenciais, especialmente dos requisitos de celebração.

Dessarte, este trabalho buscará propor método científico que sustente a presente hipótese, demonstrando-se que os Ministérios Públicos Federal, dos Estados e do Distrito Federal poderão estar produzindo atos normativos que extrapolam a função regulamentar, eliminando a uniformidade de tratamento necessária para a segurança jurídica e a eficácia de instituto de consensualidade que tem potencial de reduzir a excessiva litigiosidade hoje reinante na órbita da improbidade administrativa.

Logo, no próximo capítulo, repousaremos nosso olhar sobre as bases constitucionais que fundamentam nossa hipótese de pesquisa.

1 BASES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DA TUTELA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

A análise do ANPC deve considerar, em primeiro lugar, a base constitucional sobre a qual se assenta o regime sancionatório da improbidade administrativa.

Este capítulo tratará da genética relacionada ao tema da proibidade administrativa no direito brasileiro, que se caracterizou pelo progressivo endurecimento das medidas repressivas impostas aos atos de improbidade, em face da consagração de um direito da coletividade a um governo honesto. Em contrapartida, a cominação de sanções que atingem diretamente o núcleo de direitos fundamentais dos acusados põe em evidência a aplicabilidade de garantias fundamentais nos processos voltados à persecução de improbidade, como o devido processo legal, o princípio da legalidade e a presunção de inocência, preceitos que possuem acentuado relevo para o ANPC.

1.1 Origens da tutela da proibidade administrativa no direito brasileiro

A tutela da proibidade administrativa constitui tema de larga tradição no ordenamento brasileiro, verificando-se ao longo do tempo uma sensível expansão dessa normatização, tanto no plano legal quanto no seio constitucional.

As regras dessa natureza, existentes desde o Código de Contabilidade União, que já conta com 100 anos (*v.g.*, art. 87 e seguintes do Decreto n.º 4.536, de 29 de janeiro de 1922), ganharam corpo e sistematização, especialmente a partir da edição da Lei n.º 3.164/1957, regulando o sequestro e a perda de bens adquiridos por servidores públicos como consequência de ilícitos praticados no exercício do cargo ou função, e da denominada Lei Bilac Pinto (Lei n.º 3.502, de 21 de dezembro de 1958), destinada a regular a repressão aos ilícitos praticados por agentes públicos (em sentido lato), caracterizados por influência ou abuso do cargo ou função, com a finalidade de enriquecimento ilícito.

No plano constitucional, em todas as constituições republicanas incluiu-se a prática de improbidade como crime de responsabilidade do Presidente da República.³ A Constituição

³ É o que se vê desde a Constituição Federal de 1891 (art. 54, 6.º), o que foi reproduzido subsequentemente na Constituição Federal de 1934 (art. 57, *f*), Constituição Federal de 1937 (art. 85, *d*), Constituição Federal de 1946 (art. 89, V), Constituição Federal de 1967, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n.º 1/1969 (art. 82, V) e, por fim, na Constituição Federal de 1988 (art. 85, V).

Federal de 1946 previu a edição de lei para disciplinar o sequestro e perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito de agente público, por abuso ou influência do cargo (art. 141, § 31, *in fine*) o que culminou na aprovação da já citada Lei n.º 3.164/1957. A partir da Constituição Federal de 1967, com a redação da Emenda Constitucional n.º 1/1969, passou a ser prevista como hipótese de inelegibilidade, a ser regulamentada por lei complementar, a fórmula genérica da preservação da probidade administrativa (art. 151, II).

De modo a confirmar o movimento de crescente prestígio constitucional da probidade administrativa, a Constituição Federal de 1988 reforçou a possibilidade de interdição de direitos políticos com a finalidade de proteção à probidade administrativa (arts. 14, § 9.º, e 15, VI), além de estipular as sanções decorrentes da improbidade administrativa, com elenco exemplificativo, a ser objeto de regulamentação por lei própria (art. 37, § 4.º), não se podendo olvidar a ressalva sobre as ações de ressarcimento de danos causados ao erário (art. 37, § 5.º).⁴

É certo que, a partir da Constituição Federal de 1988, especialmente da previsão contida no citado art. 37, § 4.º, o primado da probidade administrativa adquiriu novo *status* no tocante à sua proteção no seio das atividades da Administração Pública. No regime anterior, havia tipificação apenas da improbidade por enriquecimento ilícito, sendo a ela cominados o sequestro e o perdimento de bens perante o juízo cível, sem prejuízo da eventual responsabilidade criminal. O sequestro e o perdimento de bens não caracterizam efetivamente uma sanção, mas a simples responsabilização civil pelo dano causado e a consequente redução do patrimônio do agente público, com relação aos bens por ele adquiridos ilicitamente.

Daí advém a importância do desenho constitucional do regime de responsabilização por improbidade administrativa na Constituição Federal de 1988, como um desdobramento do princípio da moralidade, cuja violação produz uma severa reação sancionatória.⁵ No texto da atual Carta Magna, a tutela da probidade ganhou maior densidade normativa com a previsão concreta de sanções incidentes sobre o ato de improbidade, além da imposição, pelo legislador constituinte, da criação de lei específica sobre a matéria, que culminou na aprovação da Lei n.º 8.429/1992.

⁴ Em dispositivo que, por sua precária redação, causou intermináveis disputas e polêmicas sobre a existência de uma imprescritibilidade do ressarcimento de danos ao erário, que exigiu do STF a fixação de três teses sobre a matéria (cf. Temas n.º 666, n.º 897 e n.º 899). Destaque-se a previsão da imprescritibilidade do ressarcimento de danos ao erário decorrentes de ato doloso de improbidade administrativa (Tema n.º 897).

⁵ “[...] a probidade administrativa é o mais importante conteúdo do princípio da moralidade pública. Onde o modo particularmente severo como a Constituição reage à violação dela, probidade administrativa [...]” (STF, Plenário, AP 409, Rel. Min. Ayres Britto, j. 13.05.2010, *DJe* 1.º.07.2010).

A tutela da probidade deixou de ter um escopo indenizatório, voltado precipuamente à reparação de prejuízos causados, para assumir uma função marcadamente sancionatória, ou seja, de reprimir, por intermédio de regras de conteúdo punitivo, as condutas violadoras do dever de honestidade e de boa gestão aplicáveis aos exercentes de funções ou cargos públicos.

Essa mudança de eixo no regime de responsabilização dos atos de improbidade administrativa ficará mais evidente a partir de uma breve análise do arcabouço legislativo denominado Microssistema de Tutela da Probidade Administrativa. As leis editadas antes e após a Constituição Federal de 1988 indicam um agravamento das consequências derivadas dos atos de improbidade administrativa. Esse sistema também passou, ao longo dos anos, por modificações importantes com a paulatina incorporação de institutos de consensualidade.

1.2 O microssistema de tutela da probidade administrativa: transformação depois da Constituição Federal de 1988 e a criação de mecanismos de consensualidade

Com os dispositivos sumarizados no tópico anterior, a Constituição Federal de 1988 editou regras destinadas à tutela da moralidade e da probidade administrativa de modo abrangente.

Sob a lente constitucional está abrigada a proteção de um direito difuso à moralidade administrativa,⁶ tanto que nela foram previstos vários instrumentos processuais destinados a garantir o controle da legalidade da gestão pública, para os quais houve definição de órbitas de aplicação alinhadas com os diferentes bens jurídicos tutelados. A partir da legislação recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e daquela que se seguiu à promulgação do texto constitucional, identificou-se um “microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública”, conforme acentuado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).⁷

A ideia de um microssistema pressupõe a existência de uma coordenação e interdependência entre os institutos que dele fazem parte, buscando-se a efetividade da tutela da probidade a partir da distribuição da legitimidade para o exercício das medidas judiciais entre várias pessoas e entidades, além da construção de instrumentos processuais diversos de

⁶ “Por dimensão estrutural, a moralidade administrativa é um valor socialmente difundido e, por isso, pertence a toda coletividade, indivisível e indeterminadamente, integrando o patrimônio social [...]” (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 91).

⁷ STJ, 1.ª Turma, REsp 510.150/MA, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.02.2004, *DJ* 29.03.2004, p. 173; e, principalmente, 1.ª Turma, REsp 401.964/RO, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22.10.2002, *DJ* 11.11.2002, p. 155.

responsabilização e reparação dos danos, alguns com escopo amplo e generalista, outros com escopo reduzido e especializado.⁸

O exame feito adiante limitar-se-á aos diplomas de maior alcance (Lei da Ação Popular, Lei da Ação Civil Pública, Lei de Improbidade Administrativa e Lei Anticorrupção), aqui significando a largueza da legitimidade de sua utilização e a abrangência do objeto tutelado, o que lhes garante grande aplicação no direito brasileiro.

Um dos instrumentos mais tradicionais e abrangentes de defesa da moralidade e do patrimônio público consiste na ação popular, criada pela Lei n.º 4.717/1965, a qual foi posteriormente constitucionalizada com a inserção de seu cabimento no próprio rol de direitos e garantias fundamentais.⁹ Tal lei assegura a qualquer cidadão a legitimidade para propor a ação popular, voltada a anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Pode-se obter, por intermédio dessa ação, tutela constitutiva (ou constitutiva negativa) para invalidação dos atos impugnados, além da tutela condenatória, de ressarcimento dos danos, caso existentes.

A amplitude da ação é notável, porquanto basta a condição de cidadão para seu ajuizamento. Os atos passíveis de impugnação devem lesionar a legalidade ou a moralidade, alcançando não somente atos que produzam efeitos patrimoniais ao erário, mas também as condutas pautadas por imoralidade ou desonestidade, ainda que desprovidas de repercussão pecuniária. Mediante o manejo dessa ação, podem ser impugnados atos administrativos em sentido amplo, abarcando licitações, contratos, decretos, portarias, resoluções, entre tantos outros meios de atuação da Administração e dos agentes públicos, elencando-se extenso rol de nulidades no art. 2.º do diploma, no qual se preveem vícios de competência, forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade.

A finalidade da referida ação, em última análise, reside em tutelar o direito subjetivo dos cidadãos ao governo honesto, de modo que os direitos cuja violação se pretende reparar não pertencem apenas ao autor da ação, mas a toda a coletividade.¹⁰ Trata-se de um reforço dos direitos de cidadania – tanto que a ação está arrolada dentro dos direitos e garantias individuais

⁸ Nessa linha, podem ser mencionadas a Lei de Defesa da Concorrência, a Lei da CVM e a Lei do Banco Central, que não serão analisadas neste tópico, por sua órbita restrita de aplicação. No presente item, serão examinados os diplomas de caráter geral e de amplo alcance, que integram o núcleo que, segundo a doutrina e jurisprudência, é fundamental à tutela da probidade.

⁹ Isso se deu, primeiramente, no art. 153, § 31, da CF/1969 e, depois, no art. 5.º, LXXIII, da CF/1988.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 126.

–, o qual permite a participação popular – ainda que sob a forma de controle – nas atividades da Administração Pública. A ação, ademais, pode ser intentada de modo repressivo, voltando-se à anulação de atos lesivos e ilegais e reparação de danos ou, também, preventivo, admitindo-se a concessão de medidas liminares (art. 5.º, § 4.º).

Outro relevante instrumento do microsistema de tutela de probidade administrativa é a Lei da Ação Civil Pública, também anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, uma vez que criada pela Lei n.º 7.347/1985. Sua legitimação, igualmente ampla, não abarca os cidadãos, mas o Ministério Público, a Defensoria Pública, as entidades políticas e suas descentralizações (autarquias, empresas públicas, funções e sociedades de economia mista), além de associações que preencham as condições postas no art. 5.º, V, *a e b*.

Embora anterior à Constituição Federal de 1988, a ação civil pública passou a ser prevista em nível constitucional, por ocasião da definição de funções institucionais do Ministério Público (art. 129, III). O objeto da ação é alargado para tutelar amplamente direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos,¹¹ o que lhe torna vocacionada também à tutela da probidade administrativa, diante da possibilidade de responsabilização “por danos morais e patrimoniais” causados “ao patrimônio público e social” (art. 1.º, IV e VIII).

Nesse sentido, observa Wallace Paiva Martins Júnior:

Tanto a ação popular quanto a ação civil pública – esta por previsão constante dos arts. 129, III, da Constituição Federal, 1.º, IV, e 21 da Lei Federal n.º 7.347/85 e 25, IV, *b*, da Lei Federal n.º 8.625/93 – têm dentre os seus múltiplos objetivos a tutela do patrimônio público, abrangendo os valores morais ou extrapatrimoniais que o integram.¹²

A ação permite um controle amplo da legalidade na atuação administrativa. Por meio da ação civil pública, pode-se obter provimento jurisdicional de invalidação dos atos impugnados, de ressarcimento dos danos ao erário¹³ e, também, de imposição de obrigação de fazer. Assim, pode-se concluir que a ação permite a recomposição da legalidade violada e a reparação dos danos daí decorrentes, inclusive mediante tutelas específicas, como a imposição de obrigação de fazer.

¹¹ Prestando-se à tutela do meio ambiente, do consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, infração à ordem econômica, urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, nos termos do art. 1.º, I ao VIII.

¹² MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa* cit., p. 99.

¹³ Nesse sentido, já decidiu o STJ que, por meio da ação civil pública, pode o Ministério Público “buscar o ressarcimento para os cofres públicos municipais de quantias recebidas de modo indevido pelo prefeito municipal”. (STJ, 1.ª Turma, REsp 123.672/SP, Rel. Min. José Delgado, j. 1.º12.1997, DJ 16.03.1998, p. 42).

Foi na ação civil pública que surgiu um dos mais importantes instrumentos de consensualidade do direito brasileiro, introduzido no § 6.º do art. 5.º da Lei n.º 7.347/1985 com a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990). Criou-se o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), que viabilizou acordos pelo Ministério Público (e, também, pela Administração Pública), passíveis de celebração tanto na esfera judicial como na extrajudicial, abarcando o vasto espectro de obrigações emergentes dos bens jurídicos tutelados pela Lei n.º 7.347/1985. Observe-se, no entanto, que o TAC tem por finalidade precípua o ajustamento de obrigações de fazer e obrigações pecuniárias, não se prestando, ao menos em princípio, à negociação ou substituição de punições.

O traço fundamental que distingue as duas ações supra indicadas, anteriores à Constituição Federal de 1988, daquelas que lhes são subsequentes e que serão adiante abordadas, reside no *viés sancionatório dos diplomas mais recentes*, cuja inspiração pode ser deduzida dos comandos constitucionais sobre a improbidade administrativa, abordados no tópico anterior.¹⁴

A regulamentação do art. 37, § 4.º, da CF/1988 ocorreu com a promulgação da Lei n.º 8.429/1992, a chamada Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Esse diploma significou um avanço na proteção ao patrimônio público, ao instituir uma ferramenta legal mais moderna e de maior alcance para coibir os malfeitos e os danos causados ao patrimônio público, comparativamente com os diplomas legais então vigentes.

A Lei n.º 8.429/1992 foi mais específica na tipificação de ilicitudes por ela qualificadas como atos de improbidade administrativa, além de prever detalhadamente a responsabilização, com sanções severas, dirigidas aos agentes públicos, incluídos também, como verdadeira inovação, os particulares que tenham induzido, concorrido ou se beneficiado da improbidade.

A partir de então, tornou-se mais evidente o protagonismo do Ministério Público no exercício da tutela da probidade administrativa, o que se deu também pelo sensível reforço de suas prerrogativas e atribuições no art. 129 da CF/1988. O Ministério Público sempre foi o principal ator no campo da proteção à probidade administrativa, ainda que a LIA tenha

¹⁴ Oportuno o registro contido na obra de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (*Improbidade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 197) de que o anteprojeto da lei de improbidade, encaminhado pelo Presidente da República, era assemelhado às leis então vigentes, que limitavam a responsabilização aos casos de enriquecimento ilícito. A partir de debates e emendas ao anteprojeto no Congresso Nacional chegou-se ao texto da Lei n.º 8.429/1992, com nítidas transformações para ampliar a eficácia da tutela da probidade administrativa.

legitimado o manejo da medida judicial pela entidade lesada¹⁵ e mesmo que as leis anteriores também contemplassem outros legitimados no âmbito do microsistema de tutela da probidade administrativa.

A ação de responsabilização por ato de improbidade administrativa regida pela Lei n.º 8.429/1992 constitui, evidentemente, o principal instrumento de defesa da probidade, da moralidade e do erário público, ou seja, o eixo central do enfrentamento da corrupção. Por meio dela, podem-se buscar não apenas a invalidação dos atos impugnados e o ressarcimento de danos, mas principalmente a aplicação de medidas punitivas elencadas na Constituição Federal de 1988 e de outras especificamente criadas pela Lei n.º 8.429/1992. As penas passíveis de aplicação (essencialmente pecuniárias e de interdição do exercício de direitos) abarcam as esferas civil, administrativa e política.

Observe-se, também, que na redação original da Lei n.º 8.429/1992 o § 1.º do art. 17 vedava, de modo expresso, a transação, acordo ou conciliação, dispositivo que levou décadas para ser revogado, como se verá mais adiante.

Por fim, também desponta como elemento importante do microsistema de tutela da probidade a Lei n.º 12.846/2013, a chamada Lei Anticorrupção (LAC). A origem desse diploma não é a Constituição Federal, e sim os compromissos assumidos pelo Brasil de responsabilizar, de forma ampla, pessoas jurídicas que tenham praticado atos de corrupção contra a Administração Pública, em especial a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003, promulgada pelo Decreto n.º 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Diversamente do que ocorre com a LIA, voltada precipuamente a reprimir a improbidade praticada por agentes públicos, a LAC destina-se a coibir ilícitos de pessoas jurídicas (sociedades empresárias ou simples, associações, fundações, sociedades estrangeiras), que tenham lesionado a Administração Pública nacional ou estrangeira. Essa lei representa avanço na tutela da probidade, porquanto no regime da LIA a responsabilização de um particular depende da concomitante responsabilização de um

¹⁵ Conforme a redação original do art. 17 da Lei n.º 8.429/1992, que veio a ser reformado pela Lei n.º 14.230/2021, para fixar a legitimidade exclusiva do Ministério Público para o manejo da LIA. A legitimidade da entidade lesada foi restaurada pelo STF no julgamento da ADI 7.042/DF, julgada parcialmente procedente “de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil”. Em pesquisa ao sítio do STF na internet, realizada no dia 05.10.2022, ainda não havia a publicação do acórdão.

agente público,¹⁶ enquanto na LAC a persecução toma em conta as ilicitudes praticadas isoladamente pela pessoa jurídica.

A LAC possui um elenco de atos lesivos que ensejam a responsabilização (art. 5.º). Vários deles assemelham-se aos tipos de improbidade da LIA, enquanto outros atinam com o escopo principal de responsabilização empresarial.¹⁷

Outro traço fundamental de distinção entre a LIA e a LAC é a possibilidade, nesta, de persecução dos ilícitos no âmbito da própria entidade lesada, por intermédio de processo administrativo de responsabilização (art. 8.º e seguintes). Assim, a aplicação das severas penalidades da LAC poderá ser feita na órbita administrativa, pela própria entidade lesada, diferentemente do regime da improbidade administrativa, cuja responsabilização demanda processo judicial, reservando-se ao juiz, privativamente, a aplicação das penalidades constantes do art. 12 da LIA.

As penalidades também diferem nos dois diplomas, especialmente quando examinadas as penalidades aplicáveis na órbita administrativa pela LAC.

No processo administrativo de responsabilização da LAC, o escopo sancionatório foi dirigido essencialmente ao aspecto pecuniário, adotando-se como penalidade principal a multa, calculada sobre o faturamento da pessoa jurídica, além da publicação da decisão condenatória, com efeitos primordialmente reputacionais, em detrimento das variadas penalidades restritivas de direitos da LIA.¹⁸ Vale ressaltar, contudo, que é possível a responsabilização judicial no âmbito da LAC, com legitimidade da Advocacia Pública e do Ministério Público. Nesse caso, as penalidades passíveis de aplicação são mais graves (art. 19), afetando diretamente o exercício de direitos, do qual é exemplo emblemático a dissolução compulsória da pessoa jurídica (art. 19, III).

¹⁶ “A jurisprudência consolidou o entendimento no sentido de que o particular, isoladamente, não pode responder por ação de improbidade administrativa, exigindo-se a presença de pelo menos um agente público no polo passivo da demanda” (STJ, REsp 1.927.985/DF, Rel. Min. Assusete Magalhães, *DJ* 1.º.07.2021).

¹⁷ Por exemplo, as condutas de, “comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados” (art. 5.º, III) ou de “criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo” (art. 5.º, IV, *e*).

¹⁸ É importante destacar que o registro de penalidades da LAC no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) tem sido constantemente incluído em editais de licitação como impeditivo de participação. Além disso, a nova Lei de Licitações e Contratos (Lei n.º 14.133/2021), em seu artigo 91, § 4.º, previu a consulta ao CNEP antes da formalização de prorrogação contratual. Assim, embora o processo administrativo de responsabilização da LAC não preveja punições que impliquem a restrição ao gozo de direitos, isso tem ocorrido pela via de atos da Administração Pública (como editais) ou por intermédio de outros diplomas legislativos.

A LAC veio a lume décadas depois da LIA, quando o panorama legislativo da consensualidade se encontrava mais avançado e, conseqüentemente, deu importante contribuição, ao criar o acordo de leniência, pelo qual se admite que o particular que tenha cometido atos corruptivos ou fraudulentos possa colaborar com as investigações, mediante isenção de algumas sanções e atenuação de outras. O acordo de leniência da LAC tem forte inspiração no instituto congênere da Lei de Defesa da Concorrência, conforme será demonstrado mais adiante.

Esse breve exame dos quatro diplomas legais autoriza concluir que, após a Constituição Federal de 1988, houve uma mudança do eixo central do microsistema de tutela da probidade administrativa, uma vez que, além da reparação de danos ao erário, buscou-se estabelecer uma gradação de ilicitudes (especialmente a partir do conceito de improbidade, residente na ilicitude agravada pela desonestidade e imoralidade do agente),¹⁹ bem como a criação de um extenso sistema punitivo.

Benefícios foram experimentados a partir da ampliação e sofisticação das regras constitucionais e legais que tutelam a probidade administrativa. Os controles foram aperfeiçoados e os meios de apuração e responsabilização de ilicitudes, lamentavelmente recorrentes na órbita da Administração Pública, passaram a ocorrer com maior frequência e rigor.

No entanto, ao lado desse desejável fortalecimento da proteção ao patrimônio e à moralidade, passamos a conviver com o excesso e o arbítrio, principalmente na aplicação da Lei n.º 8.429/1992. As falhas na redação original da LIA, com tipificações de ilícitos abertas e genéricas, além de regras de responsabilização excessivamente amplas, respondem por parte desse problema, derivado de múltiplos fatores, que não serão aqui elencados por fugirem ao escopo deste trabalho.

É necessário alcançar o ponto de equilíbrio entre a tutela da probidade administrativa, pautada pelo severo sistema punitivo consolidado após a Constituição Federal de 1988, e o respeito de garantias individuais daqueles que sofrem uma persecução baseada em acusação de improbidade. A calibração da legislação à luz da carga protetiva de direitos e garantias individuais da Constituição Federal de 1988 é um dos caminhos possíveis e parece ter sido

¹⁹ Conforme a precisa conceituação traçada pela jurisprudência do STJ, “a improbidade é, destarte, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave” (STJ, 1.ª Turma, AgInt no REsp 1.518.133/PB 2015/0045622-0, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 04.09.2018, *DJe* 21.09.2018).

trilhado a partir da aprovação da Lei n.º 14.230/2021. Os acordos também avançam nessa direção, mas sua efetividade exigirá a incidência dos princípios fundamentais do direito administrativo sancionador, alguns dos quais devem ser objeto de exame, ainda que breve, por sua relevância para a temática dos acordos no domínio da improbidade.

1.3 Do equilíbrio na aplicação da LIA a partir de princípios constitucionais

A LIA foi largamente aplicada desde sua criação no ano de 1992, com aumento progressivo do número de ações propostas a cada ano. A dimensão de sua importância como ferramenta de controle da atividade administrativa está evidenciada nos números da jurisprudência do STJ, responsável, em última instância, pelo julgamento da maioria dos processos do País (sem considerar as justiças especializadas), após as restrições impostas ao acesso ao Supremo Tribunal Federal (STF), após a Emenda Constitucional n.º 45/2004.

No ano de 2020, o tema de improbidade administrativa constou entre os dez principais assuntos do acervo de processos do tribunal, assumindo a segunda colocação, em um recorte de pesquisa que considerou apenas as turmas encarregadas do julgamento em matéria de direito público.²⁰

O elevado número de ações propostas confirma a importância da LIA, mas também fez transparecer o excesso na aplicação da lei, com a utilização indiscriminada de um instrumento baseado em severas medidas repressivas, que exige cuidadosa avaliação do necessário enquadramento da ilicitude no signo distintivo da improbidade. Em resumo, tornaram-se frequentes a interpretação e a aplicação da LIA apartadamente de alguns princípios constitucionais fundantes do direito administrativo sancionador.

Os crescentes abusos e excessos na aplicação da LIA, principalmente na propositura desenfreada de ações destituídas de investigação prévia, elementos indiciários de ilícitos ou mesmo imputações claras dirigidas aos acusados, criaram um ambiente de profunda instabilidade e insegurança tanto para o exercício de funções públicas quanto para os particulares que se relacionam com a Administração.

Cada vez mais, o exercício de funções decisórias por agentes públicos tornou-se uma atividade de risco pela permanente possibilidade de responsabilização na órbita da

²⁰ Conforme pesquisa intitulada: STJ em números: improbidade administrativa. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stj-em-numeros-improbidade-administrativa-06062020>. Acesso em: 23 jul. 2022.

improbidade, a partir de questionamentos genéricos e imputações vagas. O risco, de igual modo, foi sentido pelos particulares que se relacionam com o Poder Público, diante da profusão de novas ações veiculando a pretensão de invalidação de atos e contratos administrativos, com automática inclusão dos particulares no polo passivo, à míngua da demonstração de sua participação nas condutas tidas como ilícitas. Nesse contexto sumarizado surgiu a Lei n.º 14.230/2021, que produziu uma ampla reforma no regime de responsabilização por atos de improbidade administrativa.

Em nosso sentir, o traço fundamental da Lei n.º 14.230/2021 é o de garantir, no campo da responsabilização por improbidade, um processo efetivamente justo e que assegure, em sua plenitude, o exercício do direito de defesa.

Não comungamos da opinião, muitas vezes difundida, de que tal lei constituiria retrocesso na proteção da probidade administrativa²¹ e teria como preponderante escopo a criação de um diploma excessivamente garantista.²² Basta ver que as principais penas aplicáveis à improbidade, já bastante graves, foram até mesmo ampliadas, o que representa o reconhecimento da relevância da moralidade e da probidade no âmbito da Administração Pública.

A improbidade administrativa, que já era duramente reprimida nos quadrantes originais da Lei n.º 8.429/1992, foi alçada a uma condição de notável recriminação no âmbito do denominado direito público punitivo, como está a demonstrar, por exemplo, a pena de suspensão de direitos políticos, que poderá *durar por até 14 (quatorze) anos*, nos casos de condenação por ato de improbidade que importe em enriquecimento ilícito (art. 12, I, da LIA, em sua atual redação).

A valorização constitucional e legal da probidade administrativa está evidenciada nas consequências impostas àqueles que a violarem, alcançando efeitos políticos,

²¹ No âmbito do Ministério Público Federal (MPF), foi editada orientação com efeito normativo (Orientação n.º 12, de 12.11.2021, da 5.ª Câmara de Combate à Corrupção – CCR) buscando uma atuação institucional coordenada para impedir a retroação de regras da Lei n.º 14.230/2021 benéficas aos acusados, sob o argumento de evitar o “retrocesso no enfrentamento de condutas ímprobas ou práticas corruptivas”. Difundiu-se com relação à Lei n.º 14.230/2021 a ideia de que violaria o “princípio da proibição da proteção deficiente”.

²² Ao resumir vários aspectos introduzidos na Lei n.º 14.230/2021 em benefício dos acusados, Rita Tourinho coloca-se em posição crítica ao diploma: “Assim, restringe-se a tipificação da improbidade, flexibilizam-se sanções, cria-se prescrição intercorrente com prazo irrazoável, procrastina-se a formalização de acordos de não persecução cível, dentre tantas outras medidas trazidas na norma normativa, que parecem nadar a favor da corrente da impunidade” (Os acordos de não persecução cível na seara da improbidade administrativa e os impactos trazidos pela Lei n.º 14.230/2021. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de (org.). *Lei de Improbidade Administrativa reformada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 688).

administrativos e patrimoniais, em larga extensão. Isso foi reforçado pela Lei n.º 14.230/2021, a qual cuidou de delimitar com mais precisão o ato de improbidade e dotar de maior sofisticação o processo judicial destinado à sua persecução, como forma de legitimar a aplicação das severas punições.

A disciplina instaurada pela Lei n.º 14.230/2021 tem o propósito de buscar a mitigação do frequente choque entre dois valores fundamentais que ocorre no campo da improbidade: de um lado, a tutela da moralidade e da probidade administrativa; de outro, o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos acusados. Nessa premissa, tem-se que as penas da improbidade tornaram-se ainda mais graves (afirmando-se o caráter especial do bem jurídico protegido), porém foi reduzido o âmbito de sua aplicação (com tipificações mais fechadas e a exigência de dolo para todas as tipificações de improbidade), dotando-se o processo judicial de melhores condições e instrumentos para o exercício do direito de defesa.

O ANPC é uma das importantes inovações trazidas pela Lei n.º 14.230/2021. O instituto alinha-se com as premissas atuais da consensualidade administrativa e ostenta potencialidade de reduzir a excessiva litigiosidade na matéria de improbidade, mas sua aplicação deve ser feita dentro da ótica de equilíbrio entre a tutela da probidade administrativa e o respeito aos direitos fundamentais dos acusados.

Nesse aspecto, os princípios do devido processo legal, da legalidade e da presunção de inocência assumem vulto para a análise ora proposta, notadamente para o acordo na órbita da improbidade.

O devido processo legal, abrigado no art. 5.º, LIV, da CF/1988, constitui a matriz dos princípios do direito administrativo sancionador. Uma de suas notas marcantes é a ampla abrangência de sua incidência nas relações punitivas em geral, a exigir que a persecução e a aplicação de sanções se deem em estrita conformidade com as regras procedimentais e materiais precedentemente estipuladas, pelas quais se deve assegurar o gozo dos direitos de defesa pelo acusado.

O devido processo legal é um fator de regência e condicionamento da atividade punitiva a atuar, inclusive, sobre a produção de normas prestantes a disciplinar o exercício da potestade sancionadora. Fábio Medina Osório averba que o *due process of law* ostenta “dois importantes significados: uma garantia formal de procedimento legal e uma garantia material de

procedimento razoável, substancialmente contrário às leis arbitrárias, uma espécie de interdição à arbitrariedade legislativa ou dos Poderes Públicos em geral”.²³

Com a cláusula do devido processo legal, também é relevante para essa análise o princípio da legalidade, porquanto a Lei n.º 14.230/2021 estabeleceu considerável reforma no regime de persecução da improbidade e previu, em contornos definidos, as condições necessárias para o acordo no campo da improbidade administrativa.

A estipulação de outras bases para o acordo, de modo a ampliar ou alterar aquilo que consta do texto da lei, pode caracterizar inobservância do devido processo legal e da legalidade, especialmente no desempenho da função de produção normativa de caráter regulamentar. As regras editadas pelo Ministério Público devem respeitar o *due process of law*, cujo verdadeiro significado é o de “perfeita adequação ao Direito”,²⁴ aqui considerado o direito posto, que é a Lei n.º 14.230/2021.

Outro princípio extraído do processo penal, mas que tem curso no âmbito do direito administrativo sancionador, é o da presunção de não culpabilidade (ou presunção de inocência), previsto no art. 5.º, LVII, da CF/1988. A existência de uma acusação formal não traduz certeza de responsabilidade, tampouco a confirmação da ocorrência de um ilícito, que será caracterizado somente depois da submissão da acusação, da defesa e do material probatório ao crivo judicial, a quem compete a realização do juízo de culpa.

Não se pode perder de vista a importância da presunção de inocência para os acordos da LIA, de modo a evitar que a manifestação de interesse no ANPC, nos casos em que inexistente condenação passada em julgado, tenha como pressuposto a prévia admissão de culpa. Esse é um dos temas a serem enfrentados neste trabalho, haja vista que o ANPC possui nítidos traços distintivos em relação a outras modalidades de acordo, especialmente aqueles voltados à colaboração para a revelação de ilícitos e seus partícipes.

O ANPC deve ser examinado sem a fragilização da presunção de inocência. A amplitude que pode assumir as imputações de improbidade administrativa, notadamente nos atos violadores de princípios da Administração Pública, é capaz de criar zonas cinzentas em que o acordo constitui uma opção para a terminação antecipada e consensual de uma persecução que não permite determinar, aprioristicamente, a existência da improbidade. Disso resulta a importância de “preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua

²³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 8. ed. São Paulo: RT, 2022. p. 251.

²⁴ DANTAS, San Tiago. *Problemas de direito positivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1953. p. 50.

responsabilidade”,²⁵ de modo que o interesse na celebração de acordo e a própria transação não devem implicar, automaticamente, o reconhecimento de culpa por improbidade administrativa.

Essas breves reflexões são feitas para acentuar que o ANPC, como instituto novo no cenário jurídico nacional, deve ser estudado sob o influxo de preceitos constitucionais fundamentais do direito administrativo sancionador.

Isso reforçará sua legitimidade e poderá dotá-lo de maior eficácia comparativamente com outras espécies de acordo em matéria sancionatória, que enfrentam sérios obstáculos de insegurança jurídica.

Feito o exame geral da disciplina constitucional e do microsistema de tutela da probidade administrativa, como ponto de partida para o exame do ANPC, torna-se importante analisar com mais detença os institutos que tratam da consensualidade no direito brasileiro, tema que vem despertando grande interesse dos estudiosos da área do direito administrativo nos últimos anos, como reflexo da progressiva ampliação legal de institutos consensuais nos mais variados campos, notadamente no sancionatório.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 572. (Série IDP.)

2 O MODELO DE ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO E A CONSENSUALIDADE

Embora o tema do presente trabalho consista no exame dos acordos feitos pelo Ministério Público no campo da improbidade administrativa, o estudo da consensualidade demanda perspectiva mais ampla, que abarque os acordos da Administração Pública.

O desenvolvimento do instituto no plano do direito administrativo ocorreu sob o enfoque da Administração Pública, que é o objeto central desse ramo do direito, com suas múltiplas funções, competências e, principalmente, prerrogativas, capazes de interferir nas atividades, negócios e direitos dos particulares, sujeitando-os aos interesses tidos como coletivos. Os choques entre interesses da Administração e dos administrados são constantes e inevitáveis, daí surgindo conflitos cujo arbitramento se dá pelo uso de prerrogativas administrativas, que cada vez mais cedem espaço às composições consensuais.

A possibilidade de composição consensual de conflitos envolvendo órgãos ou entidades administrativas e particulares foi, porém, repelida pelo direito administrativo por muito tempo. A evolução da consensualidade aconteceu de modo gradual e acidentado, com o enfrentamento de vários obstáculos, superação de dogmas e releitura de princípios, o que deve ser examinado para melhor compreensão do próprio ANPC.

O direito administrativo brasileiro, em suas bases tradicionais, foi pautado por um regime jurídico de prerrogativas públicas e de autoridade. A Administração, encarregada de curar os interesses do corpo social, foi dotada de poderes para atingir tais objetivos, podendo praticar atos revestidos de atributos, que devem ser cumpridos e respeitados pelos particulares, independentemente de sua concordância ou vontade. Trata-se da autoexecutoriedade do ato administrativo, conceito de relevância ímpar, pois assegura a autonomia do Poder Público para fazer com que prevaleçam suas decisões, sem dependência do Poder Judiciário, ao qual fica reservada a possibilidade de controle de legalidade a depender da provocação dos eventuais prejudicados.

Em síntese, uma marca fundamental do direito administrativo consiste na ideia de potestade pública e no manejo de poderes ou prerrogativas pela Administração (poder hierárquico, disciplinar, regulamentar, de polícia) para o desempenho de suas atribuições constitucionais e legais. Essa concentração de poderes pela Administração acabou por criar uma contradição, pois, como bem destaca Fernando Menezes de Almeida:

Em que pese tenha nascido como instrumento de concretização do Estado de Direito, o Direito Administrativo, em seus primórdios, transferiu para a pessoa do Estado, detentor do poder soberano, prerrogativas em certa medida análogas às do monarca dos antigos regimes absolutistas.²⁶

No direito brasileiro, houve uma excessiva valorização das prerrogativas da Administração Pública, as quais foram realçadas pela tradicional doutrina, com o objetivo de identificação do próprio direito administrativo como ramo autônomo da ciência jurídica, buscando dotá-lo de critérios e princípios próprios, diversos do direito privado, mais antigo e consolidado.

Isso culminou na clássica divisão estanque entre direito público e privado, este baseado em relações horizontalizadas derivadas da autonomia e da liberdade contratual, enquanto aquele foi impregnado de uma visão autoritária, pela qual a Administração ocupa uma posição de supremacia, travando relações verticalizadas com os particulares. Vivian Cristina Lima López Valle resume o desenvolvimento do direito administrativo brasileiro no século XX da seguinte forma: “[...] alicerçado nas bases da dicotomia público-privado do século XIX, espremido na noção de potestade da Administração Pública sedimentada no Brasil a partir da segunda metade do século XX, desconfiado nas relações Estado-Sociedade”.²⁷

O principal traço do regime jurídico-administrativo consiste na supremacia do interesse público sobre o privado e na indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos, que foram elevados à categoria de princípios do direito administrativo.²⁸

Vale registrar que, embora ditos princípios não estejam positivados no direito brasileiro,²⁹ são reconhecidos, conceituados e estudados pela doutrina, principalmente brasileira, de modo quase unânime.³⁰ Não obstante seu caráter fluido, a supremacia e a

²⁶ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 337.

²⁷ VALLE, Vivian Cristina Lima López. O acordo administrativo entre o direito público e o direito privado: emergência de uma racionalidade jurídico-normativa público-privada? In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de (org.). *Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 65.

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 45.

²⁹ Como observou Humberto Bergmann Ávila em: Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 24, p. 159-180, 1998.

³⁰ A partir de amplo estudo bibliográfico, Juliana Bonacorsi de Palma identifica duas correntes, uma mais tradicional e antiga, capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello, que confere elevado valor metodológico para a supremacia do interesse público sobre o privado, e outra, perfilhada por administrativistas como Floriano Azevedo Marques Neto e Gustavo Binenbojm, que recusa ou relativiza o valor metodológico do princípio (*Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 65-69).

indisponibilidade do interesse público costumavam ser invocadas pela doutrina tradicional como fundamento impeditivo dos acordos pela Administração, a partir da ideia de que se trata de poderes-deveres cujo exercício é obrigatório ao atingimento das finalidades públicas, a serem alcançadas independentemente de concordância ou anuência dos particulares.³¹

Esse quadro de valorização das prerrogativas do regime-jurídico administrativo, tal como concebido pela doutrina tradicional, nunca favoreceu uma atuação consensual da Administração. O arsenal de prerrogativas das entidades públicas, com efeitos quase que ilimitados, tornava ociosa a concertação de interesses perante os particulares.

Basta considerar que, no desempenho de sua atribuição de tutela do interesse público, a Administração atua mediante atos autoexecutórios, que se revestem de atributos como a presunção de legitimidade e veracidade. Em outras palavras, sendo da Administração a incumbência de tutelar o interesse público, de caráter indisponível e prevalecente sobre o interesse particular, a solução das controvérsias deveria ser imperativamente ditada pelos agentes públicos, no uso das prerrogativas que lhes são conferidas pelo regime jurídico-administrativo. Trata-se da prerrogativa da atuação administrativa imperativa, pela qual a Administração pode constranger o particular, sem sua concordância, a acatar seus atos administrativos, o que caracteriza a unilateralidade dos provimentos administrativos e, por via de consequência, repele a própria necessidade de acordos com os administrados.

Esse cenário sofreu mudanças substanciais a partir do final do século XX e, principalmente, nas primeiras décadas do século XXI, com a dinamização e progressiva ampliação da complexidade das relações econômicas e sociais.

De um lado, a democratização do País, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, redefiniu profundamente as relações entre a Administração Pública e os administrados. Os direitos e as garantias individuais foram estendidos e reforçados pela Carta Magna, que também foi pródiga na criação dos direitos fundamentais de segunda geração, de caráter prestacional e titularidade coletiva, que passaram a exigir maior atuação positiva do Estado. Houve, a partir da Constituição Federal de 1988, uma valorização dos direitos do cidadão, o que pressupõe inevitável contenção dos poderes do Estado.

³¹ Destaca Juliana Bonacorsi de Palma: “Apesar da fluidez, corriqueiramente o princípio é apresentado como óbice à celebração de acordos administrativos pela Administração Pública” (*Sanção e acordo na administração pública* cit., p. 59).

Com a mudança no eixo das relações entre administração-administrado, que se tornam permeadas de valores democráticos, os particulares deixam de ocupar a posição de acentuada sujeição ao poder estatal. Sobrevém a doutrina da relação jurídica, baseada na

[...] concepção de que a relação entre o Estado e o cidadão é uma relação jurídica e não uma mera ligação de sujeição entre o poder administrativo e um administrado. Não é relação de poder vez que Estado e cidadão estão submetidos ao Direito e a Administração Pública não possui nenhum poder preexistente à Constituição, justificador de uma relação de subordinação pré-jurídica, abstrata e geral.³²

Em outras palavras, o fortalecimento de direitos individuais tornou necessária uma melhor demarcação dos limites da atuação imperativa da Administração, que passou a ter de considerar os impactos de seus atos e decisões sobre os particulares. Em um cenário de mitigação de poderes estatais e prestígio de direitos individuais, o consenso, o diálogo e a cooperação assumem importância para a eficiente realização das atividades da Administração, especialmente na compatibilização de interesses por vezes opostos. A evolução democrática exigiu que a gestão da coisa pública, pautada pela potestade e pela imposição unilateral de atos, cedesse espaço para soluções que contemplassem a participação dos administrados, mediante a conciliação dos interesses.

Em contrapartida, o papel econômico do Estado, altamente centralizador nos períodos de industrialização do País que coincidiram com regimes autocráticos, deslocou-se para uma atuação predominantemente reguladora das atividades da iniciativa privada.

A atuação estatal direta na atividade econômica, que antes era a regra, passou a ser excepcional e cabível quando “necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”, nos termos do art. 173 da CF/1988. A incapacidade de investimentos e a necessidade de atração de capitais privados para a ampliação e modernização da infraestrutura do País exigiram um ambiente mais estável, equilibrado e organizado. Nesse período, foi implementada a reforma administrativa do Estado, que cuidou de melhor delimitar sua atuação e fomentar os investimentos privados, tendo como uma de suas marcas principais a criação de autarquias especializadas para a regulação de setores estratégicos de infraestrutura, como energia, telecomunicações, petróleo etc.

³² VALLE, Vivian Cristina Lima López. O acordo administrativo entre o direito público e o direito privado: emergência de uma racionalidade jurídico-normativa público-privada? cit., p. 65.

Esse conjunto de profundas alterações constitucionais e legais no plano interno também resultou de influências do plano externo. O mundo inteiro experimentou transformações nas relações geopolíticas e internacionais na transição entre os séculos XX e XXI. O desmonte do bloco comunista acelerou a integração econômica das cadeias produtivas e do comércio internacional global, elevando o protagonismo dos capitais privados e alterando suas relações com o Estado.

Nesse novo cenário, de relações sociais e econômicas cada vez mais complexas, as velhas ferramentas do direito administrativo começaram a dar sinais de desgaste e incapacidade de solucionar os problemas do dia a dia. O regime de potestade e supremacia da Administração apresentava, em certa medida, incompatibilidades com a participação cada vez maior de capital privado no setor econômico, que originaram novas formas de relacionamento, sobretudo contratual, entre o setor público e o privado. A valorização de direitos e garantias individuais, por outro lado, também não se encaixava em uma posição de soberania absoluta da Administração em suas relações com os administrados.

As crises vivenciadas pela Administração Pública e pelo direito administrativo, sobretudo no campo da eficiência, fizeram surgir a necessidade de reavaliar a atuação administrativa exclusivamente imperativa, responsável por definir de maneira unilateral aquilo que seria o interesse público, de modo a dirigir a atuação dos administrados.³³ A relevância das prerrogativas administrativas não pode ser questionada para o cumprimento das inúmeras atribuições da Administração Pública, o que não significa que seja esse o único meio de atuação administrativa, muito menos que, em determinadas situações, não possa ela atuar pautada pelo diálogo e cooperação com os particulares.

Disso resultou um processo de atualização e evolução do direito administrativo, no qual foram redefinidos alguns institutos que mitigaram o caráter eminentemente unilateral dos provimentos administrativos.

Nesse sentido, a processualização da atividade administrativa faz despontar a participação dos administrados para a formação da própria vontade da Administração.

³³ Vivian Cristina Lima López Valle destaca as várias dimensões dos prejuízos decorrentes da visão oposta entre Administração e iniciativa privada, como de “ordem econômica (pelo aumento do litígio e das consequências dele decorrentes envolvendo Contratos Administrativos), de ordem social (pela paralisação ou não atendimento adequado de serviços públicos através dos Contratos Administrativos), de ordem política (pela perda de legitimidade da ação estatal na satisfação dos direitos fundamentais)” (O acordo administrativo entre o direito público e o direito privado: emergência de uma racionalidade jurídico-normativa público-privada? cit., p. 75).

Os atos e decisões da Administração deixam de ser ditados unilateralmente por um agente público, a partir de suas próprias convicções daquilo que seja o ‘interesse público’, e passam a ser obtidos no bojo de processo com feições democráticas, que permite a participação dos particulares interessados ou afetados.³⁴

A legislação de regência do processo administrativo, principalmente sua dita ‘norma geral’ (a Lei Federal n.º 9.784/1999), possui vários dispositivos que asseguram a participação dos interessados (cf. art. 2.º, parágrafo único, VIII, IX, X e XII *in fine*; art. 3.º, II; arts. 5.º, 9.º, 26, 29, 32, 33, 34, 35, 38, 41, 44, 46 e 58), inclusive o de “formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente” (art. 3.º, III).

Além da participação do administrado no processo administrativo, a noção de interesse público alterou-se ao longo do tempo, o que foi igualmente relevante para mitigar o modelo de atuação administrativa exclusivamente imperativa.

Por muito tempo, predominou uma ideia simplificada de interesse público, personificado nos interesses da própria Administração, a quem assistiria uma prerrogativa privativa de aquilatar os interesses do corpo coletivo e ditar-lhes a forma de satisfação. Com tal raciocínio, todos os atos praticados pelos agentes públicos seriam pretensamente vocacionados a satisfazer o interesse público.

Mesmo a já antiga e difundida distinção preconizada Renato Alessi,³⁵ entre o interesse público primário (da coletividade) e secundário (interesse, sobretudo patrimonial, da entidade estatal), e a importante doutrina que definia o interesse público como o interesse do corpo social³⁶ não impediram a apropriação do conceito de interesse público como interesse da

³⁴ Nas precisas palavras de Flávio Henrique Unes Pereira: “Conclui-se que a decisão correta ou adequada emerge da consideração de todas as peculiaridades do caso, as quais são apontadas pelas partes, por meio de um processo desenvolvido em contraditório que se vincula ao paradigma de Direito vigente. A legitimidade da decisão correta não reside, por conseguinte, no ‘juízo’ do julgador, simplesmente” (*Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 42).

³⁵ ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960. p. 197.

³⁶ Na obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, são expendidas valiosas reflexões sobre a adequada conceituação de interesse público e o equívoco de sua pura e simples contraposição ao interesse privado: “Embora seja claro que pode haver um interesse público contraposto a um dado interesse individual, sem embargo, a toda evidência, não se pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. Esta simples e intuitiva percepção basta para exibir a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais. É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrindo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais” (*Curso de direito administrativo* cit., p. 45).

própria Administração, dando-lhe a condição de supremacia em suas relações com os administrados,³⁷ tanto que, para Marçal Justen Filho, “o interesse público foi transformado em fundamento concreto do poder do Estado”, pois “a própria justificativa da verticalidade do relacionamento entre Estado e particular encontra-se no interesse público”.³⁸

Fato é que o conceito de interesse público como sinônimo de interesse estatal muitas vezes desembocou na interpretação de um interesse público contraposto aos interesses privados, o que produzia uma visão aprioristicamente antagônica aos acordos da Administração.

A complexidade cada vez maior das relações sociais e sua influência para o direito administrativo serviram para tornar superada essa conceituação simplista de interesse público.

A presença estatal em vários segmentos sociais e econômicos, completamente distintos entre si, bem demonstra que não há um interesse público individualizado e perfeitamente definido.³⁹ O que existe é um interesse público multifacetado e disperso, que pode ser aquilatado não apenas nas atividades essencialmente públicas, como também, de modo eventual, nas privadas.⁴⁰

Nessa linha, Juliana Bonacorsi de Palma ressalta a fragmentação e a complexidade na vasta gama de interesses públicos a serem tutelados e arbitrados pela Administração, razão pela qual não se pode extrair da sociedade um interesse público unívoco, definível previamente à situação concreta.⁴¹

Existem, por assim dizer, múltiplos e diversos interesses públicos, que podem ser abrangentes e, por vezes, conflitantes, como o desenvolvimento econômico, a preservação do

³⁷ Em artigo sobre o tema, Flávio Henrique Unes Pereira menciona decisões do STF nas quais observa-se uma “correlação entre interesse público e interesse da maioria ou interesse da coletividade, em oposição ao interesse individual ou privado” (A supremacia do interesse público sobre o privado: superação ou releitura. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIX, n. 65, p. 32-37, jan./abr. 2015).

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de (org.). *Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 40-41.

³⁹ É válido registrar que a ampla competência da Administração no campo regulatório, abarcando várias áreas diferentes, algumas delas envolvendo alta tecnologia (como telecomunicações, energia etc.), produz sucessivas transformações normativas, no intuito de salvaguardar o *cambiável interesse público*. Para Fábio Medina Osório: “As leis administrativas mudam com grande rapidez, tendem a proteger bens jurídicos mais expostos à velocidade dos acontecimentos e transformações sociais, econômicas, culturais [...]” (*Direito administrativo sancionador* cit., p. 251).

⁴⁰ “O interesse público é o resultado da consideração de todos os interesses envolvidos, incluídos os interesses privados, que permitiria identificar o interesse público com o individual ou coletivo” (PEREIRA, Flávio Henrique Unes. A supremacia do interesse público sobre o privado: superação ou releitura cit., p. 36).

⁴¹ PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e acordo na administração pública* cit., p. 170.

meio ambiente, a saúde e a educação.⁴² É nesse contexto que se pode enxergar a presença de interesse público em atividades individuais e particulares, mesmo no desenvolvimento de atividades econômicas por um particular, em face da dimensão pública subjacente ao progresso econômico, geração de empregos e arrecadação de tributos. A Administração deve, portanto, ponderar não apenas os interesses exclusivamente internos da máquina burocrática, mas também os interesses e as atividades dos particulares, para assim identificar, de modo concreto, o interesse público que deve direcionar sua atuação.

O sacralizado ‘interesse público’ de outrora passou a ser mais bem compreendido em toda a sua complexidade, exigindo da Administração um exame mais acurado da situação fática concreta e dos direitos e interesses dos administrados envolvidos, em lugar de simplesmente editar provimentos administrativos exclusivamente unilaterais. Essa análise, a ser feita dentro de um processo administrativo, com a participação dos administrados, permite concluir que o atual conceito de interesse público, longe de qualquer antagonismo, abriga a consensualidade, a harmonização e o diálogo, para que se possa identificar o real interesse a ser alcançado.

Daí por que não se pode mais admitir que o ‘interesse público’ seja simplesmente ditado pela Administração,⁴³ a partir do exercício das prerrogativas que lhe tocam no regime jurídico administrativo,⁴⁴ mas sim alcançado num processo dialógico estabelecido com o administrado, com a necessária ponderação de todos os interesses envolvidos,⁴⁵ a fim de que se possa atingir uma solução que melhor atenda às funções colimadas à Administração, sem sacrifício desnecessário dos interesses particulares.

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos cit., p. 57.

⁴³ “Não se admite, por isso, a determinação do interesse público como uma manifestação impositiva da vontade do administrador. O conteúdo concreto da finalidade buscada pelo Estado é variável em vista das circunstâncias, mas não é o reflexo de uma decisão voluntarista isolada e subjetiva do governante. Não se admite que o interesse público seja aquilo que o governante quer, porque a sua identificação depende de dados objetivos extraídos da realidade política, social, econômica e jurídica” (JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos cit., p. 58).

⁴⁴ “[...] o estabelecimento das prerrogativas como elemento estruturador da relação jurídico-administrativa gera como consequência uma visão do particular como litigante e produz insegurança jurídica” (VALLE, Vivian Cristina Lima López. O acordo administrativo entre o direito público e o direito privado: emergência de uma racionalidade jurídico-normativa público-privada? cit., p. 71).

⁴⁵ “A interpretação do ordenamento jurídico demandará a consideração das pretensões argumentativas dos envolvidos. Não há como eliminar a interlocução entre a Administração e o cidadão, especialmente quando em pauta ação limitativa da liberdade ou propriedade privada. Assim, consideramos relevante a reformulação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado para o princípio do interesse público, na medida em que este é resultado de um processo interpretativo e essencialmente dialógico, e não uma noção apriorística entre dois ‘interesses’, o público e o privado” (PEREIRA, Flávio Henrique Unes. A supremacia do interesse público sobre o privado: superação ou releitura cit., p. 34).

Surge daí uma nova orientação no campo da doutrina de direito administrativo, que passa a enxergar os acordos na órbita da Administração como uma nova forma de atuação, mais eficiente e equilibrada, igualmente apta a atender ao interesse público, considerado seu caráter complexo.⁴⁶

A superação do modelo de atuação exclusivamente unilateral e imperativo da Administração para a resolução de conflitos foi particularmente importante no exercício da atividade punitiva do Estado. Nesse campo, os espaços de terminação consensual de conflitos, inicialmente tímidos e restritos à esfera da Lei da Ação Civil Pública (que não tem escopo punitivo), foram progressivamente ampliados e estruturados pela legislação editada a partir dos anos 2000, especialmente na esfera sancionatória, o que será objeto de aprofundamento em capítulo subsequente.

Vale o registro, porém, de que a cultura do acordo e a plena aceitação dos métodos consensuais de resolução de conflitos na órbita do direito administrativo são um fenômeno recente. Mesmo após a promulgação de diplomas legais que introduziram mecanismos de consensualidade, houve intenso debate jurisprudencial, inclusive no âmbito dos tribunais de contas, sobre a viabilidade dos acordos não apenas acerca de temas afetos ao direito punitivo.

Um dos principais debates surgiu a propósito da possibilidade de a Administração se submeter ao juízo arbitral, cuja instauração depende de convenção específica em contratos administrativos, o que pressupõe margem de consensualidade.

A posição do Tribunal de Contas da União (TCU) foi tradicionalmente contrária à adoção de arbitragem, em conformidade com a Decisão n.º 286/1993, que analisou de modo específico a matéria. Na ocasião, entendeu-se que tal instrumento excepcional dependeria de uma autorização legal expressa e específica, inexistente à época. Mesmo após a criação de permissivos genéricos à arbitragem na Lei n.º 9.307/1996 (Lei da Arbitragem) e na Lei n.º 8.987/1995 (Lei de Concessões), em várias oportunidades o TCU reiterou essa posição obstativa da adoção da arbitragem pela Administração, ao fundamento principal de que isso

⁴⁶ De acordo com Luciano Ferraz, “a Administração contemporânea passou então a reclamar um diálogo institucionalizado entre o poder público e os particulares, bem como entre os diversos atores do aparato administrativo (concertação interorgânica), caracterizando um ‘novo estilo de administração’, participativo, concertado e flexível, marcado fundamentalmente pela noção de consensualidade – e pelo paradigma da Administração Pública consensual ou concertada” (*Controle e consensualidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 88-89).

afrontaria princípios basilares, como a supremacia e a indisponibilidade do interesse público.⁴⁷ Essa orientação da Corte de Contas federal passou por reformulações após julgamentos do STJ sobre a matéria, quando houve maior abertura à consensualidade, em face do entendimento de validade de cláusulas compromissórias de juízo arbitral em contratos envolvendo a Administração Pública direta e indireta.⁴⁸

Os acordos no domínio da improbidade também foram alvo de intensos debates jurisprudenciais, especialmente após a tentativa frustrada de garantir que os acordos de leniência da Lei n.º 12.846/2013 (Lei Anticorrupção – LAC) pudessem impedir o ajuizamento ou o prosseguimento de ações de improbidade administrativa. Isso se deu com a Medida Provisória n.º 703, de 18.11.2015, que perdeu sua eficácia por não ter sido convertida em lei dentro dos prazos constitucionais.

A rejeição da medida provisória implicava a manutenção, pelo Congresso Nacional, da regra impeditiva ao acordo, que constava do texto original da LIA, o que produziu insegurança jurídica e entraves aos acordos que envolvessem a matéria de improbidade. Isso também acentuava a disfuncionalidade do sistema, em razão da presença de regras autorizadoras de acordos na LAC, tornando a proibição de acordos na LIA nitidamente descompassada com o microsistema de tutela da probidade administrativa.

Argumentos de parte a parte foram invocados no debate sobre a possibilidade de celebração de acordos no âmbito de ações de improbidade, no período que antecedeu a criação do ANPC. A necessidade de coerência sistêmica com os instrumentos de consensualidade do CPC, a viabilidade da extensão do acordo de leniência da LAC para a improbidade administrativa, além da teoria do diálogo das fontes, serviram de base para a corrente que admitia os acordos no âmbito da LIA, tal como foi previsto pela Resolução n.º 179/2017 do CNMP. Por sua vez, a outra corrente sustentava a impossibilidade de ignorar a vigência do § 1.º do artigo 17 da LIA, que vedava qualquer tipo de transação, além da impossibilidade de derrogação da LIA, que veiculava normas especiais, as quais não poderiam ser revogadas por normas de natureza geral sobre acordos.

⁴⁷ No Acórdão 1.271/2005, foi destacado: “Este tem sido, de fato, o entendimento predominante nesta Corte de Contas, que fundamenta sua crítica à previsão de arbitragem nos contratos administrativos na inexistência de autorização legal para tanto, sem a qual não pode o administrador público, por simples juízo de oportunidade e conveniência, adotar tão relevante inovação”.

⁴⁸ Cf. STJ, REsp 954.065, Rel. Min. Ari Pargendler, 2007; REsp 606.345, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2007; e MS 11.308, Rel. Min. Luiz Fux, 2008.

Em decisão exarada no ano de 2018, pouco antes da criação do ANPC, o STJ reputou inadmissível a celebração de acordo na órbita da improbidade. No julgamento, entendeu-se pela plena vigência do artigo 17, § 1.º, da LIA, que impedia os acordos, e pela prevalência de seu comando, tendo em vista o caráter especial do dispositivo.⁴⁹ Por outro lado, o Tribunal Regional Federal da 4.ª Região (TRF-4) vinha admitindo acordos no domínio da improbidade, adotando como norte decisório uma interpretação sistemática do microsistema de tutela da probidade administrativa, mediante aplicação conjugada da LAC e da LIA.⁵⁰

Daí a importância da criação do ANPC, no ano de 2019, no bojo do Pacote Anticrime, como forma de superação da instabilidade jurisprudencial em matéria de consensualidade administrativa, que persistia sobretudo nos acordos de índole sancionatória.

A adoção dos acordos na órbita sancionatória tem indiscutível importância, como se pretende demonstrar neste trabalho. Parte relevante do aparato burocrático do Estado fica encarregado da condução de incontáveis processos administrativos e disciplinares, que

⁴⁹ “Administrativo. Improbidade administrativa. Agravo interno no recurso especial. Suspensão do feito para que sejam buscados meios de compensação da conduta ímproba, à luz da Lei 13.655/2018. Impossibilidade. Prevalência da regra especial contida no art. 17, § 1.º, 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, 2.ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 10.06.2013; AgRg no Ag 1.327.071/SP, 1.ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, *DJe* 08.04.2011. 2. Conforme Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional n.º 27, de 30.05.2016, publicado no *DOU* de 31.05.2016, a MP 703, de 18.12.2015, publicada no *DOU* de 21.12.2015, teve seu prazo de vigência encerrado no dia 29.05.2016, o que importou no restabelecimento da vigência do art. 17, § 1.º, da Lei 8.429/1992, que veda a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa. [...]” (AgInt no REsp 1.654.462/MT, 1.ª Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 07.06.2018).

⁵⁰ “Direito administrativo. Agravo de instrumento. Ação de improbidade administrativa. Lei de Improbidade Administrativa. Lei Anticorrupção. Microsistema. Acordo de leniência. Vício de competência. Indisponibilidade de bens. Determinada. [...] 5. Não há antinomia ab-rogante entre os artigos 1.º e 2.º da Lei n.º 8.249/1992 e o artigo 1.º da Lei n.º 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 microsistema 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 LAC e a impeça, de outro, na LIA, até porque atos de corrupção são, em regra, mais gravosos que determinados atos de improbidade administrativa, como, por exemplo, aqueles que atentem contra princípios, 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. [...]” (AgIn 5.023.972-66.2017.4.04.0000/PR, 3.ª Turma, Rel. Des. Federal Vânia Hack de Almeida, j. 22.08.2017).

tramitam ao longo de meses ou anos até que seja alcançada uma decisão final. Além dos custos envolvidos, os processos são frequentemente alvo de impugnações judiciais, duplicando os esforços administrativos no desempenho de função punitiva.

Sob a ótica de custo e benefício, a aplicação de soluções consensuais terminativas de conflitos, estabelecidas dentro de critérios adequados, deve ser concretamente avaliada pelo Estado, por seus benefícios de atingimento da pacificação e da celeridade na implementação de soluções. Para Juliana Bonacorsi de Palma, são efeitos positivos da consensualidade a “economia de tempo e de custos, bem como a maior adequação da solução negociada em relação às particularidades da situação concreta”, permitindo reconhecer “o ato consensual como a própria expressão do interesse público”.⁵¹

Vale observar, de igual modo, que a Administração deve escolher entre a atuação imperativa ou consensual na órbita punitiva, em conformidade com os efeitos por ela pretendidos em cada caso concreto. Uma solução, evidentemente, não substitui a outra, de modo que deverá haver alternância nas medidas aplicadas (imposição de punições e adoção da via consensual), ponderadas as características de cada situação analisada pela Administração.

A prevalência absoluta de acordos faria desaparecer o efeito intimidatório da sanção administrativa, com inevitáveis impactos no cumprimento de obrigações legais, no respeito aos contratos, além de gerar risco de prejuízos à qualidade do serviço público. Por outro lado, preterida a via consensual, retomar-se-ia o estado de coisas de paralisia administrativa e de supressão da participação dos administrados na gestão pública, em retrocesso incompatível com a legislação atual.⁵²

Enfim, a Administração deve considerar as duas alternativas de atuação disponíveis (unilateral ou consensual), lançando mão de uma análise pautada pela proporcionalidade para verificar a medida mais adequada a cada caso concreto.

⁵¹ PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e acordo na administração pública* cit., p. 172.

⁵² *Ibidem*, p. 129. A importância dessa alternância também é enfatizada por Márcia Pelegrini, ao destacar que os atos unilaterais não devem “ser desprezados e substituídos pela adoção de meios consensuais em todas as situações, mas que uma forma não implica na exclusão da outra” (A consensualidade como método alternativo para o exercício da competência punitiva dos Tribunais de Contas. *In*: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (coord.). *Direito administrativo sancionador*. Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 410). Analisando o tema pelo prisma do direito concorrencial, Thiago Marrara averba que, “no tocante aos instrumentos consensuais aplicados em processos sancionadores é nítido que existe uma relação de complementaridade (e não antagonismo) entre mecanismos de administração impositiva e de administração consensual, de sorte que o bom funcionamento do primeiro colabora com o aumento do interesse dos administrados pelo segundo” (*Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processos e acordos administrativos: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 340).

Essas questões de cunho conceitual são também aplicáveis no âmbito do ANPC, objeto deste estudo, que poderá ser utilizado para a terminação consensual de conflitos na esfera da improbidade, a partir da avaliação de suas vantagens no caso concreto, numa ótica de custo e benefício.

Uma vez definida a base conceitual da adoção de instrumentos de terminação consensual de conflitos no âmbito do direito administrativo, que podem constituir um caminho de satisfação do interesse público em conformidade com as características que singularizam cada caso concreto, cabe examinar o regramento específico dos acordos em matéria sancionatória que antecederam o ANPC.

3 OS INSTRUMENTOS DE CONSENSUALIDADE DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ANTECEDENTES DO ANPC

Neste capítulo, examinaremos os institutos de consensualidade que antecederam o ANPC e exerceram nítida influência sobre os atos normativos regulamentadores editados pelo Ministério Público. Este capítulo fornecerá a base necessária para identificar os pontos de proximidade e os traços distintivos entre o acordo de leniência e o ANPC, objeto de estudo no capítulo seguinte. Pretende-se com essa análise afastar a ideia de que haveria um intercâmbio normativo que permitiria impor requisitos adicionais para a celebração do ANPC, extraídos dos acordos de leniência,⁵³ que possuem contornos diferentes, fincados na racionalidade própria da legislação antitruste.

3.1 O acordo de leniência da Lei n.º 12.529/2011

No campo do direito antitruste brasileiro, o acordo de leniência desfruta de consolidação pelo longo tempo transcorrido desde sua criação e das décadas de experiência acumuladas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em sua aplicação. Foi ele introduzido no ano 2000, pela Medida Provisória n.º 2.055 e, depois, pela Lei n.º 10.149/2000, que alterou a Lei n.º 8.884/1994, intitulada como Lei de Defesa da Concorrência. Com a aprovação da Lei n.º 12.529/2011, o acordo de leniência foi reafirmado na legislação antitruste, com detalhamento e aperfeiçoamento de sua disciplina.⁵⁴

⁵³ Como tem sido defendido por vários doutrinadores, como Wallace Paiva Martins Júnior: “A perspectiva de composição deve levar em conta precedentes da aplicação da Lei n.º 8.429/92 e de suas sanções. Como já discorrido, o acordo tem como pressupostos nucleares a assunção de culpa e a efetiva colaboração (premiada) do interessado para identificação de cúmplices e beneficiários, se houver, localização de ativos etc. sendo de rigor para sua tomada o alcance da utilidade ou vantajosidade para o interesse público, apropriando parâmetros do acordo de leniência previsto no art. 16 da Lei n.º 12.846/13 (legislação similar de responsabilização por atos lesivos ao patrimônio público), como as finalidades de identificação dos demais envolvidos na infração e de obtenção célere de informações e documentos para comprovação do ilícito sob apuração, e os requisitos de seus §§ 1.º e 3.º ao 9.º” (Acordo de não persecução civil. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de (org.). *Lei de Improbidade Administrativa reformada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 632). No mesmo sentido, Leonardo Bellini de Castro afirma que “os requisitos mínimos para a celebração do acordo de não persecução cível podem e devem ser extraídos a partir de uma interpretação sistêmica com o disposto na Lei n.º 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial) e outros diplomas correlatos” (O novo regimento legal do acordo de não persecução cível. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de (org.). *Lei de Improbidade Administrativa reformada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 645).

⁵⁴ Deve ser registrado que o investigado/processado pode propor outra espécie de acordo, o Termo de Cessação de Conduta (TCC), que não oferece as mesmas vantagens do acordo de leniência quanto a isenção/mitigação

O acordo tem por objeto a atenuação e/ou a isenção das sanções previstas para os ilícitos anticompetitivos, as quais são, em regra, severas e impactantes.

A modalidade principal de sanção é a pecuniária, que apresenta uma larga margem de aplicação nos termos do artigo 37, I, da Lei n.º 12.529/2011, podendo a multa variar de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto da empresa, pertinente ao ramo de atividade no qual ocorreu a infração, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo.⁵⁵ A dosimetria da multa atenderá a critérios agravantes e atenuantes do artigo 45 do mesmo diploma, porém o percentual máximo mostra-se revelador do vulto financeiro que a penalidade poderá alcançar em grandes corporações, com faturamentos que atingem bilhões de reais.

Além das multas, a legislação antitruste prevê outras modalidades de punição, algumas de marcada gravidade, como a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitações tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessões de serviços públicos, na Administração Pública de todas as esferas, por prazo não inferior a cinco anos (artigo 38, II); a determinação de cisão da sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade (artigo 38, V); e a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até cinco anos (artigo 38, VI). Também se preveem sanções menos graves, como a publicação de extrato de decisão condenatória em jornal indicado pela autoridade antitruste (artigo 38, I), além de várias outras sanções de gravidade intermediária, a depender de condições específicas da empresa sancionada (artigo 38, III, IV e VII).

A despeito da multiplicidade e severidade das sanções, sua eficácia depende necessariamente da disponibilidade de instrumentos eficientes de persecução e de comprovação dos ilícitos praticados por agentes do mercado.

A complexidade dos ilícitos anticoncorrenciais, que se perpetram no seio das empresas, mediante atuação concertada de agentes econômicos que visam frustrar a livre concorrência, torna intrincada a tarefa estatal de fiscalização e punição dessas condutas. A adoção de mecanismos de leniência se deu inicialmente no direito norte-americano, com o intuito de gerar

de sanções e benefícios na seara penal. O acordo de leniência está disponível apenas para o primeiro infrator que tiver a proposta admitida, o que lhe concede benefícios mais acentuados. Para os demais investigados, o TCC seria a única possibilidade de acordo para obtenção de (limitados) benefícios.

⁵⁵ A multa possui outros contornos para pessoas jurídicas de direito público ou privado, ou associações e entidades que não exerçam atividade empresarial, podendo ser fixada entre R\$ 50 mil até R\$ 2 bilhões; para o administrador direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, a multa será de 1% a 20% daquela aplicada à empresa (artigo 37, II e III).

estímulos para os próprios agentes econômicos confessarem a prática de ilícitos e denunciarem os demais partícipes da conduta infracional. Os bons resultados obtidos com o progressivo desvendamento de ilícitos anticompetitivos após a introdução dos acordos na seara punitiva motivou a criação de mecanismos semelhantes pelo direito europeu e, também, pelo brasileiro.⁵⁶

O acordo de leniência tem por base uma relação de cooperação entre o investigado e as autoridades estatais. No interesse da investigação, o agente (pessoa física ou jurídica) confessa a prática da ilicitude e oferece os meios de prova destinados à sua apuração, em troca da extinção ou abrandamento das sanções cominadas em lei. Nesse sentido adota-se o termo ‘leniência’, porquanto, ao pactuar o acordo, o Estado comprometer-se-ia a adotar uma postura ‘leniente’ (palavra cuja acepção é de suavidade, mansidão), na aplicação de sanções em face do investigado acordante que contribuiu para a revelação das condutas anticompetitivas e propiciou condições de punição dos demais envolvidos.

Os pressupostos do acordo de leniência extraídos da lei são importantes, haja vista que seguem uma racionalidade própria e específica dos delitos anticoncorrenciais. Além do próprio ilícito, são pressupostos do acordo “a natureza concertada da conduta infrativa, ou seja, a existência de vários coautores”, além da “confissão da prática pelo infrator colaborador”.⁵⁷

A confissão constitui requisito inafastável do acordo de leniência da Lei Antitruste em razão da essencialidade dessa colaboração para a revelação da prática delituosa dos cartéis clássicos, que não costumam deixar vestígios, pois a atuação concertada, como regra, ocorre em condições informais. Os membros do grupo cartelizado definem as condições em que se dará a supressão da competição, distribuem tarefas entre si e ajustam as condições econômicas que lhes favoreçam por intermédio de reuniões, evitando-se a produção de documentos. As comunicações entre os membros do grupo são feitas com discrição, mediante utilização de códigos e siglas, para impedir a identificação de informações. Nesse sentido, Paulo Burnier da Silveira observa que “o cartel é geralmente um ilícito secreto; isto é, os participantes do cartel sabem que estão cometendo um ilícito e, por isso, buscam esconder o conluio, dificultando a obtenção de provas”.⁵⁸

⁵⁶ MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processos e acordos administrativos: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015 cit.*, p. 332.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 335-336.

⁵⁸ SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 74-75.

Daí por que a investigação de ilícitos do gênero requer não apenas tempo, mas também grande quantidade de recursos materiais e humanos. É necessário empregar meios sofisticados (como escutas, vigilância etc.), além agentes altamente treinados para a obtenção de provas das práticas anticompetitivas. Como o CADE ostenta uma competência amplíssima, abarcando todo e qualquer mercado (desde postos de combustíveis até instituições financeiras, indústria farmacêutica etc.), torna-se fácil concluir que, sem a colaboração dos agentes infratores, as punições na esfera antitruste seriam muito limitadas, pela indisponibilidade de recursos e pessoal necessários a esse complexo mister.

Nesse contexto, Thiago Marrara registra a racionalidade subjacente aos acordos da Lei Antitruste:

De modo geral, a racionalidade e, por conseguinte, a fundamentação pública desses ajustes integrativos ao processo administrativo sancionador se assenta sobre diversos fatores, dos quais merecem destaque: (1) as dificuldades operacionais das agências de concorrência no exercício de suas funções punitivas; (2) a complexidade atual das práticas concertadas; e (3) os efeitos não apenas repressivos, mas igualmente preventivos associados à leniência.⁵⁹

Vê-se que são as características singulares dos ilícitos anticoncorrenciais que determinam as condições do acordo de leniência. A Lei Antitruste concebeu a solução consensual no bojo de um *programa de leniência* tendente a garantir a efetividade do sistema sancionador, pensado cuidadosamente para obter os resultados desejados de melhoria na repressão dos ilícitos anticoncorrenciais.

Em face da dificuldade na coleta de provas de reuniões ocorridas entre as empresas cartelizadas, da multiplicidade de agentes que se dedicam à prática infracional, assim como da necessidade de desestabilizar a relação de confiança entre os membros desse grupo, foi preciso dotar o acordo de leniência de modelagem probatória, pela qual se concedem incentivos para que um dos agentes confesse o ilícito e aponte os demais envolvidos. Ao criar um elemento de instabilidade na indispensável relação de confiança recíproca que deve existir entre os agentes cartelizados, a confissão acaba por induzir comportamentos preventivos de novos ilícitos. Nessa linha, Juliana Oliveira Domingues e Eduardo Molan Gaban explicam que:

⁵⁹ MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processos e acordos administrativos: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015 cit.*, p. 336.

O cartel é arquitetado para não ser descoberto. Partindo dessa premissa e diante da dificuldade de se obterem provas da prática, as autoridades perceberam que era essencial a criação de mecanismos que encorajassem um participante do cartel a confessar o ilícito. É nesse contexto que a adoção dos acordos de leniência surge como um grande divisor de águas no *enforcement* concorrencial.

Não é fácil convencer o agente econômico a “delatar” os outros participantes de uma conduta ilícita e oferecer provas. A delação não é bem-vista e sequer faz parte da cultura brasileira. Entretanto, as autoridades observaram que, ao conceder a possibilidade de imunidade, o agente econômico passa a ter incentivos mais significativos para fazer a delação e trazer provas sobre as reuniões e comunicações secretas. Sendo assim, a leniência passou a ser ferramenta importante no combate aos cartéis.⁶⁰

Essa é a percepção emergente de decisões do CADE, nas quais se ressaltam a extrema dificuldade na revelação dos ilícitos e a importância do instrumento de leniência para desvendar condutas que, em muitos casos, não poderiam ser reveladas pelos meios usuais de investigação.⁶¹

O acordo de leniência encontra-se disciplinado nos arts. 86 e 87 da Lei n.º 12.529/2011. A celebração do acordo representa uma faculdade para a Superintendência-Geral do CADE, conforme a redação do *caput* do art. 86, podendo culminar na extinção da ação punitiva ou na redução de um a dois terços da penalidade aplicável, desde que haja colaboração da pessoa física ou jurídica na apuração realizada no processo administrativo.

A iniciativa desse acordo caberá ao autor da infração à ordem econômica, porquanto os objetivos dessa via consensual são obter a colaboração e a confissão de ilícitos, além do fornecimento de provas ocultas com relação a outros envolvidos. Não poderia o CADE convidar agentes investigados a realizar o acordo de leniência, pois isso implicaria a escolha

⁶⁰ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. (R)Evolução das investigações de cartel à luz dos acordos de leniência e das buscas e apreensões. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto (org.). *Evolução do antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2018. p. 1293.

⁶¹ “Cartéis são, sem dúvida, uma das condutas mais difíceis de ser investigada. Por essa razão, técnicas de detecção têm cada vez mais se tornado ferramentas fundamentais para uma investigação de cartel bem-sucedida.

18. É o caso do chamado ‘Acordo de Leniência’. Esse instrumento, utilizado por autoridades de defesa da concorrência em diversos países, permite à Administração Pública identificar condutas que, de outra maneira, continuariam às escuras, ao mesmo tempo em que garante a realização de uma investigação mais ampla e efetiva. No Brasil, o Programa de Leniência encontra previsão nos artigos 86 e 87 da Lei de Defesa da Concorrência (Lei n.º 12.529/11). Sua premissa básica é a de que os beneficiários do acordo, em troca de imunidade total ou parcial em relação às penas administrativas e criminais aplicáveis, confessem e colaborem com as investigações, trazendo informações e documentos que permitam à autoridade identificar os demais coautores e comprovar a infração noticiada ou sob investigação. Ao garantir a imunidade a um dos participantes de um cartel, a Administração não apenas gera um fator de desestabilização nos cartéis existentes, como detecta e pune infratores que de outra forma não teria condições de fazer” (Processo Administrativo 08700.004633/2015-04; Nota Técnica 7/2015/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE, homologada pelo Despacho SG 23/2015; *DOU* 02.07.2015).

do destinatário do benefício legal, com ofensa à isonomia e aos propósitos de criação de estímulos para que integrantes do grupo conluiado espontaneamente quebrem a relação de confiança recíproca entre eles.

Os resultados necessários para o acordo de leniência a serem atendidos pelo proponente são dois, que constam dos incisos I e II do art. 86: (i) a identificação dos demais envolvidos na infração; e (ii) a obtenção de elementos probatórios da infração revelada ou que se encontre sob investigação.

A admissão da proposta de leniência impõe ao colaborador a entrega ao CADE dos elementos de prova disponíveis sobre a infração. Entretanto, a celebração do acordo depende de posterior julgamento, ao final do processo, quando serão examinados o cumprimento do pactuado e a utilidade das provas fornecidas pelo leniente.

A dimensão dos benefícios que o acordo pode propiciar ao colaborador tem estreita relação com o momento dessa colaboração e com a avaliação de circunstâncias específicas do caso concreto. Se a conduta infracional for desconhecida da autoridade de defesa da concorrência, o cumprimento do acordo culminará na extinção da ação punitiva (art. 86, § 4.º, I). Se a conduta estiver sob investigação, o benefício consistirá na redução de um a dois terços das penas aplicáveis, observados os parâmetros objetivos (como a gravidade e os efeitos da infração) e subjetivos (boa-fé, situação econômica do infrator e vantagens por ele obtidas), além da efetividade dos elementos probatórios apresentados (art. 86, § 4.º, I).

Quanto aos requisitos exigidos para o acordo de leniência, foram eles arrolados no § 1.º do art. 86, revelando um sistema negocial mais complexo, intimamente relacionado com os ilícitos anticoncorrenciais.

Como primeiro requisito, a empresa deve ser a primeira a se qualificar com respeito à infração relatada ou sob investigação, registrando-se que a qualificação da proposta significa sua aceitação formal pelo CADE. Assim, mesmo no caso de vários postulantes a um acordo de leniência, aquele que não apresentou a proposta com precedência poderá se beneficiar de eventuais rejeições ou pedidos de complementação de elementos probatórios dirigidos ao primeiro proponente.

A lei tem a preocupação de estimular o oferecimento de propostas sérias e consistentes pelos interessados na leniência. A proposta qualificada primeiramente, em virtude da completude de elementos fornecidos, assegura os benefícios amplos do programa de leniência.

O segundo requisito é a empresa ter que cessar completamente o envolvimento no ilícito confessado ou sob investigação, a partir da data de propositura do acordo, pois seria inadmissível que o leniente pudesse, além dos benefícios sancionatórios, conservar os benefícios econômicos da prática anticoncorrencial mesmo após revelá-la para a autoridade antitruste, alongando os graves prejuízos sociais advindos da atuação anticompetitiva.

O terceiro requisito do acordo consiste na indisponibilidade, pela autoridade de defesa da concorrência, de provas suficientes para garantir a condenação da empresa ou pessoa jurídica leniente, no momento de propositura do acordo. Esse requisito decorre do simples fato de o acordo não se constituir em favor legal ao colaborador, tendo sido concebido como instrumento repressivo dos complexos delitos anticompetitivos.

O incentivo à colaboração foi criado para atrair interessados que propiciem o desvendamento de condutas anticoncorrenciais. Se o CADE dispuser de elementos suficientes para a punição dos proponentes de um acordo, não deve ser utilizada a via consensual, prosseguindo-se no processo sancionatório para que sejam aplicadas, com todo o rigor, as penas cominadas em lei. Isso é necessário até para que não haja a desmoralização da autoridade antitruste e do regime punitivo, considerando-se que é o risco de aplicação das sanções que estimula a própria adesão aos mecanismos consensuais.

O quarto e último requisito consiste na admissão do ilícito e na assunção de compromisso, pelo colaborador, de cooperação plena e permanente com as investigações e com o processo administrativo. Esse requisito alinha-se com a racionalidade do acordo de leniência anteriormente exposta, de atrair os agentes econômicos envolvidos nas condutas anticoncorrenciais com benefícios de mitigação de sanções, para que revelem os ilícitos e apresentem os meios probatórios necessários à responsabilização dos demais envolvidos.

Para que sejam atingidos os interesses públicos primários na repressão dos ilícitos, é necessário que a colaboração probatória seja eficiente e capaz de revelar a atuação concertada dos agentes econômicos. Além de garantir a eficácia na punição de ilícitos praticados, a colaboração probatória tende a produzir o encurtamento das investigações e dos processos administrativos sob a responsabilidade do CADE, o que permite também uma redução dos elevados custos administrativos envolvidos na própria tramitação de processos perante a autoridade antitruste.

Deve ser ressalvado, contudo, que, no momento da propositura do acordo, os elementos devem considerados tendo em vista seu potencial probatório, pois a efetiva colaboração só poderá ser eficazmente avaliada pelo CADE ao final do processo, em face da efetiva aplicação

de sanções e do alcance de todos os envolvidos, elementos necessários para evidenciar o resultado útil do processo administrativo sancionatório. Além disso, a colaboração probatória não significa a transferência ao colaborador das incumbências probatórias que competem ao CADE, que deverá desenvolver com eficiência a etapa de instrução do processo, para angariar os elementos que complementem e confirmem os ilícitos revelados no acordo de leniência. Enfim, a decisão condenatória deverá fundar-se nos elementos coligidos pelo colaborador, mas não exclusivamente por eles, para que se tenha o resultado útil da colaboração.

Um aspecto importante do acordo de leniência da Lei Antitruste reside na previsão de seu art. 87, que subordina a persecução penal ao desfecho da apuração e julgamento da infração à ordem econômica por uma autarquia (CADE), ou seja, por uma autoridade administrativa. A celebração do acordo de leniência tem o efeito de suspender o curso do prazo prescricional e impede o oferecimento de denúncia por delitos contra a ordem econômica e outros diretamente relacionados à prática de cartel (previstos na Lei Geral de Licitações e no Código Penal), enquanto o cumprimento do acordo acarreta a extinção da punibilidade por esses mesmos crimes.⁶²

Essa norma cumpre uma função crucial para garantir a efetividade e a atratividade do acordo de leniência. A obtenção de benefícios na esfera criminal representa um dos maiores incentivos para que os agentes responsáveis pelos ilícitos anticoncorrenciais adiram ao programa de leniência da Lei Antitruste. Com efeito, seria altamente problemático para o infrator celebrar um acordo de leniência com isenção ou atenuação de sanções administrativas, quando se impõe a ele a confissão de ilícitos anticompetitivos que também podem configurar tipos penais, sujeitos à responsabilização com privação da liberdade.

Nota-se, portanto, que o acordo de leniência da Lei n.º 12.529/2011 foi estruturado a partir de premissas específicas relacionadas com a natureza e a complexidade de condutas anticoncorrenciais. Adotou-se um modelo de criação de incentivos voltados a induzir comportamentos colaborativos para a revelação de ilícitos anticompetitivos. Por essa perspectiva, a confissão de ilícitos e o oferecimento de provas pelo investigado são condições

⁶² Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande registram o dissenso existente acerca da constitucionalidade do dispositivo e da prática adotada para contornar eventual ineficácia do acordo, com a participação do Ministério Público na celebração dos acordos de leniência: “Parte da doutrina penal questiona a constitucionalidade de imunidade criminal outorgada por autoridade administrativa, ante a indisponibilidade da ação penal pelo Ministério Público (para um panorama da discussão, vide MARTINEZ. *Repressão a cartéis*, p. 269-273). Tendo em vista tais questionamentos, é usual a participação de integrantes do Ministério Público como intervenientes nesses acordos” (*Direito concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 126).

indispensáveis para garantir a efetividade dos acordos e a funcionalidade do sistema brasileiro de defesa da concorrência.

Dessarte, desponta como aspecto relevante para a compreensão do acordo de leniência da legislação antitruste o efeito probatório colimado pelo legislador. O instrumento de consensualidade tem, antes de tudo, a finalidade de obtenção de provas para garantir a eficácia da aplicação de punições que salvaguardam o sistema brasileiro de defesa da concorrência.

Isso é confirmado por outra espécie de acordo previsto na legislação, denominado leniência *plus*, que consiste em alternativa posta à disposição de interessados na celebração de acordo com o CADE que não tenham conseguido qualificar sua proposta em primeiro lugar.

Nesse caso, abre-se a possibilidade de a pessoa jurídica interessada propor acordo mediante a revelação de outra infração concorrencial, sem qualquer relação com aquela já investigada pelo CADE. O acordo depende, portanto, da apresentação de informações a respeito de infração completamente desconhecida do CADE.

Pretende-se, com a possibilidade de celebração da leniência *plus*, a produção do efeito cascata, franqueando-se aos demais integrantes de conduta cartelizada, que serão alvos de acordo de leniência já firmado, a possibilidade de publicizar outros ajustes anticompetitivos, que de outro modo não chegariam ao conhecimento da autoridade antitruste. É de destacar, inclusive, que os estímulos para a leniência *plus* são maiores comparativamente com o acordo de leniência tradicional, uma vez que abarcam tanto o primeiro processo instaurado (com a imunidade penal e a redução da multa administrativa) como também o segundo processo a ser instaurado (com a imunidade penal e, também, administrativa).

Observa-se, a partir do exemplo da leniência *plus*, que as possibilidades de acordo foram manejadas pelo legislador a partir de um sofisticado mecanismo, no qual são introduzidas restrições (como a possibilidade de celebração de acordo de leniência apenas pelo detentor da primeira proposta qualificada) e, também, de alternativas de novas composições (com a revelação de outros ilícitos), a depender do oferecimento de provas, tudo isso em benefício da atuação do CADE.

Portanto, o exame do acordo de leniência da Lei Antitruste revela que esse instrumento foi concebido em sintonia com as características dos ilícitos anticoncorrenciais, nos quais há notórias dificuldades de angariar provas, o que exige o oferecimento de estímulos para que os partícipes da ilicitude colaborem com a viabilização das persecuções e punições de agentes econômicos nelas envolvidos.

A despeito da vinculação do acordo de leniência da Lei Antitruste à racionalidade própria desse sistema, observa-se que o mesmo modelo foi acriticamente replicado na Lei Anticorrupção, como será demonstrado no tópico seguinte.

3.2 O acordo de leniência da Lei n.º 12.846/2013

A Lei n.º 12.846/2013, promulgada menos de dois anos após a Lei Antitruste, copiou desta o mecanismo de consensualidade aplicável aos processos sancionatórios de responsabilização. O art. 16 da Lei Anticorrupção prevê a possibilidade de celebração de acordo de leniência, que foi subordinado aos mesmos resultados e requisitos do art. 86 da Lei n.º 12.529/2011, anteriormente analisados.

Esse modelo, como dito anteriormente, teve como inspiração o direito norte-americano. Mais do que isso, a Lei Antitruste brasileira traduziu e transcreveu literalmente várias regras da legislação norte-americana de defesa da concorrência,⁶³ transportadas diretamente para o bojo do acordo de leniência da Lei Anticorrupção.⁶⁴

Por conseguinte, o acordo de leniência assumiu a conformação e a racionalidade própria da legislação antitruste. Foi concebido com o objetivo de induzir a colaboração de agente que tenha praticado delito corruptivo ou fraudulento, ao qual serão concedidos os benefícios de isenção e atenuação de sanções, mediante a confissão e o oferecimento de provas da eventual participação de outros agentes. O acordo de leniência é qualificado, nas palavras de Pedro Antonio de Oliveira Machado, como “técnica especial de investigação”:

[...] o acordo de leniência consiste em opção ou mecanismo de facilitação da coleta de prova, uma técnica especial de investigação, com o fim de abreviar e economizar o tempo do processo (administrativo ou judicial), conferindo eficiência e efetividade à atuação estatal na repressão ou combate de condutas ilícitas prejudiciais à sociedade, através de acordo a ser firmado com um dos infratores, ao qual será ofertado, em contrapartida, atenuação de algumas sanções e isenção de outras, sempre no desiderato de descortinamento de

⁶³ Conforme registra Modesto Carvalhosa em seus comentários ao art. 16 da Lei n.º 12.846/2013 (*Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas*: Lei 12.846 de 2013. São Paulo: RT, 2015. p. 382).

⁶⁴ Os riscos da transposição das regras da Lei de Defesa da Concorrência para a Lei Anticorrupção são definidos por Victor Carvalho Pessoa de Barros e Silva: “Ocorre que qualquer replicação de normas jurídicas precisa ser bem examinada, visando sua plena adequação, haja vista que um determinado instituto, idealizado em cenário específico, pode ser composto por princípios e premissas capazes de ser inapropriados para a implantação noutro ambiente. Exemplificativamente, isso significa que o instrumento idealizado para conter a prática de cartel pode ter natureza diversa quando utilizado como ferramenta para frear a corrupção” (*Acordos substitutivos de sanção*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 78).

atividades delituosas lesivas à Administração Pública e também identificação e punição de outros responsáveis envolvidos em tais atividades.⁶⁵

Em duas notas técnicas da 5.^a Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do Ministério Público Federal (MPF), o acordo de leniência foi objeto de conceituação e definição. Na Nota Técnica n.º 02/2018, definiu-se tal acordo como ato jurídico de natureza dúplice, prestando-se tanto como técnica especial de investigação quanto meio de defesa. Já na Nota Técnica n.º 01/2016, definiu-se o instituto como meio de *obtenção* de provas (em similaridade com a colaboração premiada).

Esse modelo de consensualidade, de caráter probatório, pautado pela confissão dos ilícitos e compartilhamento de informações, é fundamental para o desbaratamento de condutas cartelizadas, cuja organização se dá no âmbito privado dos agentes econômicos, em condições informais. Em outras palavras, a complexidade dos ilícitos anticoncorrenciais e sua natureza colusiva torna o regime de colaboração indispensável para sua eficiente repressão.

No caso de delitos corruptivos ou fraudulentos praticados contra a administração pública, que podem assumir as mais variadas formas, essa colaboração, embora desejável, não se mostra indispensável. Os meios probatórios não são tão escassos como ocorre em delitos anticoncorrenciais e nem sempre haverá concurso de agentes, tal como reconhece o inciso I do art. 16 da Lei Anticorrupção, ao exigir como resultado a “identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber”.

Grande parte dos atos lesivos à Administração elencados no art. 5.º da Lei n.º 12.846/2013 não requer concurso de agentes para sua consumação, como por exemplo, o ato de afastar ou procurar afastar licitante de certame público, a criação fraudulenta ou irregular de pessoa jurídica para participar de licitações, a obtenção de benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos, entre outras.

Deveras, o acordo de leniência da Lei Anticorrupção não considera a diversidade do bem jurídico tutelado por esse diploma, comparativamente com o direito antitruste. Nesse sentido, Modesto Carvalhosa observa que “a Lei do CADE visa restaurar a moralidade do mercado, enquanto que a presente Lei [Lei n.º 12.846/2013] visa restaurar a moralidade do Estado”.⁶⁶

⁶⁵ MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. *Acordo de leniência & a Lei de Improbidade Administrativa*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 182.

⁶⁶ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846 de 2013 cit.*, p. 373.

De todo modo, o resultado necessário do acordo reside na obtenção de elementos probatórios da ilicitude, além da identificação de eventuais outros envolvidos, o que se mostra notadamente importante nos casos de práticas corruptivas de agentes públicos. Além dos resultados, são repetidos os requisitos da Lei Antitruste, elencados nos incisos do § 1.º do art. 16 da Lei n.º 12.846/2013, a começar pela pessoa jurídica sendo a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito.

Essa é a regra que, no direito norte-americano, recebeu a denominação *first come first served*, pela qual assegura-se o benefício ao primeiro postulante do acordo de leniência.

Essa condição para o acordo tem pertinência com o direito antitruste, que visa criar estímulos para que os agentes econômicos revelem as práticas cartelizadas, de modo a fragilizar a confiança recíproca entre os membros do grupo. Como os delitos coibidos pela Lei n.º 12.846/2013, na maioria dos casos, não adotam a mesma lógica dos cartéis, pois muitos deles são praticados individualmente, esse requisito não deveria ser imposto incondicionalmente ao acordo de leniência, sem antes perquirir o tipo de conduta apurada.

Na verdade, a restrição do acordo de leniência ao primeiro proponente tem o efeito de impedir outras persecuções, o que se desvia das finalidades de um instrumento de consensualidade de natureza probatória. Sobre o tema assim se manifesta Kleber Bispo dos Santos:

Condicionar a possibilidade de celebração do 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.⁶⁷

Também deve ser destacado que, diferentemente da legislação antitruste, mais detalhada e sofisticada, inexistente na LAC a possibilidade de celebração da leniência *plus*, que permitiria ao interessado no acordo de leniência, que não tivesse sua proposta habilitada em primeiro

⁶⁷ SANTOS, Kleber Bispo dos. *Acordo de leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 138. Em sentido contrário, Renata Lane defende a regra, sustentando que 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 organizações” (*Acordos no domínio da improbidade administrativa*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 207).

lugar, o oferecimento de acordo sobre outra ilicitude, ainda desconhecida da autoridade processante. Não há, portanto, um mecanismo de estímulos para que, a partir da restrição de acordo ao primeiro proponente habilitado, sejam viabilizados novos acordos sobre outras ilicitudes praticadas por agentes públicos e/ou privados.

Além disso, poderá existir uma dificuldade prática para garantir o direito de preferência ao acordo de leniência baseado na Lei Anticorrupção, por carências estruturais inerentes à Administração Pública.

De modo geral, não há, na Administração, um sistema estruturado para o recebimento de propostas de acordo e verificação de sua admissibilidade, especialmente no caso de proposta oral, tal como ocorre no âmbito do CADE, que dispõe do sistema de distribuição de senha (*marker*) pela Superintendência-Geral, com a definição de uma espécie de ‘fila’ para assinatura de acordo⁶⁸.

A amplitude da Lei Anticorrupção (aplicável aos ilícitos cometidos contra a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e empresas estatais) implica o manejo do acordo de leniência por órgãos que carecem de um sistema organizado para a recepção e avaliação de propostas de acordo. Isso pode gerar dúvidas sobre o titular do direito à leniência na hipótese de vários postulantes, em face da ausência de regras específicas sobre a forma de apresentação e o conteúdo mínimo de admissibilidade da proposta de acordo, tal como ocorre no regimento interno do CADE. Notam-se, portanto, dificuldades concretas provenientes do transplante da regra *first come first served* para os acordos de leniência previstos na órbita da improbidade empresarial.

O segundo requisito imposto para o acordo de leniência consiste na assunção de compromisso, pela pessoa jurídica, de cessar o envolvimento na infração apurada, a partir da data da propositura do acordo. Essa também é uma previsão que guarda estreita afinidade com as condutas cartelizadas, de caráter permanente e de difícil apuração, exigindo do próprio interessado o compromisso de cessação para efetividade da repressão de condutas anticoncorrenciais. Na órbita da LAC, essa previsão é ociosa e beira a obviedade pois, como observa Kleber Bispo dos Santos, “o mínimo que se espera de uma pessoa jurídica, que

⁶⁸ O sistema do CADE é bem explicado por Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande: “No caso de proposta oral, o proponente deverá contatar o Chefe de Gabinete do Superintendente-Geral para agendar uma reunião. No primeiro contato, o proponente poderá obter uma senha (*marker*) da Superintendência-Geral para assegurar sua posição como o primeiro da ‘fila’ para assinar o acordo, desde que apresentadas, ao menos, as informações relativas: (i) aos outros participantes do cartel; (ii) aos mercados afetados pela prática denunciada; e (iii) ao período de duração da prática” (*Direito concorrencial cit.*, p. 125).

manifesta interesse em cooperar para a apuração de atos ilícitos em investigações, é que ela mesma cesse sua participação ou envolvimento em tais condutas ilícitas objeto da investigação”.⁶⁹

Por fim, também são exigidas do interessado no acordo de leniência a admissão de participação no ilícito e a cooperação plena e permanente com as investigações e o processo administrativo, com o comparecimento a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Esse último requisito torna o acordo de leniência da Lei Anticorrupção indubitavelmente menos atrativo para os interessados, em face dos impactos que dele podem advir para o colaborador. Isso se dá pelo fato de que, embora os requisitos do acordo sejam, em linhas gerais, muito parecidos com o rígido regramento da legislação antitruste, os benefícios previstos são mais modestos.

Inexiste, na Lei n.º 12.846/2013, a previsão de extinção de eventuais consequências criminais derivadas das condutas abarcadas na colaboração, diversamente do que ocorre na Lei Antitruste, cujo art. 87 da Lei n.º 12.529/2011 prevê que a celebração do acordo obsta o oferecimento de denúncia e seu cumprimento implica a extinção da punibilidade dos crimes relacionados⁷⁰.

Fato é que a confissão dos ilícitos representa um pesado ônus para o interessado no acordo. A admissão das condutas ilícitas tipificadas no art. 5.º da Lei n.º 12.846/2013 desemboca, na maior parte dos casos, em responsabilização abrangente do colaborador em outras esferas, que vão desde a improbidade administrativa regida pela Lei n.º 8.429/1992 até a criminal. Esse risco é lembrado por Pedro Antonio de Oliveira Machado:

[...] os ônus da confissão e da admissão de participação no ilícito e cooperação plena e permanente com as investigações e o processo administrativo, inclusive na obtenção célere de informações e documentos que comprovem o

⁶⁹ SANTOS, Kleber Bispo dos. *Acordo de leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção* cit., p. 138.

⁷⁰ Modesto Carvalhosa faz uma contundente crítica da transcrição quase que literal da legislação antitruste pelo art. 16 da Lei n.º 12.846/2013 para defender que esses requisitos não seriam obrigatórios para a celebração do acordo de leniência: “Pelo fato do legislador, de maneira bisonha, transcrever literalmente os procedimentos próprios do pacto de leniência na área dos cartéis, constantes da referida Lei do Cade de 2011 – que, por sua vez, transcreveu literalmente os procedimentos da legislação antitruste norte-americana sobre a matéria – existem algumas regras canhestras na presente Lei que devem ser consideradas não escritas face à sua inaplicabilidade à pactuação do acordo de leniência tratado no Capítulo V”. Após sustentar a impropriedade da imposição dos requisitos do art. 16, § 1.º, I, II e III, conclui que o “que deve constar necessariamente do instrumento do pacto de leniência é o disposto do § 3.º do art. 16, de que sua celebração não isenta a pessoa jurídica de reparar o dano causado ao Poder Público, mediante o devido processo judicial de que trata o Capítulo VI da presente Lei” (*Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas*: Lei 12.846 de 2013 cit., p. 382, 383 e 388).

ilícito sob apuração, conforme art. 16, II e § 1.º, III, da Lei 12.846/2013 [...] acarretarão consequências fatais à pessoa jurídica (e seus dirigentes, pessoas físicas, porventura envolvidos na prática infracionária), tornando inexorável a condenação nessas outras esferas, considerada a proximidade descritiva (fatos típicos) dessas condutas delituosas tipificadas nas várias facetas do direito sancionador estatal, até o que estabelece o seu art. 30.⁷¹

A contrapartida oferecida pela assunção de culpa, ou seja, os benefícios do acordo de leniência estão dispostos no § 2.º do art. 16 da Lei n.º 12.846/2013 e consistem na isenção das penas de publicação extraordinária da decisão condenatória e de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações e empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, além da redução em até dois terços do valor da multa aplicável. Também há possibilidade de isenção ou redução de sanções previstas nos artigos 86 a 88 da Lei n.º 8.666/1993,⁷² conforme previsão do artigo 17 da LAC. O acordo ainda poderá servir de atenuante das demais sanções passíveis de aplicação na órbita judicial, tendo em vista que a colaboração tem repercussão nos parâmetros de dosimetria das penas, nos termos do artigo 7.º, VII, da LAC, além de admitir sua extensão às pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o instrumento conjuntamente (artigo 16, § 5.º, da LAC).

Embora tais benefícios sejam importantes, inexistente, como já dito, qualquer efeito mitigador do acordo de leniência da LAC na esfera penal.

Isso torna forçoso concluir que os benefícios previstos não se revelam muito atrativos para a adoção do instrumento de consensualidade, na medida em que se exige a confissão dos ilícitos que produz consequências drásticas para o colaborador.

Nesse contexto, a celebração do acordo de leniência na esfera administrativa – que foi a única de que tratou o art. 16 da Lei n.º 12.846/2013 – enfrenta obstáculos pelos riscos gerados ao colaborador. Para garantir mais segurança e atenuar os riscos, um caminho possível para o colaborador consiste na pactuação de acordo em juízo, buscando-se a participação do Ministério Público, pois, embora o texto da lei seja silente a respeito do acordo judicial, não se verifica qualquer óbice a tanto, tendo em vista que está assentada pela LAC e pelo ordenamento

⁷¹ MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. *Acordo de leniência & a Lei de Improbidade Administrativa* cit., p. 198.

⁷² Com a aprovação da nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n.º 14.133/2021), as sanções a serem reduzidas ou extintas são aquelas de seu artigo 156.

jurídico, de modo geral, a possibilidade de transação sobre as imputações de condutas corruptivas ou fraudulentas.

Ainda sobre a questão do reconhecimento do ilícito, deve o interessado adotar cautelas para que isso ocorra apenas no momento da formalização do acordo pela autoridade competente, considerando que isso depende da realização de etapas antecedentes, nas quais a Administração deverá examinar, além do interesse na negociação, o preenchimento dos requisitos legais necessários do artigo 16, § 1.º, da LAC.⁷³

Na fase de tratativas, descabe exigir a confissão dos ilícitos, considerando-se o risco de sérios prejuízos ao exercício do direito de defesa se a proposta de acordo acabar rejeitada, pelo não preenchimento de requisitos ou pela discordância com relação às cláusulas e efeitos do ajuste.

Mesmo que a LAC preveja, no artigo 16, § 7.º, que a proposta de acordo de leniência rejeitada não importe em reconhecimento da prática do ilícito, uma eventual confissão externada prematuramente na fase de tratativas certamente exercerá influência na autoridade encarregada de julgamento do processo administrativo de responsabilização, o que se revela tanto mais delicado pelo fato de a mesma entidade concentrar as funções de acusação e julgamento das condutas.

Além disso, durante as tratativas de negociação, o interessado deve indicar elementos probatórios ou entregar amostras de provas documentais que comprovem o ilícito e a eventual participação de outros envolvidos para demonstrar a vantajosidade do acordo para a Administração.

Conquanto tais elementos probatórios, em tese, não possam ser utilizados pela autoridade processante no julgamento, à qual incumbirá devolvê-los ao interessado,⁷⁴ evidentemente será difícil ignorar o conhecimento de seu teor, especialmente se dele resultar a

⁷³ Cabe observar que a negociação do acordo de leniência possui rito de relativa complexidade nos termos do Decreto n.º 11.129, de 11 de julho de 2022, que regulamenta a Lei n.º 12.846/2013 e revogou o Decreto n.º 8.420, de 18 de março de 2015. A aceitação da proposta de acordo está sujeita a juízo de admissibilidade destinado a verificar “elementos mínimos que justifiquem o início da negociação” (artigo 39 do Decreto n.º 11.129/22), o qual, sendo positivo, ensejará a celebração de memorando de entendimentos para definir os “parâmetros da leniência” (§ 1.º). Observe-se que o memorando de entendimentos poderá ser “resilido a qualquer momento, a pedido da pessoa jurídica ou a critério da administração pública federal” (§ 2.º). Portanto, a confissão do ilícito deve aguardar a formalização do próprio acordo de leniência e não poderia ser imposta nem mesmo na fase de memorando de entendimentos, por seu caráter precário.

⁷⁴ O Decreto Federal n.º 11.129/2022 prevê, em seu artigo 43, § 2.º, que na hipótese de frustração da proposta de acordo “a administração pública federal não poderá utilizar os documentos recebidos durante o processo de negociação de acordo de leniência”.

plena confirmação dos ilícitos investigados. Também não se pode olvidar a possibilidade de retenção informal de cópias desses documentos para abertura de novas frentes de investigação e utilização do material, por via oblíqua, para a fundamentação da condenação dos envolvidos.⁷⁵

Esse aspecto bem evidencia a situação de vulnerabilidade dos interessados no acordo de leniência, diante da combinação de um acordo com finalidade probatória, no qual se exige, como condição de celebração, a confissão dos ilícitos. E, para reforçar esse quadro de acentuado risco, a celebração do acordo, além dos requisitos obrigatórios previstos no § 1.º, depende de uma avaliação discricionária de interesse do órgão acusador, tendo em vista a redação do *caput* do artigo 16 da LAC, no qual se prevê que a “autoridade máxima de cada órgão *poderá* celebrar acordo de leniência”. Essa mesma redação foi adotada para o ANPC, traduzindo competência discricionária, que será objeto de estudo detalhado mais adiante.⁷⁶

Os elevados riscos fulminam, inevitavelmente, a atratividade do acordo de leniência, tal como concebido no regime da LAC.

Na questão da legitimidade para a celebração do acordo de leniência, verifica-se que a LAC reservou-a à autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública, o que se justifica tanto pela relevância do bem jurídico tutelado quanto pela necessidade de manejo de poderes sancionatórios relacionados com penalidades de extrema gravidade. A exceção se dá no âmbito do Poder Executivo federal e nos atos praticados contra a Administração Pública estrangeira, para os quais a Controladoria-Geral da União (CGU) foi investida de poderes para a celebração do acordo (cf. artigo 16, § 10, da LAC), o que também se legitima em face da especialização e da capacitação do órgão nessa matéria, além da evidente inadequação de se atribuírem competências relacionadas a acordos de leniência ao Presidente da República.

A finalidade principal do acordo de leniência da Lei Anticorrupção reside, como já destacado, na obtenção de elementos probatórios da conduta ilícita praticada. A lei prevê o fornecimento de “informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração” (art. 16, II), o que indica a existência de um *standard* probatório elevado, cabendo aos agentes públicos

⁷⁵ Kleber Bispo dos Santos colaciona o posicionamento crítico de copiosa doutrina sobre a abordagem desse tema na LAC (*Acordo de leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção* cit., p. 143-145).

⁷⁶ Predomina na doutrina a posição de que não há direito subjetivo ao acordo de leniência da LAC, conforme doutrina colacionada por Renata Lane, para quem “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 ‘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” (*Acordos no domínio da improbidade administrativa* cit., p. 212).

encarregados da negociação avaliar criteriosamente os elementos apresentados pelo interessado.

Não seria, nesse contexto, suficiente ao acordo o oferecimento de elementos meramente indiciários de prova. As evidências de materialidade e autoria devem ser capazes de determinar os envolvidos, o nível de sua participação e as consequências econômicas advindas da ilicitude, o que se revela indispensável até mesmo pela necessidade de reparação integral do dano causado, como sinalizado pelo § 3.º do art. 16 da Lei n.º 12.846/2013.

A qualidade da prova, porém, não deve ser medida pela necessidade de condenação de outros agentes eventualmente envolvidos, haja vista, em primeiro lugar, que o acordo é eficaz desde sua celebração e não depende de julgamento ulterior, como ocorre com o acordo da legislação antitruste. Ademais, esses outros agentes eventualmente envolvidos podem ser beneficiados por questões prescritivas ou excludentes de ilicitude, sem qualquer relação com os elementos probatórios fornecidos no bojo do acordo de leniência.

Pretende-se com o acordo de leniência, primordialmente, assegurar o resultado útil do processo, tal como dispõe o § 4.º, *in fine*, do art. 16 da Lei n.º 12.846/2013. Nas palavras de Modesto Carvalhosa, o acordo de leniência consiste em:

[...] promessa pactuada de diminuição das penalidades vinculada a um condição resolutive de resultado, ou seja: somente 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.⁷⁷

Há cautelas a serem observadas relativamente à persecução de agentes que tenham sido implicados em razão de fatos apresentados pelo signatário do acordo de leniência. A responsabilização de outros envolvidos jamais poderá ter por embasamento, exclusivamente, os fatos demonstrados pelo colaborador ou documentos unilaterais por ele fornecidos, sob pena de grave violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Valem, para o processo administrativo de responsabilização, as mesmas garantias vigentes no direito penal, que impedem a condenação fundamentada apenas com base na colaboração premiada, tendo em

⁷⁷ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846 de 2013 cit.*, p. 371.

vista o interesse do colaborador na punição de outros agentes para obter os benefícios negociados.

Nesse sentido, constata Nefi Cordeiro a necessidade de que o direito administrativo sancionador observe as garantias do direito penal:

A vedação à admissão de culpa e de restrições de direitos por provas unilaterais do colaborador vem na lei limitada à persecução criminal. A admissão atual a um direito sancionador pela doutrina e tendente jurisprudência faz aproximar das punições administrativas a necessidade de observância dos princípios penais e processuais penais. Assim, é plenamente admissível e recomendável que sejam adotadas as restrições probatórias também na seara administrativa.

Não poderá o réu ser criminalmente atingido ou condenado apenas pela versão do delator; igual compreensão caberá para evitar a imposição de multas administrativas, afastamentos da função e punições disciplinares, por órgãos controladores ambientais, tributários e corregedorias.

Além da culpa final, criminal ou administrativa, deverá também a restrição de admissibilidade para gravames quaisquer, mesmo cautelares, aplicar-se também na seara administrativa sancionatória. É a imposição de limitação de valoração da prova e de sua admissibilidade para gravames em qualquer esfera punitiva estatal.⁷⁸

Tendo como principal objetivo a comprovação das ilicitudes, o não oferecimento dos elementos probatórios indicados pelo colaborador no termo de acordo implica, inevitavelmente, seu descumprimento, o que sujeita o pactuante ao impedimento de celebração de novo acordo pelo prazo de três anos⁷⁹, além da perda dos benefícios de atenuação ou redução de sanções. Outras condições específicas para o descumprimento poderão ser pactuadas no termo de acordo, para suplementação da concisa regra posta na lei.

Ademais, o descumprimento do acordo poderá suscitar a propositura de ação judicial da responsabilização, a qual prevê penalidades mais graves que aquelas aplicáveis na esfera administrativa. Na ação judicial, poderão ser utilizados como elementos de prova a confissão da ilicitude e todos os documentos eventualmente oferecidos como condição de celebração do acordo de leniência.

Essa breve análise dos institutos de consensualidade previstos nas Leis n.º 12.529/2011 e n.º 12.846/2013, que adotam igual denominação de ‘acordo de leniência’, mostra a absoluta

⁷⁸ CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada*: atualizada pela lei anticrime. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 165.

⁷⁹ Tendo em vista a previsão de inscrição das sanções no Cadastro Nacional das Empresas Punidas (CNEP) e a redação legal, Kleber Bispo dos Santos defende que a impossibilidade de celebração de novo acordo compreende as entidades dos poderes da União, Estado, Distrito Federal e Municípios (*Acordo de leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção* cit., p. 152).

identificação dos institutos, concebidos sob as mesmas regras e finalidades. Trata-se de acordos que observam a modelagem probatória, cuja celebração não atina com o objetivo de terminação consensual do processo sancionatório, mas sim para garantir a efetividade do sistema punitivo, por intermédio de obtenção de elementos para a comprovação das condutas ilícitas e responsabilização dos envolvidos.

Os requisitos exigidos para a celebração do acordo de leniência da Lei Anticorrupção, portanto, seguem a racionalidade específica do sistema brasileiro de defesa da concorrência, voltado a coibir ilícitos anticompetitivos complexos, cuja apuração eficiente exige a atuação colaborativa de infratores.

Um aspecto que diferencia os acordos reside na reparação dos prejuízos causados. Na Lei Antitruste, essa questão não é aventada nos dispositivos legais que tratam do acordo de leniência, enquanto na Lei Anticorrupção foi ressalvada a impossibilidade de o acordo de leniência eximir a pessoa jurídica da reparação plena dos danos, no já citado art. 16, § 3.º.

Eis um aspecto que denota a diversidade das finalidades dessas duas legislações, pois a defesa do livre mercado nem sempre compreende a tutela do patrimônio público (salvo quando a atuação cartelizada se dá em contratos públicos) e o dimensionamento dos prejuízos envolvidos pelas condutas anticompetitivas é de difícil mensuração. Nos ilícitos de corrupção ou fraude praticados contra a Administração Pública, sobressai a recomposição do erário e do interesse da coletividade como objetivos do acordo, o que também ocorre no regime da Lei de Improbidade Administrativa.

O ANPC, nos moldes em que foi concebido pela Lei n.º 14.230/2021, assenta-se sob premissas e objetivos distintos dos acordos de leniência, o que se evidencia até mesmo pelo título dado ao instituto. O acordo de não persecução transmite a ideia de que a intenção do legislador não está na obtenção de elementos de prova e na negociação de penalidades, mas sim na criação de um acordo que evite ou permita o encerramento imediato de uma persecução de improbidade administrativa, tendo em conta o objetivo primordial de reparação de eventuais danos causados ao erário.

Para além do título, é importante examinar os resultados e requisitos exigidos na lei de regência do ANPC, a fim de que sejam devidamente assinaladas as proximidades e as diferenças entre os três institutos de consensualidade estudados.

4 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL

Neste capítulo, serão examinadas as características essenciais do ANPC, o que permitirá uma comparação mais precisa com os institutos precedentes, analisados no capítulo anterior.

Isso se dará a partir da análise do art. 17-B da Lei n.º 14.230/2022, que estabeleceu os contornos essenciais do ANPC, com marcadas diferenças para o acordo de leniência da Lei Antitruste e o acordo de leniência da Lei Anticorrupção. Como será visto adiante, o aspecto principal do ANPC reside na simplificação dos requisitos necessários ao acordo, o que pode favorecer a aplicação da solução consensual nos conflitos no domínio da improbidade administrativa.

Além desse quadro normativo favorável, cabe o registro de que a interpretação do ANPC está a merecer um enfoque um pouco diverso da maioria dos estudos que foram objeto de nossa pesquisa, nos quais o acordo é encarado precipuamente como instrumento adicional de repressão da improbidade administrativa e de coleta de provas, destinado a garantir os melhores resultados na responsabilização de agentes ímprobos.

O ANPC poderá ter, sem dúvida, essa finalidade, mas a pretensão deste estudo é de analisá-lo com outra lente, ou seja, como um método de resolução de controvérsias e de pacificação social, que se alinha com as diretrizes da política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos,⁸⁰ aplicável aos casos envolvendo a improbidade administrativa. Nesse sentido, esse novo instrumento de consensualidade alinha-se com o estágio atual das competências do Ministério Público, considerando-se as fases evolutivas do Ministério Público brasileiro, primeiro atuando como acusador penal, depois como acionador da máquina judicial, até chegar à Constituição Federal de 1988, que lhe deu competências mais amplas, impondo-lhe uma postura democrática e participativa que exige contribuição na pacificação de conflitos pela via extrajudicial.⁸¹

⁸⁰ Tema da Resolução n.º 118, de 1.º de dezembro de 2014, do CNMP, apoiada nos vários dispositivos legais que conferem legitimidade de soluções autocompositivas e na qual se afirmou a relevância de uma “cultura da paz, que priorize o diálogo e o consenso na resolução dos conflitos, controvérsias e problemas no âmbito do Ministério Público”. A política de solução consensual de conflitos também é tema da Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

⁸¹ ZENKNER, Marcelo. Ministério Público e solução extrajudicial de conflitos. *In*: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 322.

Predomina na essência do ANPC, portanto, seu caráter de instrumento de consensualidade, de modo que sua finalidade primeira é evitar ou encerrar antecipadamente um litígio, o que poderá incluir responsabilizações, a depender da evolução das tratativas entre as partes. O ANPC seria, antes de tudo, um instrumento transacional de consensualidade, ou seja, um “método pelo qual as partes chegam, por meio de tratativas, a um acordo fundado sobre compromisso entre as respectivas posições”.⁸²

A posição ocupada pelo Ministério Público no ANPC não é a mesma da Administração, nos acordos por esta celebrados em matéria de direito administrativo sancionador. A Administração é investida dos poderes de acusar e julgar as condutas dos administrados, além de aplicar as sanções cabíveis. A adoção de uma solução consensual no âmbito de processo punitivo da Administração Pública significa, portanto, a negociação da prerrogativa sancionatória entre Administração e administrado.⁸³

No caso do ANPC, deve-se considerar que o Ministério Público não detém a prerrogativa sancionatória, e sim o poder (imbricado com o dever) de atuar em defesa do patrimônio público. O reconhecimento da existência de ato de improbidade administrativa e a aplicação das sanções a ele correspondentes incumbem privativamente ao Poder Judiciário.⁸⁴

Nesse aspecto, o ANPC não deriva de uma relação verticalizada, mas entre duas partes que, *a priori*, encontram-se no mesmo plano e reputam conveniente negociar as respectivas posições processuais em autêntica transação. A evolução das tratativas e a modelagem de um eventual acordo dependerão da estratégia das partes, a ser estabelecida a partir de elementos de prova, da gravidade das imputações e de avaliação das chances de sucesso de cada uma delas.

O que se observa na maior parte dos estudos publicados sobre o ANPC, assim como de sua regulamentação infralegal, é a existência de uma premissa de que a celebração de um acordo pressupõe o cometimento da improbidade, ou seja, que o investigado se submete ao acordo para mitigar os efeitos do ato ímprobo que praticou.⁸⁵

⁸² Artur César de Souza apresenta tal conceituação de conciliação, com base na doutrina italiana, em seus comentários ao art. 334 do Código de Processo Civil (*Código de Processo Civil*: anotado, comentado e interpretado: parte especial (arts. 318 a 692). São Paulo: Almedina, 2015. v. II, p. 107).

⁸³ PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e acordo na administração pública* cit., p. 277.

⁸⁴ STF, RMS 24.699, Rel. Min. Eros Grau, j. 30.11.2004, DJ 1.º.07.2005.

⁸⁵ A existência de vários regulamentos no âmbito do Ministério Público exigindo a admissão do ilícito para o ANPC, os quais serão adiante examinados, decorre dessa premissa. Ela também fica sintetizada no seguinte trecho de dissertação de mestrado de Julizar Barbosa Trindade, ao afirmar: “[...] subjaz a todo ANPC a descrição de um grave – e agora doloso – ato ilícito, razão pela qual caberá unicamente ao MP considerar se um ajuste liberatório de todas as sanções atenderia, ou não, ao melhor interesse público” (*O acordo de não*

O interesse em um acordo, entretanto, poderá ser manifestado por aquele que tenha atuado com ilicitude, mas sem improbidade, ou mesmo em casos nos quais a própria ilicitude da conduta não esteja perfeitamente caracterizada. O próprio conceito de improbidade administrativa é fluido e pode despertar dúvidas acerca de sua aplicabilidade diante das peculiaridades de cada caso concreto. Nesse sentido, registrou o Min. Dias Toffoli: “[...] é fato que a expressão *ato de improbidade* traz em si um sentido amplo, genérico, o que dificulta a determinação, *a priori*, dessa espécie de ato”.⁸⁶ A esse quadro soma-se a importante advertência de Luciano Ferraz de que “existe uma tendência subliminar, talvez inconsciente, de se punir por improbidade administrativa atos ilegais que não contam com violações dos deveres de lealdade, honestidade e boa-fé”.⁸⁷

Trata-se de um aspecto de relevo para a análise do ANPC, porquanto uma acusação formulada pode carecer de uma perfeita caracterização da presença da improbidade administrativa, seja pela conformação apresentada pelo representante do *Parquet*, seja ainda pelas circunstâncias fáticas ou jurídicas que envolvem o caso.

Em tais casos, para o investigado poderá ser vantajoso compor-se com o Ministério Público, em vez de enfrentar o calvário de uma longa ação judicial, com todos os riscos a ela inerentes,⁸⁸ o que torna o ANPC instrumento adequado para os casos complexos, em que o tema de fundo careça de uma perfeita disciplina legal, ou que a apuração dos fatos, sua

persecução cível na ação de improbidade administrativa. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021). A mesma trilha é seguida por Leonardo Bellini de Castro ao sustentar que “para a eventual formalização de acordo se impõe, de início, que se tenha elucidado a prática de eventual ato de improbidade administrativa e, bem assim, que tenha sido identificado o seu responsável ou responsáveis” (O novo regramento legal do acordo de não persecução cível cit., p. 644). Para Wallace Paiva Martins Júnior, o cometimento da improbidade é pressuposto do acordo, ao afirmar que “Ponto de partida é a confissão, a admissão de culpa *lato sensu* e a responsabilidade pela prática de ato de improbidade, sujeitando-se às sanções estipuladas” (Acordo de não persecução civil cit., p. 628). Em dissertação anterior à Lei n.º 14.230/2021, Renata Lane afirmava que o acordo deveria prever alguma sanção, por se tratar de uma decorrência da improbidade prevista na Constituição Federal de 1988, embora admitisse que a lei poderia afastar as sanções, o que poderia ser feito em virtude da consensualidade (*Acordos no domínio da improbidade administrativa* cit., p. 173).

⁸⁶ Voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 656.558/SP, *leading case* do Tema n.º 309 do STF – Alcance das sanções impostas pelo art. 37, § 4.º, da CF/1988 aos condenados por improbidade administrativa. Grifos no original.

⁸⁷ FERRAZ, Luciano. *Controle e consensualidade* cit., p. 172.

⁸⁸ Antes da previsão legal de acordo no âmbito da improbidade, a solução consensual era, em alguns casos, prevista em regulamentos ministeriais para atos de “menor potencial ofensivo”. Nesse sentido era a redação do art. 3.º, I, da Resolução n.º 015/2018 do Colégio de Procuradores de Justiça (CPJ) do Ministério Público do Estado de Sergipe, o qual teve sua redação alterada pela Resolução n.º 010/2019 – CPJ, para excluir a previsão de atos de menor potencial ofensivo. No caso do Ministério Público do Estado de Tocantins, o art. 42, I, da Resolução 05/2018 do Conselho Superior ainda não foi atualizado e continua a prever o cabimento na hipótese de ato de menor potencial ofensivo, além do acordo visando a colaboração do investigado para desvendar o ilícito e seus partícipes (inciso II).

dimensão e, principalmente, sua qualificação, não possam ser aprioristicamente determinadas.⁸⁹

Na vida prática, existem várias situações em que a tipificação de um ato como ímprobo ostenta certo grau de subjetividade, como a contratação temporária de servidores sem concurso público, fora dos parâmetros constitucionais e legais, em caso de extrema necessidade. Nesse e em vários outros casos, o caráter ímprobo do ato pode ser amplamente discutido e somente a dialética processual, a produção de provas e o livre convencimento do juiz determinarão se existiu improbidade. Essa conclusão só poderá ser obtida ao final do processo, por um juiz imparcial,⁹⁰ e o simples fato de o investigado negociar um ANPC nessas hipóteses não deveria torná-lo automaticamente um agente ímprobo confesso.

Assim, está claro que o ANPC é um instrumento de terminação antecipada de litígio, devendo ser interpretado sem concepções previamente definidas, sob pena de frustração de sua efetividade.

4.1 Natureza jurídica do ANPC

Toda a disciplina do ANPC está abrigada pelo art. 17-B da Lei n.º 8.429/1992, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 14.230/2021. Esse único dispositivo concentra poucas regras para o acordo, simplificando-o e, por consequência, ampliando a margem de negociação entre as partes. A vontade do legislador parece ter sido a de conceder maior espaço para que as partes pudessem se compor e estabelecer o alcance e a eficácia do ANPC.⁹¹

⁸⁹ Em artigo tratando do TCC da Lei Antitruste, Fernando Antonio de Alencar Alves Oliveira Júnior sustenta que: “[...] havendo dúvidas quanto à própria ilicitude da conduta e/ou suficiência de provas para uma condenação, haverá maior espaço para negociar um TCC” (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*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 384).

⁹⁰ Nesse sentido, anotam Napoleão Nunes Maia Filho e Mário Henrique Goulart Maia o elevado papel do magistrado, cuja atuação ocupa o centro do processo judicial “porquanto é ele que, pela sua postura de garantir os direitos das pessoas litigantes, dá-lhe vitalidade e energia, sentido e dignidade [...]” (*O poder administrativo sancionador: origem e controle jurídico*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 62).

⁹¹ Esse seria o espaço de autorregramento de vontades, conforme a lição doutrinária: “O espaço de autorregramento da vontade é aquele deixado pelo sistema jurídico, que confere aos sujeitos o poder de escolha, e menor ou maior medida, das categorias eficáciais e, no que for possível, de estrutura e conteúdo das relações jurídicas, sempre dentro dos limites estabelecidos pelo sistema. Em nenhum âmbito do direito, pode-se falar em autorregramento sem limites; ao contrário, o autorregramento pressupõe um espaço atribuído e limitado pelo sistema” (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, v. 17, n. 67, p. 112, jan./mar. 2017).

A liberdade de negociação é consentânea com o princípio da independência funcional que assiste aos membros do Ministério Público. No desempenho de suas funções, o membro do *Parquet* atua em conformidade com sua convicção pessoal, sem subordinação de caráter hierárquico relativamente à condução dos casos sob sua responsabilidade. A multiplicidade dos aspectos a serem examinados em cada caso concreto para a avaliação da vantajosidade e da presença de interesse público em um acordo em matéria de improbidade torna relevante o reconhecimento do espaço de atuação e de negociação da autoridade que preside o inquérito civil ou que propôs a ação.

Em outro polo, a liberdade de negociação seria favorecida, ao menos em princípio, pelo desenho legal do ANPC, ao qual foram irrogados poucos requisitos para sua formalização.

Daí por que, considerada essa margem de liberdade atribuída às partes, pode-se categorizar o ANPC como negócio jurídico material, voltado a ajustar a terminação de uma acusação de improbidade. Esse conceito é relevante para demonstrar que o acordo concebido pela Lei n.º 14.230/2021 não tem como finalidade exclusiva a repressão da improbidade, tampouco insere-se como mecanismo de eficiência probatória na persecução da improbidade administrativa.

O objeto do acordo se dará com relação ao ressarcimento de prejuízos imputados ao patrimônio público (caso tenham ocorrido), além do eventual ajustamento de sanções e de outras obrigações, que podem incluir obrigações de fazer. Pelo conteúdo do ANPC, que *poderá* abrigar questões patrimoniais, sancionatórias e a imposição de restrição de direitos ao investigado, torna-se claro que se trata de um negócio jurídico material. Isso não impede que, eventualmente, nele também sejam incluídas disposições de caráter processual, quando celebrado no curso do processo judicial, de modo a introduzir cláusulas como a renúncia a prazos recursais, entre outras.

O ANPC reúne elementos do instituto da transação, do art. 840 do Código Civil, pois nele está abarcado o propósito principal de prevenção ou terminação do conflito, mediante o oferecimento de concessões mútuas.⁹²

⁹² DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBI, Eduardo. Solução extrajudicial de conflitos na proteção do patrimônio público e da probidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 107, v. 994, p. 53, ago. 2018. No mesmo sentido, Marçal Justen Filho: “O acordo de não persecução civil apresenta natureza transacional, configurada pela existência de concessões recíprocas. Em sua configuração essencial, aproxima-se de uma transação destinada a prevenir ou a encerrar litígios” (*Reforma da Lei de Improbidade Administrativa comentada e comparada*: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 206). A

A essa conclusão se chega pelos requisitos impostos ao ANPC, marcadamente diversos dos instrumentos de consensualidade previstos na Lei Anticorrupção ou na Lei de Defesa da Concorrência. Em tais diplomas, o acordo insere-se em um escopo de otimização da colheita de provas necessárias ao desvendamento dos ilícitos. Pelo acordo, o órgão acusador renuncia ao pleno exercício de seus poderes sancionatórios, diante do oferecimento de elementos probatórios da conduta investigada (cf. arts. 16 da Lei n.º 12.846/2013 e 86 da Lei n.º 12.529/2011).

O ANPC não tem essa finalidade de otimização dos meios de prova de persecução de ilícitos da improbidade, uma vez que sua celebração não depende, pelo texto do art. 17-B, de cooperação do investigado. Isso poderá eventualmente ocorrer dentro das características do caso concreto e das negociações estabelecidas entre o Ministério Público e o investigado, mas não figura como requisito legal para a celebração do ANPC.

Afastado o escopo precípua de obtenção de provas no acordo, pode-se concluir que sua finalidade principal é a terminação consensual do conflito. Nesse sentido, ao examinar as finalidades dos diferentes instrumentos de consensualidade, Sofia Cavalcanti Campelo esclarece que:

[...] no acordo celebrado como forma de solucionar o conflito, não há qualquer exigência de colaboração com as investigações, tampouco necessidade de se aferirem os resultados dessa cooperação, como se verifica nos acordos de colaboração e leniência. Assim, sendo esta a opção legislativa, pode-se, por exemplo, optar por abrandar as sanções da LIA pela simples disposição do réu de não contestar a ação e de reparar os danos. Nesse cenário, a autonomia dada às partes pode ser muito maior, sem a necessária submissão a regramento legal

posição de Wallace Paiva Martins Júnior é de que “A natureza jurídica do acordo de não persecução civil é de convenção” (Acordo de não persecução civil cit., p. 629). Leonardo Bellini de Castro entende que “o acordo de não persecução cível se nos afigura como um negócio jurídico do tipo transação, sendo o consenso bilateral derivado de concessões mútuas sua nota fundamental” (O novo regramento legal do acordo de não persecução cível cit., p. 647). Para Marcelo Figueiredo, “o acordo de não persecução civil apresenta natureza claramente transacional, por intermédio de concessões recíprocas” (Acordo de não persecução civil na nova Lei de Improbidade Administrativa. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de (org.). *Lei de Improbidade Administrativa reformada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 659). Na mesma linha, veja-se a redação do § 1.º do art. 177 do Ato CGMP n.º 2, de 28 de março de 2022, do Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais: “§ 1.º Por depender da manifestação de vontade de ambas as partes, o ANPC tem natureza de negócio jurídico”. Também pode ser citado o art. 73, *caput*, da Resolução n.º 11, de 11 de abril de 2022, do Órgão Especial do Colégio de Procuradores do Ministério Público do Estado da Bahia, no qual se estabelece explicitamente que o acordo de não persecução cível tem natureza de negócio jurídico. Posição diversa é trilhada por Rita Tourinho, que considera o ANPC “uma espécie do gênero compromisso de ajustamento de conduta aplicável especialmente às questões envolvendo a possível prática de ato de improbidade administrativa e que deve versar sobre a imposição de uma ou algumas das sanções previstas na Lei Federal n.º 8.429/92” (Os acordos de não persecução cível na seara da improbidade administrativa e os impactos trazidos pela Lei n.º 14.230/2021 cit., p. 671).

pormenorizado como o fazem negócios jurídicos previstos na LAC e na Lei das Organizações Criminosas.⁹³

Outro aspecto que reforça a natureza transacional do ANPC é a possibilidade de sua celebração mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 17-B, § 4.º, da Lei n.º 8.666/1993), tema que, no entanto, deve ser examinado com algumas restrições, como será visto adiante.

Assim, é possível concluir, em conformidade com a disciplina do art. 17-B da LIA, que o ANPC constitui negócio jurídico material, cuja finalidade principal é a prevenção ou o encerramento de um litígio.

Da parte do Ministério Público, haverá concessões a respeito da possibilidade de persecução do ato reputado ímprobo e de fazer incidir sobre ele todos os consectários definidos no art. 12 da LIA. Quanto ao investigado/réu, terá de renunciar ao direito de se defender, acatar o ressarcimento (se houver dano), além de se submeter imediatamente a eventuais sanções ou outras condições ajustadas com o Ministério Público.

Enfim, o ANPC é uma transação na qual “o papel desempenhado pelas partes assume nova feição, tendo-as como protagonistas efetivas da resolução dos conflitos”.⁹⁴ A solução adjudicatória do conflito, fixada pelo juiz, dá lugar ao encerramento consensual mediante concessões recíprocas das partes.

Feito o registro inicial da natureza jurídica do ANPC, serão analisados seus principais aspectos, na mesma sequência da redação do art. 17-B da Lei n.º 8.429/1992. O exame da disciplina legal do ANPC é importante para o enfrentamento do problema de pesquisa relacionado com a extensa disciplina infralegal criada por atos normativos do Ministério Público Federal e Ministério Público dos Estados.

⁹³ CAMPELO, Sofia Cavalcanti. Acordo em ação de improbidade administrativa: desafios atuais e perspectivas para o futuro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1.011, p. 38, jan. 2020.

⁹⁴ DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBI, Eduardo. Solução extrajudicial de conflitos na proteção do patrimônio público e da probidade administrativa cit., p. 52. Para Fernando da Fonseca Gajardoni, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto: “Estamos convictos de que tais acordos são instrumentos *sui generis* no universo jurídico brasileiro, tendo natureza mista. Apesar de não restar dúvida de que se trata de negócio jurídico material, cujo foco de acerto é a reparação do dano e sancionamento do agente ímprobo, nele se encontram traços do acordo de composição civil dos danos do art. 74 da Lei 9.099/95 (com exclusão do cabimento da improbidade administrativa), de termo de ajustamento de conduta do art. 5.º, § 6.º, da Lei 7.347/85 (com formação de título executivo contra o celebrante, ainda que judicial), e de acordo de não persecução penal do art. 28-A do CPP ou acordo de leniência do art. 16 da Lei 12.846/2013 (com aceitação voluntária de sanções pela prática do ato)” (*Comentários à nova Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 380).

4.2 Disciplina do ANPC na Lei n.º 8.429/1992

Como nota preliminar, é necessário esclarecer que a análise do ANPC feita adiante considera os acordos realizados pelo Ministério Público, que ostentava legitimidade privativa para a propositura da ação de improbidade administrativa e, por conseguinte, para a celebração de acordos com os investigados/acusados, nos termos da cabeça dos arts. 17 e 17-B da Lei n.º 8.429/1992, com a redação que lhes foi conferida pela Lei n.º 14.230/2021. Em julgamento concluído na data de 31 de agosto de 2022, o STF julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos por entidades que representam a Advocacia Pública na ADI 7.042/DF, relator o Min. Alexandre de Moraes, de modo a restabelecer a legitimidade concorrente entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação de improbidade administrativa e para a celebração do ANPC.

No julgamento, foi declarada a

[...] inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do *caput* e dos §§ 6.º-A e 10-C do art. 17, assim como do *caput* e dos §§ 5.º e 7.º do art. 17-B da Lei 8.429/1992, na redação dada pela Lei 14.230/2021, de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil.

Em virtude do julgamento do STF, as entidades públicas lesadas poderão novamente celebrar o ANPC, tal como ocorreu na época da criação do instituto pela Lei n.º 13.964/2019, que suscitou, inclusive, a edição de atos normativos infralegais regulamentares de tais entes, de que é exemplo a Portaria Normativa n.º 18, de 16 de julho de 2021, da Advocacia-Geral da União.

O presente trabalho, no entanto, adota como recorte de pesquisa os acordos realizados pelo Ministério Público, que continua a ostentar a condição de legitimado principal da ação de improbidade administrativa e que sempre foi o protagonista na persecução dos atos de improbidade, conforme registrado na introdução deste estudo.⁹⁵ O Ministério Público possui

⁹⁵ Esse aspecto é registrado por Rita Tourinho em recente artigo publicado após o advento da Lei n.º 14.230/2021, mas anterior ao julgamento do STF. Tratando da legitimidade ativa exclusiva do *Parquet*, agora derrubada pelo STF, a autora pontuou a prevalência do manejo da ação de improbidade administrativa pelo Ministério Público na redação original da Lei n.º 8.429/1992: “[...] embora a redação original da Lei n.º 8.429/1992 atribuísse legitimidade *ad causam* ao Ministério Público e à pessoa jurídica interessada (art. 17, *caput*), a iniciativa ministerial vinha se sobressaindo, diante do pequeno número de ações propostas pelos entes interessados em comparação às milhares de ações intentadas pelo Ministério Público” (Os acordos de não persecução cível na seara da improbidade administrativa e os impactos trazidos pela Lei n.º 14.230/2021 cit., p. 673).

melhor aparelhamento para esse mister, derivado da experiência e de sua vocação institucional. A celebração de acordos por entidades lesadas deverá enfrentar alguns obstáculos e dificuldades e, possivelmente, exigirá a participação do Ministério Público, como requisito indispensável de eficácia e segurança jurídica.

As referências apresentadas adiante, desse modo, consideram exclusivamente os acordos feitos pelo Ministério Público, em conformidade com os objetivos traçados para o presente trabalho.

Feito esse registro inicial, observa-se que logo no *caput* do art. 17-B coloca-se o primeiro aspecto relevante para o ANPC, ao dispor que “O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil [...]”. Aqui está realçado o caráter discricionário da decisão do membro do Ministério Público encarregado da persecução/acusação,⁹⁶ que possui liberdade para avaliar se a negociação do ANPC possui vantagens e poderia atender ao interesse público, em lugar da propositura de uma ação de improbidade.

Na redação da Lei n.º 13.964/2019 (Pacote Anticrime) que criou o ANPC, não havia a mesma clareza, o que propiciou alguma divergência a respeito de um direito subjetivo do investigado ao acordo,⁹⁷ a qual nos parece, agora, superada.⁹⁸

⁹⁶ O uso da palavra ‘pode’ é forma usual de investidura de competência discricionária, como bem destacado por Celso Antônio Bandeira de Mello ao mencionar a relativa liberdade de um agente para “praticar ou não praticar o ato diante daquela situação (que é o que se passa quando a lei diz ‘pode’, ao invés de ‘deve’) [...]” (*Discricionariedade e controle judicial*. 2. ed. 11. tir. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 17).

⁹⁷ A regulamentação do ANPC no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo, pela Nota Técnica n.º 02/2020-PGJ/CAOPP, dispõe que inexistente direito público subjetivo do investigado ao acordo. Defendendo o direito público subjetivo ao acordo, em artigo publicado sob a égide da Lei n.º 13.964/2019: ZOCKUN, Maurício; MORETTINI E CASTELLA, Gabriel. Programas de leniência e integridade como novos instrumentos no direito administrativo sancionador hodierno. *In*: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (coord.). *Direito administrativo sancionador*. Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 423.

⁹⁸ Nesse sentido, podem ser citados Fernando da Fonseca Gajardoni, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto: “4. O acordo em improbidade não é direito público subjetivo do investigado/acusado. O Ministério Público ‘poderá’, conforme as circunstâncias do caso concreto, decidir se é recomendável, do ponto de vista da tutela dos direitos metaindividuais e da política institucional do órgão, a celebração do acordo” (*Comentários à nova Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021 cit.*, p. 382). No mesmo sentido a posição de Leonardo Bellini de Castro: “[...] não vislumbramos a existência de um direito subjetivo à celebração do acordo de não persecução cível, mesmo porque ausente previsão legal para eventual revisão de negativa desarrazoada. Tal conclusão deriva do sistema jurídico já adotado no tocante aos termos de ajustamento de conduta, os quais não constituem direito subjetivo público do investigado, tal qual diversas vezes consignado na jurisprudência” (O novo regramento legal do acordo de não persecução cível cit., p. 647).

A discricionariedade ministerial na avaliação de um eventual interesse público na celebração do ANPC, no entanto, exige adequada motivação, tanto se a opção for pela negociação quanto se a decisão for pela persecução do investigado.

A competência outorgada ao órgão ministerial para celebrar acordos na órbita da improbidade constitui verdadeiro dever-poder, instrumental ao atingimento de uma finalidade pública. Para explicitar como o interesse público será atingido pelo acordo, caberá ao membro do Ministério Público, em primeiro lugar, examinar os parâmetros do § 2.º do art. 17-B, quais sejam, “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, da rápida solução do caso”.

Todas as condições de que trata o dispositivo supratranscrito referem-se ao caso concreto e exigem análise específica e motivada, considerando a discricionariedade do membro do *Parquet* para negociar.

A gravidade de fatos investigados, por exemplo, pode ser invocada tanto para iniciar tratativas quanto para restringi-las, dependendo das circunstâncias concretas. Não há dúvidas de que a alta reprovabilidade de uma conduta seria um fundamento idôneo para a recusa do Ministério Público em negociar, porém um fato grave e complexo, de difícil apuração, também pode justificar um ANPC de modo a permitir uma pronta resposta estatal ao ilícito e viabilizar a eficiente reparação de prejuízos. Daí a importância de análise motivada da proposta de acordo, que deve encaminhar o enfrentamento das circunstâncias que singularizam o caso concreto, examinando-o à luz dos parâmetros do § 2.º do art. 17-B da Lei n.º 8.429/1992.

Entende-se que a motivação quanto ao interesse na celebração do ANPC também pode comportar outros aspectos relacionados com o órgão específico encarregado da persecução e, portanto, desvinculados do caso concreto. A existência de grande volume de investigações em andamento e a necessidade de direcionamento de esforços para casos mais graves, com maior dimensão financeira, seriam um exemplo de estímulo para a realização de tratativas pelo Ministério Público, tão relevante quanto os parâmetros do art. 17-B, § 2.º, da LIA.

De igual modo, pode-se concordar com a posição de Julizar Barbosa Trindade Júnior, de que a recusa em negociar impõe ao membro do Ministério Público o dever de motivação:

[...] a ausência de direito subjetivo à celebração de um ANPC não significa a ausência de direito à postulação e à negociação de um acordo. Por conseguinte, tem o Ministério Público o dever de expor motivadamente as

razões pelas quais as portas da consensualidade foram negadas aos investigados ou demandados.⁹⁹

Com efeito, a discricionariedade não pode ser confundida com arbítrio, de modo que o membro do Ministério Público não pode se recusar a negociar, sem qualquer exame do caso concreto e das condições previstas no artigo 17-B da LIA. Ainda que a manifestação de interesse no acordo represente competência discricionária do Ministério Público – tema que será tratado com mais detença adiante, no enfrentamento da temática da independência funcional –, é necessário que o representante do *Parquet* receba a proposta e sobre ela se manifeste, de modo fundamentado, até mesmo para que se evitem tratamentos desiguais com relação aos interessados no ANPC.¹⁰⁰ O eventual tratamento discriminatório na realização de negociação pode ser evidenciado – e também controlado – a partir da fundamentação adotada para a recusa em negociar ou mesmo na rejeição de proposta de celebração de ANPC.

Tem-se, portanto, que a exigência de motivação encontra justificativa na possibilidade de exercer o controle e coibir posturas irrazoáveis ou arbitrariedades do membro do Ministério Público encarregado da análise de proposta de ANPC. Trata-se de um “dever jurídico” de motivar, ao qual estão atreladas outras garantias do administrado, conforme esclarece Ciro Di Benatti Galvão:

[...] a obrigatoriedade de motivação funciona como um “dever jurídico”, que, objetivamente, condiciona a atuação administrativa, com a finalidade de possibilitar não somente ao particular uma melhor utilização de seu direito ao recurso contencioso administrativo (caso se sinta lesado), mas também

⁹⁹ TRINDADE, Julizar Barbosa. *O acordo de não persecução cível na ação de improbidade administrativa* cit., p. 165. Em alguns atos normativos tem sido exigida a motivação expressa da recusa de acordo, como se vê do Ato CGMP n.º 2, de 28 de março de 2022, do Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, art. 177, § 2.º: “§ 2.º Cabe ao órgão de execução do Ministério Público a análise, de ofício ou a pedido do interessado, quanto aos requisitos necessários para a propositura do ANPC, devendo ser devidamente motivada a decisão de negar o requerimento, hipótese em que o órgão de execução poderá externar pedido de dispensa da audiência prevista no art. 334 do CPC” (grifos nossos).

¹⁰⁰ A necessidade de o membro do Ministério Público analisar, de modo fundamentado e criterioso, a proposta de ANPC é ressaltada por Wallace Paiva Martins Júnior: “Vetor relevante para sua escolha é o princípio da proporcionalidade, que se arquiteta tanto pela proibição do excesso quanto pela proibição da insuficiência ou da falta. Não se trata de mitigação da indisponibilidade do direito, mas de conformação de sua aplicação prática com as peculiaridades do caso concreto para uma solução justa negociada. O órgão acusador não poderá se mover pelo capricho, nem por desídia, tampouco ingenuidade, senão por um prognóstico na hipótese em cena balizada pela perspectiva punitiva oferecida pela legislação e pela potencialidade de resultados à luz do tratamento jurisdicional aplicado (ou aplicável) e, sobretudo, da realidade e da eficácia de uma política adequada de responsabilização por atos de improbidade administrativa” (Acordo de não persecução civil cit., p. 629).

garantir maior previsibilidade e racionalidade à atividade e função administrativas do Estado [...].¹⁰¹

A motivação será colhida como consequência da processualização da negociação do ANPC, fundamental para garantir a análise da proposta mediante consideração de todos os interesses envolvidos. Essa é uma virtude marcante do processo administrativo salientada por André Rodrigues Cyrino, de assegurar que a atuação estatal se torne “permeável aos interesses dos administrados” e “ganhe capacidade prospectiva, com avaliação e comparação de alternativas e juízos ponderativos e de fundamentação de escolhas”.¹⁰²

Observe-se, no entanto, que a fundamentação e a processualização servem como instrumento de controle que, no caso do ANPC, será cabível excepcionalmente, em casos como de falta de motivação para a recusa em negociar ou, ainda, de rejeição de proposta com a exposição de motivos irrazoáveis ou inexistentes. Trata-se de controle aplicável *cum grano salis*, dado que toca em aspectos da já mencionada competência discricionária do Ministério Público.

Nesses casos excepcionais, deve-se permitir ao interessado manifestar-se sobre a recusa ou, ainda, acionar mecanismos revisionais de controle no âmbito da entidade ministerial,¹⁰³ de modo a evitar a obstrução de tratativas em virtude de posição isolada e irrazoável de membro do *Parquet*, o que se dará em benefício da própria instituição, pois, como bem salienta Nefi Cordeiro, “será mais respeitado o Ministério Público que trate todas as negociações similares de modo semelhante, que não admita a possibilidade da criação de obrigações ou favores apenas para uns, que não permita isoladas negociações provocadoras de insegurança social”.¹⁰⁴

¹⁰¹ GALVÃO, Ciro Di Benatti. *O dever jurídico de motivação administrativa*: parâmetro objetivo para a racionalidade decisória dos atos administrativos restritivos de direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 58.

¹⁰² CYRINO, André Rodrigues. *Delegações legislativas e poder regulamentar*: política e direito na administração pública brasileira. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 201.

¹⁰³ O Ministério Público, como qualquer outra autoridade estatal, possui uma estrutura fragmentada entre vários órgãos que titularizam parcelas de competência não apenas para possibilitar o regular desempenho de suas múltiplas atribuições, mas também para garantir a revisão e o controle de atos de seus agentes pela própria instituição. Nesse sentido, bem esclarece Floriano de Azevedo Marques que “a distribuição de competências ordena, organiza o poder estatal, ensejando a existência de relações entre as diversas parcelas que compõem o Estado e a Administração Pública; permite, ademais, a existência de mecanismos de controle, tutela e supervisão sobre o exercício de competências por parte de cada órgão, ente ou agente” (Entre independência institucional e neopatrimonialismo: a distorção da doutrina do “promotor natural”. In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (org.). *Ministério Público*: reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2010. p. 141).

¹⁰⁴ CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada*: atualizada pela lei anticrime cit., p. 226. Deve ser registrada a pertinente posição do autor de que devem as “instituições negociadoras estabelecer por normas internas

Nesse sentido, deve-se admitir, ainda que por analogia, a interposição de recursos,¹⁰⁵ mediante aplicação analógica de regras de revisão em matéria de inquérito civil (artigo 9.º, §§ 1.º ao 4.º, da Lei n.º 7.347/1985) ou, ainda, dos mecanismos revisionais próprios da legislação penal, em conformidade com a posição de Wallace Paiva Martins Júnior:

Um dos pontos que merece reflexão é a recusa de composição pelo *Parquet*. Analogia com o acordo de não persecução penal é controversa, porque potenciais reduções ao princípio da independência funcional dependem de expressa previsão legal, dado que compete ao membro da instituição responsável pelo caso avaliar a conveniência do ajuste, não obstante se possa conceber a ideia de recurso administrativo ao órgão revisor do inquérito civil, a exemplo da Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal, o que garante a independência do órgão e o controle.¹⁰⁶

Reitere-se que não seria qualquer recusa que poderia ser objeto de insurgência do interessado, pois isso só terá lugar em casos extremos, tendo em vista a autonomia que assiste ao membro do Ministério Público na análise da efetiva vantagem dessa negociação. O fundamental é que seja externalizado o necessário juízo de ponderação entre as vantagens e eventuais desvantagens do acordo, além da análise dos parâmetros previstos na lei e do atingimento do interesse público.

A decisão de promover a persecução do ato reputado ímprobo, mesmo diante da disposição do investigado em iniciar tratativas para um ANPC, exigirá do *Parquet* a exposição das desvantagens do acordo, que devem se reportar necessariamente (mas não exclusivamente) aos parâmetros do § 2.º do art. 17-B da Lei n.º 8.429/1992.

Os resultados mínimos do ANPC, como já noticiado, são apenas dois na disciplina do art. 17-B da Lei n.º 8.429/1992, alocados nos incisos I e II da cabeça do dispositivo, e o primeiro deles consiste no ressarcimento integral do dano.

O texto legal elimina a possibilidade de qualquer discussão a respeito de uma transação que envolva o dimensionamento do valor do dano.¹⁰⁷ A apuração deve ser feita em termos

instrumentos e órgãos de revisão dos acordos, para garantir sua legalidade e, especialmente, os critérios de negociação”.

¹⁰⁵ A Resolução n.º 003/2020, do Colégio de Procuradores do Ministério Público do Estado do Amapá, admite, em seu artigo 12, a interposição de recurso ao Conselho Superior do Ministério Público no caso de recusa da proposta de ANPC pelo membro do Ministério Público encarregado da persecução. Provido o recurso, é designado outro membro do *Parquet* para as tratativas (§ 3.º, I, do mesmo dispositivo).

¹⁰⁶ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Acordo de não persecução civil cit., p. 630.

¹⁰⁷ Em artigo publicado antes do advento da Lei n.º 14.230/2021, Américo Bedê Júnior e Lara Carvalho Breda defendiam a possibilidade de transação sobre o ressarcimento (O acordo de leniência e a derrogação tácita da vedação para realização de acordo no âmbito da improbidade administrativa. *Revista de Processo*, São Paulo,

técnicos e, uma vez quantificado o dano, sua reparação deverá ser integral, sendo defeso o oferecimento de qualquer tipo de desconto ao investigado.¹⁰⁸ Assim, uma eventual incapacidade financeira do acusado para reparação do dano será fator impeditivo ao ANPC, o que não exclui a possibilidade de parcelamento, previsto, inclusive, na hipótese de condenação, pelo art. 18, § 4.º, regra claramente extensível aos acordos.

A apuração do dano deve observar outros requisitos também extraídos da disciplina do ANPC pela Lei n.º 14.230/2021.

A oitiva do ente federativo lesado, determinada pelo § 1.º, I (e, portanto, obrigatória), decorre do fato de ser ele o destinatário do ressarcimento, o qual poderá também, eventualmente, contribuir para a apuração desse dano.¹⁰⁹ Essa contribuição poderá ser feita na

ano 46, v. 314, p. 249-282, abr. 2021). Após o advento da reforma da LIA, cabe o registro da posição crítica à exigência de reparação integral do dano prevista no artigo 17-B, I, da Lei n.º 8.429/1992, manifestada por Augusto Neves Dal Pozzo, Percival José Bariani Júnior e João Negrini Neto, com as seguintes razões: “[...] a exigência intransigente do ressarcimento integral do dano para a celebração de acordo de não persecução conflita com toda a lógica presente no Código de Processo Civil, o qual incentiva as partes adotarem soluções consensuais sempre que possível. Ora, se a própria Lei de Improbidade, no seu artigo 17, *caput*, submete o procedimento de aplicação de sanção administrativa ao procedimento comum previsto no Código de Processo Civil, não há razão, em uma interpretação sistemática da Lei, para que não se admita a propositura de acordos de não persecução civil pelo legitimado ativo da ação de improbidade no caso de impossibilidade de ressarcimento integral do dano” (Regime jurídico do acordo de não persecução civil na Lei de Improbidade Administrativa. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de (org.). *Lei de Improbidade Administrativa reformada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 613).

Com o devido respeito aos autores, parece frágil a conclusão de que poderia ser extraído da legislação processual, aplicável ao trâmite da ação de improbidade, o fundamento necessário para uma composição sobre o valor do dano, porquanto a recomposição do erário historicamente sempre constituiu a finalidade da persecução da improbidade (desde a Lei Bilac Pinto), como demonstrado no Capítulo I, bastando observar que esse é um efeito necessário do ato ímprobo, nos termos do artigo 37, § 1.º, da CF/1988. Ademais, a composição sobre o ressarcimento de valores auferidos por agente que enriqueceu ilicitamente (mediante prática de ato tipificado no artigo 9.º da LIA), significaria, na prática, acordo com objeto ilícito, ou seja, um ajuste que prestigiaria o enriquecimento sem causa do agente ímprobo, que ficaria desonerado de restituir na integralidade o acréscimo patrimonial experimentado com o ato impugnado.

¹⁰⁸ A Orientação Normativa n.º 10 da CCR do MPF assim dispôs em seu art. 22:

“Art. 22. O ANPC não poderá conceder benefícios consistentes na redução de valores devidos a título de ressarcimento de danos materiais causados ao Erário, nem afastar o perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração”.

¹⁰⁹ “A cientificação do ente prejudicado, não é demais lembrar, revela-se essencial na medida em que, no mais das vezes, somente a pessoa jurídica interessada terá condições de identificar efetivos os prejuízos sofridos ou de detalhar as reais circunstâncias da conduta do agente ímprobo a ela vinculado” (TRINDADE, Julizar Barbosa. *O acordo de não persecução cível na ação de improbidade administrativa* cit., p. 182). Em sentido contrário, Wallace Paiva Martins Júnior invoca o princípio da independência funcional do Ministério Público para concluir que a oitiva do ente lesado seria “dispensável e facultativa, considerando que o *Parquet* deve reunir elementos seguros também para exercer responsabilmente o direito de composição” (Acordo de não persecução civil cit., p. 633). Não concordamos com a segunda posição. Além de a redação do artigo 17-B, § 1.º, I, indicar que a oitiva do ente federativo lesado representa condição de celebração do ANPC, a independência funcional do *Parquet* não elimina o interesse patrimonial da entidade lesada, que não é por ele representada, inclusive com proibição expressa da parte final do inciso IX do artigo 129 da CF/1988.

forma de apresentação de informações, documentos ou, ainda, mobilização de órgãos técnicos especializados que auxiliem no dimensionamento de valores a serem ressarcidos.

Tal participação representaria auxílio técnico, sem caráter vinculante, considerando-se que o texto da lei indica apenas a ‘oitiva’ do ente lesado, ao qual cabe fornecer os elementos informativos para a definição, pelo Ministério Público, dos critérios e do valor da reparação, que poderá ser calculada pelo próprio órgão ministerial de perícias. Cabe observar, entretanto, que eventual divergência da entidade lesada com relação ao valor da reparação a ser ajustada pode comprometer a viabilidade do ANPC, tendo em vista a legitimidade concorrente para a propositura da ação de improbidade administrativa.¹¹⁰

Outra previsão relevante referente aos danos diz respeito ao papel desempenhado pelo Tribunal de Contas em sua apuração. Pela redação do § 3.º do art. 17-B, para apuração do dano “deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias”.¹¹¹

A utilização do termo ‘oitiva’ suprime o caráter vinculante da manifestação da Corte de Contas, que exerce função de índole técnica ao fornecer ‘parâmetros’, como é próprio de suas competências de assessoramento ao exercício da função de controle pelo Poder Legislativo, previstas no art. 71 da CF/1988.¹¹² Pelo texto da Lei n.º 14.230/2021, cabe ao Tribunal de Contas somente auxiliar na estipulação de critérios para o cálculo a ser feito pelo Ministério

¹¹⁰ Nos termos do decidido na ADI 7.042/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 31.08.2022.

¹¹¹ Foram estabelecidas diretrizes para apuração do valor do dano ao erário pelos Tribunais de Contas por intermédio da Resolução Conjunta CNPTC/ATRICON/IRB/ABRACOM n.º 01, de 13 de maio de 2022, oriunda do Conselho Nacional de Presidentes dos Tribunais de Contas (CNPTC), Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON), o Instituto Rui Barbosa (IRB) e Associação Brasileira dos Tribunais de Contas dos Municípios (ABRACOM). Disponível em: https://irbcontas.org.br/wp-content/uploads/2022/05/Resolucao-Conjunta-CNPTC-Atricon-IRB-Abracom-n-01_2022.pdf. Acesso em: 10 jul. 2022.

¹¹² Juliana Bonacorsi de Palma ressalta a possibilidade de questionamento da constitucionalidade dessa nova competência irrogada ao Tribunal de Contas, ao colocá-lo na função de auxiliar do Ministério Público, quando a Constituição Federal prevê sua condição de órgão auxiliar técnico do Poder Legislativo, além de registrar que a “definição do ressarcimento integra a negociação de acordos e exigir pronunciamento do Tribunal de Contas sobre seu valor, principalmente *ex ante*, é uma clara usurpação de competência negocial” (Consensualidade em improbidade administrativa e o papel do Tribunal de Contas. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/consensualidade-em-improbidade-administrativa-e-o-papel-do-tribunal-de-contas-05102022>. Acesso em: 7 out. 2022). Augusto Neves Dal Pozzo, Percival José Bariani Júnior e João Negrini Neto criticam a previsão de oitiva do Tribunal de Contas, sustentando que “a obrigatoriedade de colher sua manifestação não se justifica, haja vista que nem todo ato de improbidade administrativa que causa dano ao erário envolve matéria atinente à competência do Tribunal de Contas” (Regime jurídico do acordo de não persecução civil na Lei de Improbidade Administrativa cit., p. 613). Para Wallace Paiva Martins Júnior, essa regra seria “mera faculdade” (Acordo de não persecução civil cit., p. 633). Ainda nessa linha, Rita Tourinho entende que, “concordando os acordantes com o valor fixado, estabelecido com parâmetros técnicos e aprovado pela pessoa jurídica lesada, não se faz necessária a oitiva do Tribunal de Contas” (Os acordos de não persecução cível na seara da improbidade administrativa e os impactos trazidos pela Lei n.º 14.230/2021 cit., p. 685).

Público, ressalvada a possibilidade de a própria Corte de Contas *sugerir* o montante a ser indenizado. A competência aqui analisada, de assessoramento, não autoriza o Tribunal de Contas a exercer qualquer juízo de legalidade sobre as condutas ensejadoras do ANPC, ou seja, examinar o mérito da imputação de improbidade administrativa.

Conquanto a posição do Tribunal de Contas não seja vinculante,¹¹³ entende-se que sua consulta prévia é obrigatória¹¹⁴, pois, além da redação impositiva do § 3.º do art. 17-B, não de se considerar os benefícios que podem ser colhidos da análise técnica especializada para a determinação de ressarcimento dos valores,¹¹⁵ que constitui a finalidade primordial da persecução da improbidade, como deflui claro de toda a disciplina legal sobre a matéria.¹¹⁶

Obrigatória é, apenas, a consulta, pois, caso a Corte de Contas não se manifeste dentro do prazo de 90 dias, pode a negociação prosseguir normalmente, desde que o Ministério Público disponha de elementos suficientes para uma determinação segura do ressarcimento devido. De igual modo, poderia o próprio *Parquet* concordar com um eventual pedido de prorrogação desse prazo que lhe seja encaminhado pelo Tribunal de Contas, dada a relevância de sua manifestação e, principalmente, das dificuldades que podem surgir na definição de parâmetros e valores de prejuízos, em casos de contratos de obras de grande porte e complexidade.¹¹⁷

¹¹³ Em sentido contrário: “É necessária a manifestação do Tribunal de Contas competente sobre o valor do dano a ser ressarcido. Os parâmetros indicados pelo Tribunal de Contas devem ser observados na determinação do valor a ser desembolsado pelo sujeito” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da Lei de Improbidade Administrativa comentada e comparada*: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021 cit., p. 208).

¹¹⁴ Nesse sentido, Leonardo Bellini de Castro observa que, “por força das alterações levadas a efeito pela Lei n.º 14.230/2021, forçosamente deverá ser ouvido o Tribunal de Contas competente, no prazo de 90 dias, acerca da reparação do dano e dos parâmetros utilizados para sua fixação, a teor do que se vê agora estabelecido no art. 17-B, § 3.º, da Lei n.º 8.429/92” (O novo regramento legal do acordo de não persecução cível cit., p. 649).

¹¹⁵ A especialização do Tribunal de Contas é destacada por Marçal Justen Filho: “Deve-se ter em vista a competência especializada do Tribunal de Contas no tocante à avaliação da economicidade e legitimidade dos atos administrativos. Isso significa a atuação permanente e contínua do Tribunal de Contas no acompanhamento da atividade administrativa estatal, com a acumulação de conhecimento e de informações que não são titularizadas por outras instituições. Mesmo o Poder Judiciário não dispõe da mesma expertise que o Tribunal de Contas adquiriu” (*Reforma da Lei de Improbidade Administrativa comentada e comparada*: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021 cit., p. 236).

¹¹⁶ Discorda-se, nesse ponto, da posição de Fernando Fonseca Gajardoni, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto, que sustentam que a oitiva do Tribunal de Contas não seria cogente: “Pese o deverá constante do dispositivo, parece bastante evidente que não se trata de regra cogente ou de ordem pública. Estando o MP e o próprio investigado/acusado – a quem compete definir a extensão da assunção de sua responsabilidade – de acordo com a fixação do dano/vantagem com base em outro parâmetro documental (v.g., uma avaliação extrajudicial por perito público ou privado), possível que a avença seja celebrada com base nos referidos valores, sem necessidade de se consultar o Tribunal de Contas” (*Comentários à nova Lei de Improbidade Administrativa*: Lei 8.429/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021 cit., p. 384). A Resolução n.º 080/2020, do MP-MT, em seu art. 3.º, § 9.º, dispensa a oitiva do Tribunal de Contas, na hipótese de “dano determinado ou determinável pelas partes celebrantes do acordo”.

¹¹⁷ Resta saber se os Tribunais de Contas estão aparelhados para essa nova demanda da LIA, considerando a extensa competência que já possuem no controle da legitimidade, legalidade e economicidade do gasto público.

Considerando-se a participação da entidade lesada e da Corte de Contas na definição do dano a ser indenizado, tem-se como importante examinar o endereçamento de eventuais divergências com o Ministério Público.

Como mencionado, a Lei n.º 14.230/2021 prevê apenas a ‘oitiva’ da entidade lesada e da Corte de Contas, preservando a competência do *Parquet* na definição dos parâmetros do acordo, os quais, além disso, devem ser objeto de negociação com o investigado. No entanto, as manifestações feitas pela entidade lesada e pelo Tribunal de Contas devem ser devidamente juntadas aos autos do inquérito/processo e examinadas pelo juiz responsável pela homologação.¹¹⁸

Caso verifique que os critérios e os valores adotados na proposta de acordo do ANPC não sejam tecnicamente adequados e suficientes para o resguardo do erário, mediante cotejo com elementos fornecidos pela entidade lesada e/ou pelo Tribunal de Contas, pode o juiz recusar a homologação do ANPC, em face do não atingimento do resultado necessário do artigo 17-B, I, da LIA. Em tal hipótese, o Ministério Público terá de avaliar, com o investigado, a possibilidade de adequação do ANPC, em conformidade com a decisão proferida pelo juiz competente, para viabilizar sua homologação.¹¹⁹

Em todo caso, se houver discordância da entidade lesada acerca do montante indenizatório, poderá ela valer-se de ação de ressarcimento complementar, buscando o pagamento da diferença que entenda devida.¹²⁰

Para concluir a análise do primeiro requisito de celebração do ANPC, que é o integral ressarcimento do dano, deve ser apontada uma falha na redação do inciso I do art. 17-B da Lei n.º 8.429/1992, porquanto sua interpretação literal conduziria a uma restrição imotivada de

¹¹⁸ Para Marcelo Figueiredo, havendo divergências sobre os valores entre a entidade lesada e o Tribunal de Contas, prevalece a posição daquela, criticando a imposição legal de necessária oitiva da Corte de Contas: “Acreditamos que no dispositivo o legislador não foi muito feliz. Isto porque nem sempre o Tribunal de Contas acompanhou desde o princípio o ato tido por ímprobo e não se entende o porquê deva o Tribunal manifestar-se sobre a matéria. Ademais, podem os seus critérios não ser os mesmos da entidade tida por lesada. Esta sim é quem deveria ter a palavra final e mais importante na matéria” (Acordo de não persecução civil na nova Lei de Improbidade Administrativa cit., p. 661).

¹¹⁹ A solução das divergências no momento da homologação é defendida por Julizar Barbosa Trindade: “Assim, não havendo consenso entre o MP e as demais autoridades cuja oitiva é determinada pelo artigo 17-B da LIA, caberá então ao juiz competente apreciar as razões em que se funda a insurgência e, então, homologar ou deixar de homologar o ajuste, sempre mediante adequada fundamentação (artigo 489, §§ 1.º e 2.º, do CPC). De todo o modo, essa casual discordância – tanto sobre a possibilidade de se celebrar, ou não, o acordo quanto sobre os seus termos e condições – deve ser resolvida dentro da própria ação de improbidade administrativa ou do procedimento de jurisdição voluntária de homologação, ainda que por meio da interposição do recurso cabível em face da sentença que homologar ou que deixar de homologar o ANPC” (*O acordo de não persecução civil na ação de improbidade administrativa cit.*, p. 182).

¹²⁰ Essa solução foi, inclusive, prevista no art. 3.º, § 7.º, da Resolução n.º 080/2020 do MP-MT.

acordos nos casos de atos de improbidade tipificados no art. 11 da LIA, que não envolvam danos ao erário ou enriquecimento ilícito. Assim, sendo o ressarcimento ao erário resultado indispensável para o acordo, como fazê-lo se não houver dano a indenizar?

Não parece ter sido a intenção do legislador impedir acordos nas hipóteses de condutas menos graves. Essa orientação também não se compatibilizaria com a equidade no tratamento de investigados, além de ferir a razoabilidade e a proporcionalidade, bem como a própria configuração ampla e aberta dos acordos na órbita da improbidade, pela moldura estabelecida na Lei n.º 14.230/2021.¹²¹ O acordo seria possível e caberia ao membro do Ministério Público avaliar outras condições que se lhe afigurassem suficientes para uma composição adequada à satisfação do interesse público, podendo-se, por exemplo, abrigar o cumprimento de obrigação de fazer em prol de entidade pública, ou mesmo penalidade pecuniária.

O segundo resultado exigido para o ANPC reside na reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados. Essa disposição complementa a anterior, disciplinando claramente a destinação dos recursos recuperados, que devem ser direcionados ao patrimônio da entidade pública lesada.

Os dois resultados do ANPC, postos no texto da lei, evidenciam que ele pode funcionar como um acordo substitutivo de sanção. A reparação de danos ao erário não possui caráter punitivo, implicando apenas redução do patrimônio do signatário do ANPC. Assim, a celebração de ANPC que se atenha exclusivamente ao ressarcimento de danos caracterizaria um acordo substitutivo de sanção.¹²²

¹²¹ Para Fernando da Fonseca Gajardoni, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto, “os casos em que não há prejuízo a reparar ou prejuízo a reverter – ordinariamente menos graves – são exatamente aqueles onde os acordos em improbidade são mais recomendáveis do ponto de vista da política institucional do Ministério Público” (*Comentários à nova Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021 cit.*, p. 382).

¹²² Ao definir o instituto, Victor Carvalho Pessoa de Barros e Silva assevera que a “adoção dos acordos substitutivos tem como finalidade basilar a mudança da sanção administrativa por um compromisso de conduta do administrado, para a satisfação de diferentes finalidades” (*Acordos substitutivos de sanção cit.*, p. 55). Deve ser registrada a crítica contundente de Wallace Paiva Martins Júnior, para quem é “inadmissível que a composição celebrada tenha como exclusivo objeto a reparação do dano, sob pena de, na prática, descartar-se simplesmente a ocorrência de improbidade administrativa” (*Acordo de não persecução civil cit.*, p. 631). Essa crítica decorre da concepção – com a qual não concordamos – de que o interesse na celebração do acordo pressupõe a confirmação da improbidade, ignorando-se que o agente pode ter interesse em firmar acordo para não se submeter ao processo, visando a segurança jurídica, nos casos de incerteza sobre o caráter doloso ou culposos da conduta, ou, ainda, sobre a efetiva qualificação de uma ilicitude como improbidade administrativa. A improbidade só fica caracterizada após o desenvolvimento de processo com contraditório, produção de provas e análise pelo juiz. No momento do acordo (e desde que não seja ele celebrado após o julgamento do feito), existe apenas a imputação.

Vale registrar que a previsão do mero ressarcimento como conteúdo mínimo do ANPC não representa nenhuma novidade com relação ao regime anterior, porquanto era admitido que as condenações por improbidade culminassem apenas em ressarcimento, nos casos de pequena gravidade e baixa repercussão do ilícito, conforme posição da jurisprudência do STJ.¹²³

Quanto ao momento de celebração do acordo, a Lei n.º 14.230/2021 também disciplinou a matéria com flexibilidade, ao admiti-lo desde a etapa de investigação, incluindo a fase judicial ou mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória, no momento da execução.

A celebração do acordo na fase de inquérito, ou seja, enquanto a conduta é investigada, é a única que permitiria a terminação consensual do conflito nos específicos moldes da designação que lhe foi dada pela Lei, ou seja, um acordo de ‘não persecução’. Nesse caso, o acordo atinge plenamente o objetivo de solução rápida e preventiva de litígio, com mínima intervenção do Poder Judiciário, que se limitará à homologação.

Para o acordo pré-processual há, no entanto, uma etapa adicional de controle, prevista no inciso II do § 1.º do art. 17-B, que consiste em sua “aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis [...]”.

Nesse caso, cabe ao órgão de cúpula do Ministério Público examinar o atendimento, pelo acordo pré-processual, dos quadrantes da LIA quanto aos resultados previstos no art. 17-B da LIA, além de verificar a presença dos demais requisitos que tenham sido estabelecidos em sua regulamentação própria.¹²⁴

A LIA acabou por estabelecer maior controle e, quiçá, maiores dificuldades para a celebração de ANPC pré-processual, comparativamente com o acordo no curso do processo. O órgão superior do Ministério Público terá de analisar os resultados quanto ao ressarcimento integral do dano (se houver), avaliar o atendimento de sua normatização interna, além de

¹²³ Nesse sentido, ao examinar caso de improbidade cometida por agente político que utilizou servidor público municipal para a realização de mudança particular de terceiro, com a utilização de veículo do Município, entendeu o STJ: “Mostra-se razoável, portanto, a sanção imposta pelo Tribunal de origem, uma vez que a sanção de ressarcimento é adequada e necessária para evitar que o agravado reincida na ilegalidade, bem como proporcional à reduzida gravidade da conduta perpetrada pelo Agente Público e ao mínimo prejuízo ao Ente Municipal” (STJ, 1.ª Turma, AgRg no Agravo em Recurso Especial 126.660/SC, j. 04.09.2014, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho). Essa posição, porém, não é pacífica no STJ, pois em julgamento da 2.ª Turma, conclusão oposta foi alcançada, considerando-se que, “caracterizado o prejuízo ao erário, o ressarcimento não pode ser considerado propriamente uma sanção, mas apenas consequência imediata e necessária de reparação do ato ímprobo, razão pela qual não pode figurar isoladamente como penalidade” (STJ, 2.ª Turma, REsp 1.376.481/RN, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 15.10.2015).

¹²⁴ Em vários casos, as condições exigidas em atos normativos para o ANPC são mais detalhadas e restritivas que o art. 17-B da LIA, como será examinado adiante.

reexaminar as balizas do acordo do § 2.º do art. 17-B, como a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade. As balizas do § 2.º são capazes de propiciar maior abertura para divergências e interpretações conflitantes entre o membro do Ministério Público encarregado das negociações e o órgão superior.

A análise do Conselho Superior do Ministério Público (ou Câmara de Coordenação e Revisão – CCR) abrange esses múltiplos aspectos e, se houver divergência com relação a qualquer deles, poderão ser recusadas a homologação do ANPC e a homologação do arquivamento do inquérito.¹²⁵

Esse controle pelo órgão de cúpula do Ministério Público, porém, só ocorrerá se o ANPC for “anterior ao ajuizamento da ação” (art. 17-B, § 1.º, II, *in fine*). Se a ação já tiver sido ajuizada, o acordo terá um caminho mais curto, uma vez que, após oitiva da entidade lesada e do Tribunal de Contas, poderá ser diretamente submetido à homologação judicial.

A homologação judicial é o requisito indispensável em todo e qualquer ANPC, cuja inobservância impedirá a formação de título executivo judicial.

O alcance dos poderes do juiz no ato de homologação do acordo é um aspecto que merece análise.

Entende-se que cabe a ele a análise do resultado exigido pela Lei (ressarcimento integral do dano, se houver, e reversão à pessoa jurídica lesada), da capacidade e legitimidade das partes (como ocorreria em qualquer acordo), além da obediência das formalidades de oitiva prévia da entidade lesada e do Tribunal de Contas, que guardam pertinência com o próprio dimensionamento do eventual ressarcimento.

Todavia, esse exame não abrangeria os requisitos que constam do § 2.º (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, da rápida solução do caso), integrantes do núcleo do acordo, que se imbricam com a satisfação do interesse público na negociação, a ser aferida pelo Ministério Público.

Isso decorre, inclusive, da percepção de que o ANPC possui natureza de transação, pela qual as partes realizam concessões mútuas para terminação consensual do litígio.

¹²⁵ Eis a redação da Orientação n.º 10 da CCR do MPF: “Art. 64. A 5.ª CCR-MPF poderá recusar a homologação do ANPC, uma vez constatado o não preenchimento de condições legais explicitadas na presente Orientação, remetendo os autos à origem”.

Se fosse possível ao juiz adentrar livremente na avaliação do conteúdo do acordo (que alcança questões subjetivas como a percepção de vantagens para o interesse público) e analisar a adequação das concessões ajustadas entre as partes, ocorreria uma invasão das competências outorgadas ao Ministério Público para a defesa do patrimônio público e de sua independência funcional.¹²⁶ Cabe ao membro do Ministério Público examinar o atingimento do interesse público na composição para encerramento do litígio, que pode incluir questões específicas acerca da estratégia de atuação da própria Promotoria encarregada do caso, como asseverado anteriormente. Ademais, a ingerência do juiz sobre o conteúdo do ANPC poderia vulnerar o princípio da inércia da jurisdição.¹²⁷

Admite-se, contudo, o controle judicial quanto ao conteúdo do acordo, no momento de sua homologação, em situações de excepcionalidade marcadas por teratologia ou indícios de beneficiamento indevido do investigado/acusado. Se estiver o juiz diante de acordo que, *ictu oculi*, não atende minimamente aos parâmetros legais, por exemplo, no caso de acusação de improbidade bem evidenciada por prova documental, revestida de inegável má-fé e que tenha causado severo dano ao erário, no qual se preveja simples devolução de valores, sem aplicação de nenhuma sanção, deve-se aceitar, excepcionalmente, a recusa de homologação para que sejam ajustados os termos do ANPC pelas partes.

Em nosso entendimento, deve agir o magistrado com prudência e autocontenção, interferindo nas bases do acordo apenas quando se deparar com situações de distorção manifesta. Ainda que se tratando do acordo de colaboração da esfera penal, com seus contornos

¹²⁶ Segundo a Orientação Normativa n.º 10 da CCR do MPF, incumbe ao membro do *Parquet* federal avaliar a decisão que rejeita a homologação, adequando o acordo ou impugnando a decisão em caso de discordância, com fundamento na independência funcional: “Art. 56. Na hipótese de o Juízo recusar homologação ao acordo, devolvendo-o às partes para as adequações necessárias, em atenção à independência funcional do Membro do MPF que o celebrou fica-lhe assegurado avaliar as justificativas da não homologação judicial e tomar as providências adequadas ao caso concreto, promovendo a rediscussão do Acordo ou insurgindo-se contra a decisão, impugnando-a pelos meios cabíveis, de forma isolada ou conjunta com o celebrante”. Para Leonardo Bellini de Castro, até mesmo na homologação do acordo pré-processual, seria “vedado ao órgão revisor [do Ministério Público] adentrar no mérito do acordo e de suas especificidades, sob pena de vulneração ao disposto no art. 127, § 1.º, da Constituição Federal, que assegura a independência funcional dos membros do *Parquet*” (O novo regramento legal do acordo de não persecução cível cit., p. 653).

¹²⁷ Em sentido contrário, Fernando da Fonseca Gajardoni, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto defendem que o juiz ostenta poderes para analisar os requisitos do art. 17-B, § 2.º, na homologação do ANPC (*Comentários à nova Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021 cit.*, p. 388-389). Em recente julgado do STJ, no qual houve homologação de ANPC, o Min. Hermann Benjamin incluiu considerações sobre o tema em seu voto, para concluir que o Poder Judiciário pode “recusar a homologação quando entender que o conteúdo do acordo não preserva, à luz das particularidades da causa, o interesse público na tutela da probidade administrativa” (STJ, 1.ª Seção, Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 102.585/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 06.04.2022).

legais próprios, entende-se como oportunas as observações de Nefi Cordeiro, de que “não poderá o Judiciário escusar-se de examinar erros ou excessos claros na barganha negociada”.¹²⁸

A Lei n.º 14.230/2022 foi igualmente flexível ao suprimir marcos processuais temporais preclusivos para a celebração do ANPC.

O § 4.º do art. 17-B autoriza sua celebração “no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória”. Conseqüentemente, eliminaram-se as polêmicas surgidas com os acordos ajustados em ações de improbidade com base na Lei Anticorrupção ou nas previsões concisas do Pacote Anticrime, que não tratavam da matéria. A questão foi objeto de disputas sobre a existência de um marco preclusivo para o acordo, tanto que o STJ chegou a examinar a questão e reputou lícito o acordo em fase recursal.¹²⁹

Essa flexibilidade conferida ao ANPC na disciplina da Lei n.º 14.230/2021, entretanto, requer maior cautela do membro do *Parquet* na terminação consensual de litígios em fases recursais mais adiantadas e, principalmente, após o trânsito em julgado. Isso só poderá ocorrer, excepcionalmente, pelas dificuldades de demonstrar vantagens para o interesse público em tais casos, quando já desenvolvido o processo judicial, o qual pode tramitar por vários anos. Concluída a fase de conhecimento e obtido o reconhecimento judicial da existência de improbidade, com a fixação das sanções correspondentes, o interesse público, *a priori*, residiria na satisfação do título executivo.

No entanto, em alguns casos excepcionais, o acordo poderá ser útil para evitar o prolongamento excessivo de uma fase de cumprimento de sentença trabalhosa e que poderia apresentar resultados incertos. Vale lembrar que, na reforma da Lei de Improbidade, a questão do ressarcimento foi disciplinada com mais refinamento, prevendo-se no art. 18, § 3.º, que, na apuração do valor do ressarcimento, deverão ser descontados os serviços efetivamente prestados.

A determinação do valor a ser indenizado poderá ser feita de forma cooperativa com o investigado, diante da necessidade de avaliação dos prejuízos e desconto de serviços prestados. O acusado pode, inclusive, colaborar com o fornecimento de dados e documentos que auxiliem nessa tarefa e permitam uma análise mais precisa dos prejuízos.

¹²⁸ CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada*: atualizada pela lei anticrime cit., p. 234.

¹²⁹ STJ, 1.ª Turma, Acordo no AREsp 1314581/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 1.º.03.2021.

Além disso, o valor do ressarcimento cumulado com sanções pecuniárias pode alcançar cifra amplamente superior ao patrimônio do acusado. Em lugar de promover uma execução inevitavelmente frustrada, pode o Ministério Público avaliar, em diálogo com o interessado, a modulação de uma sanção de multa civil ou sua substituição para permitir a satisfação da condenação por ato de improbidade administrativa. O que não se pode fazer, vale reiterar, é transacionar a respeito do valor do ressarcimento, que deverá ser integral, a fim de que seja alcançado o objetivo primário da condenação por improbidade administrativa.

O § 5.º do art. 17-B prevê que as negociações ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado/demandado, assistido de seu defensor. Essa regra deve agora considerar a legitimidade concorrente da entidade pública lesada, em conformidade com o julgamento da ADI 7.042/DF, pelo STF.

O § 5.º do art. 17-B ainda estabelece que o investigado/demandado só poderá celebrar ANPC quando assistido por advogado, o que é fundamental para garantir o caráter voluntário da adesão às tratativas e o respeito aos direitos fundamentais do acusado.

Questão importante, mas que não foi disciplinada pela Lei n.º 14.230/2021, consiste na celebração de acordo parcial, em acusações que possuam múltiplos investigados/acusados.¹³⁰ Esse acordo pode ser altamente vantajoso para o órgão ministerial encarregado da acusação, especialmente quando assume conformação mais próxima de outros instrumentos de consensualidade destinados a otimizar a coleta de provas, como é o caso do acordo de leniência.

Nesses casos, o signatário do acordo poderá apresentar os elementos de prova necessários para a revelação total dos ilícitos e sua extensão, os prejuízos e os demais envolvidos, com as respectivas participações. Concluído o acordo, o celebrante se submeterá aos efeitos pactuados, prosseguindo o processo relativamente aos demais implicados na improbidade, com os elementos probatórios adicionais obtidos pelo Ministério Público. Nesse acordo, o Ministério Público não poderá isentar o investigado acordante do pagamento dos prejuízos, para cobrá-los dos demais, haja vista que inexistente a solidariedade pelo ressarcimento do dano, nos termos do art. 17-C, § 2.º, da Lei n.º 8.429/1992.

Há, porém, uma situação que exige cautela, consistente na celebração de acordo com o(s) agente(s) público(s) investigado(s), sem alcançar o particular que seja o beneficiário do ato.

¹³⁰ Em vários regulamentos pesquisados, há previsão de acordos parciais, v.g., no Ato n.º 02/2022 – CGMP do MP-MG, art. 178, § 4.º.

Nessa hipótese, a continuidade da persecução contra o particular poderá sofrer embaraços, dada a posição pacificada pela jurisprudência do STJ, que não admite a propositura ou tramitação de ação de improbidade sem a presença de agente público no polo passivo.¹³¹ O acordo, assim, teria de ser buscado com todos os envolvidos ou, caso isso não seja possível, sua celebração tornar-se-ia não recomendável, conforme registra Julizar Barbosa Trindade Júnior:

Assim, se o ANPC for pactuado apenas com os agentes públicos envolvidos na ilicitude, poderá não ser mais possível, num momento posterior, o ajuizamento da ação de improbidade administrativa contra os particulares que concorreram para o ato. É então de se questionar: estariam esses agentes privados imunes à responsabilização na seara da improbidade apenas porque se recusaram ao acordo, inclusive cientes de que, com isso, não poderiam mais ser futuramente demandados?

Uma tal situação deve ser evitada, ainda que isso implique na negativa da celebração do ajuste pelo Ministério Público.¹³²

Essa questão joga luz sobre a necessidade de análise prudente do Ministério Público quanto à eficácia de acordos que envolvam investigações ou ações judiciais com polo passivo amplo. Nesses casos, além de despontar a possibilidade de utilização do ANPC como ferramenta probatória para garantir a responsabilização de todos os envolvidos, há que se avaliar as consequências do acordo para a efetiva persecução contra particulares que sejam partícipes da improbidade. A responsabilização do particular poderá, eventualmente, ser buscada com fundamento na Lei n.º 12.846/2013, sendo necessários cuidados redobrados com questões prescricionais, pois o encerramento de uma ação de improbidade em estágio avançado poderia inviabilizar o ajuizamento de nova ação específica contra o particular, com base na Lei Anticorrupção.

Também são necessárias considerações sobre a amplitude de medidas adicionais que podem ser estabelecidas entre as partes no ANPC.

A adoção do ANPC como instrumento substitutivo de sanções é reforçada no § 6.º do art. 17-B, no qual foi disposto que o acordo

[...] poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos e auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidade e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem

¹³¹ Posição que foi cristalizada na Tese 8 da Edição 38 da “Jurisprudência em Teses” do STJ.

¹³² TRINDADE, Julizar Barbosa. *O acordo de não persecução cível na ação de improbidade administrativa* cit., p. 183.

como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas.

Amplia-se a margem de negociação do ANPC para medidas que podem ir além de ressarcimento e sanções, mediante regras moduladas tanto para pessoas jurídicas quanto para agentes públicos.

As medidas alvitradas nesse dispositivo para as pessoas jurídicas ostentam caráter preventivo, de criação de mecanismos internos de gestão e governança que possam inibir a repetição das ilicitudes que motivaram o ANPC.

Quanto aos agentes públicos, a abertura é ainda maior na estipulação de medidas de favorecimento ao interesse público ou de boas práticas administrativas. A implementação de orientações no serviço público sobre transparência e publicidade de atos e despesas, assim como a adoção de mecanismos de fiscalização de serviços ou contratos administrativos mais eficientes, são exemplos de medidas que poderiam ser abrigadas pelo acordo.¹³³

A derradeira disposição sobre o ANPC da Lei n.º 8.429/1992 trata da hipótese de descumprimento, diante da qual “o investigado ou demandado ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 5 (cinco) anos, contado do conhecimento pelo Ministério Público do efetivo descumprimento”.

Antes de declarado o ANPC como descumprido, é salutar que se assegure o exercício do contraditório pelo signatário, que deverá ser intimado a se manifestar para que eventualmente justifique o inadimplemento e apresente alguma solução para preservação do ajustado. Louvável a disposição do art. 15, IV, da Orientação Normativa n.º 10 da Câmara de Combate à Corrupção do Ministério Público Federal que considera como direito do celebrante do ANPC “formular alegações e apresentar documentos ao *Parquet*, antes de decisão relacionada com a desistência, descumprimento ou rescisão do acordo pelo MPF, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente”. O mesmo direito deve ser assegurado pelo Juízo competente antes de se decretar o descumprimento do ANPC.

O descumprimento do acordo deve, em primeiro lugar, ensejar a execução judicial para garantir a obtenção do resultado ajustado, haja vista que a homologação forma o título

¹³³ Para Marçal Justen Filho, a liberdade negocial é ampla e pode envolver obrigações de fazer ou não fazer: “Também é cabível a imposição de obrigações de dar e fazer destinadas a beneficiar a coletividade ou a segmentos populacionais que tenham sido afetados de modo diferenciado pelas práticas reprováveis ocorridas” (*Reforma da Lei de Improbidade Administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021 cit., p. 209*).

executivo para tanto. Além disso, como penalidade imputável ao acordante inadimplente, coloca-se a impossibilidade de celebração de novo acordo no período de cinco anos. Não que se crie mecanismos necessários para publicizar o descumprimento do ANPC e assegurar a efetividade da regra, de modo a impedir que algum investigado/acusado possa tentar valer-se desse mecanismo novamente, antes do decurso do prazo legal.

Feito esse breve exame da disciplina geral do ANPC na Lei n.º 8429/1992, cumpre prosseguir com a análise do tratamento que o instituto vem recebendo nos atos normativos editados pelo Ministério Público em todas as suas esferas.

5 A REGULAMENTAÇÃO DO ANPC PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

A origem dos acordos no âmbito da improbidade administrativa, que precedeu a própria alteração da LIA em 2019 e se baseou na interpretação de regras esparsas de outras leis, provocou uma tentativa de sistematização por intermédio de atos normativos, baixados pelos entes legitimados. No caso do Ministério Público, houve profusão de regulamentos editados pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal, alguns deles bastante minuciosos.

A centralidade dessa regulamentação poderia ser feita por intermédio do CNMP que, entretanto, ainda não editou ato específico para disciplinar o ANPC. Na Resolução n.º 179/2017, que tem por objeto a regulamentação do TAC, previsto no § 6.º do art. 5.º da Lei n.º 7.347/1985, admite-se o acordo na esfera da improbidade, o qual tem como condicionante o ressarcimento do dano, além da aplicação de uma ou algumas das sanções estabelecidas na lei, a depender da conduta do investigado.

Verifica-se da Resolução n.º 179/2017 que o acordo envolvendo a improbidade seguiria as mesmas condições previstas para os acordos que tratam dos demais direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos tutelados pela Lei da Ação Civil Pública. Assim, a superveniente criação do ANPC como instrumento de consensualidade específico da improbidade administrativa, que possui contornos próprios apartados do TAC, tornou a Resolução n.º 179/2017 superada, tanto que existe proposta de regulamento em tramitação no CNMP que trata especificamente do ANPC.¹³⁴

Na órbita do Ministério Público Federal, do Ministério Público do Distrito Federal e do Ministério Público dos Estados, foi produzida regulamentação especificamente voltada aos acordos no domínio da improbidade, exceção feita apenas ao Ministério Público do Estado de Roraima.¹³⁵ De modo majoritário, essa regulamentação não foi atualizada após a promulgação da Lei n.º 14.230/2021 e existe uma acentuada assimetria, seja na extensão dos regulamentos, seja nos requisitos estabelecidos para a celebração do ANPC.

¹³⁴ Proposta de Resolução de 1.º de julho de 2021, da lavra do Conselheiro Silvio Roberto de Oliveira Amorim Júnior, que trata do ANPC e estabelece a admissão de ilícito como consequência necessária do ANPC (art. 4.º).

¹³⁵ Em consulta feita diretamente por intermédio dos canais de comunicação do Ministério Público do Estado de Roraima, obteve-se a informação, por mensagem de correio eletrônico, de 25.07.2022, oriunda da Assessoria Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça, que não havia, até a referida data, ato normativo sobre o tema. Informou-se, outrossim, que a Procuradoria-Geral vem estudando ato normativo acerca do assunto.

Cumprindo-se a estratégia de pesquisa exploratória, foi conduzido levantamento que abrangeu o total de 28 atos normativos (do CNMP, do Ministério Público Federal, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Ministérios Públicos de todos os Estados, com exceção de Roraima), para obtenção da base informativa necessária ao enfrentamento de questões de pesquisa sobre a quantidade dos atos e requisitos por eles previstos para o ANPC.

Adiante será apresentado quadro de elaboração própria, que elenca os atos normativos e compila as informações reputadas importantes para o estudo. As informações constantes desse quadro foram delimitadas em conformidade com os parâmetros importantes para a subsequente análise de adequação da regulamentação existente com o que foi estabelecido pelo art. 17-B da Lei n.º 14.230/2021. Tais parâmetros tocam diretamente na essência do acordo, em razão de seus impactos diretos para o conteúdo e efeitos das obrigações assumidas pelo investigado/acusado. Permitem, de igual modo, examinar a extensão do poder regulamentar na normatização do ANPC, que é o objeto deste estudo.

Assim, a amostra coletada contempla informações sobre os seguintes parâmetros de pesquisa:

(i) Emitente: o quadro indica o órgão do Ministério Público responsável pela edição do ato normativo. Como os atos normativos estabelecem a moldura essencial do ANPC, com reflexos importantes para a atuação dos membros do *Parquet* encarregados das negociações – especialmente por conta de condicionamentos do exercício da competência discricionária de definir o interesse na celebração do acordo – e para o próprio investigado/acusado interessado, tem-se por necessário verificar se a normatização foi fruto de um debate institucional amplo, próprio de órgãos colegiais.

(ii) Conteúdo mínimo do ANPC: o quadro apresenta os requisitos mínimos obrigatórios de celebração do ANPC indicados em cada ato normativo. A limitação ou alargamento dos requisitos exigidos para o acordo representa, na linha da exposição do Capítulo 4, aspecto de proeminente importância para a compreensão da natureza transacional do ANPC e sua maior efetividade em face de outros institutos de consensualidade do direito administrativo sancionador. Por essa razão, é necessário verificar se os atos normativos ampliam o conteúdo do acordo em relação aos dois resultados postos no art. 17-B da Lei n.º 8.429/1992 (integral ressarcimento do dano e sua reversão à pessoa jurídica lesada). A constatação de uma pluralidade de regimes normativos, com diferentes requisitos para o acordo, exigirá a demarcação clara dos limites do exercício da função regulamentar. A competência regulamentar, na visão doutrinária predominante, é meramente complementar e supletiva, não

podendo contrariar as regras nacionais, sob pena de criarem-se tratamentos particularizados do ANPC em determinados Estados da federação. Devem prevalecer, nesse exame, a integridade e a uniformidade do direito nacional, especialmente em matéria sancionatória. Os dados coletados e reproduzidos no quadro destinam-se a oferecer parâmetros informativos para a análise, em tópico subsequente, da possível extrapolação da competência regulamentar e da violação ao princípio da legalidade, nos casos de atos normativos que ultrapassam a disciplina da Lei de Improbidade Administrativa.

(iii) Exigência de admissão de ilícitos pelo investigado/acusado: o quadro aponta objetivamente, para cada ato normativo, se há imposição do reconhecimento da prática de ilícito. Considera-se que esse é o requisito de maior impacto para o interessado no ANPC, com projeção de efeitos em outras esferas (notadamente na penal), o que significa impor renúncia irrestrita, em qualquer condição e por ato infralegal, da garantia constitucional de presunção de inocência. A admissão de culpa tem o efeito de desnaturar o acordo de não persecução civil, tal como disciplinado pela Lei n.º 8.429/1992, aproximando-o dos acordos regidos pela Lei Anticorrupção e Lei de Defesa da Concorrência, o que traz sérias consequências para a efetividade do instituto.

Os parâmetros expostos *supra*, que orientaram o recorte de dados dos regulamentos pesquisados, destinam-se a fornecer a base informativa para o enfrentamento das perguntas essenciais da pesquisa, que devem ser aqui lembradas. Os atos normativos provêm de debates institucionais e são editados por órgão de cúpula do Ministério Público, que lhes assegure legitimidade e estabilidade? Os atos normativos editados atendem às finalidades de um regulamento, disciplinando o exercício de competência discricionária do Ministério Público na celebração de ANPC, de forma a propiciar segurança jurídica e isonomia de tratamento dos interessados? Os requisitos adicionais exigidos para o ANPC por parte atos normativos editados guardam compatibilidade com as finalidades de um regulamento e com o art. 17-B da Lei n.º 8.429/1992? Caso haja incompatibilidade, quais as consequências da extrapolação desse poder regulamentar?

No Quadro 1 estão compiladas as informações dos atos normativos pesquisados:

Quadro 1: Mapeamento¹³⁶

Número	Espécie	Emitente	Requisitos obrigatórios do acordo ¹³⁷	Admissão de ilícito
179/2017 ¹³⁸	Resolução	CNMP	Reparação do dano e aplicação de uma ou algumas das sanções da LIA – art. 1.º, § 2.º	Não
10/2020 ¹³⁹	Orientação	MPF – 5.ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção – CCR	Reparação do dano ou perdimento de vantagem ilícita, compromisso de cessação de conduta ímproba e aplicação de uma sanção da LIA – arts. 22, 23, § 2.º, 25, <i>caput</i> , e 26, II e IX	Sim
028/2012 ¹⁴⁰	Resolução	MP-AC – Colégio de Procuradores de Justiça	Ressarcimento ao erário e aplicação de uma ou algumas das sanções da LIA – art. 87, § 2.º, II	Não
11/2019	Resolução	MP-AL – Colégio de Procuradores de Justiça	Compromisso de cessar a participação no ilícito, reparação do dano e perdimento da vantagem ilícita, manutenção ou indisponibilização de bens para garantir o ressarcimento; aplicação de uma ou mais das seguintes medidas: sanções da LIA, compromisso de reparação de danos morais coletivos, renúncia ao direito de candidatar-se a cargos eletivos ou, ainda, reconhecimento de que o protesto é meio hábil de suspensão de prazos prescricionais – arts. 3.º, I, IV, V e X, e 5.º	Sim

Continua...

¹³⁶ As informações incluídas no Quadro 1 foram obtidas a partir de pesquisa realizada entre os dias 10 e 24 de julho de 2022, mediante consulta de páginas oficiais na *internet* do CNMP, do Ministério Público Federal, do Ministério Público do Distrito Federal e do Ministério Público de todos os Estados da Federação. As palavras-chave de pesquisa de atos normativos foram: ‘acordo de não persecução civil’ ou ‘cível’, ‘ANPC’, ‘acordo de não persecução’, ‘Lei n. 8.429/1992’, ‘Lei n. 14.230/2021’, ‘improbidade’, ‘acordo’, ‘leniência’, ‘inquérito’ e ‘civil’.

¹³⁷ A regulamentação pode incluir outros requisitos facultativos para a celebração do acordo. No Quadro 1 foram indicados apenas os requisitos obrigatórios.

¹³⁸ O regulamento foi editado para disciplinar o TAC da Lei n.º 7.347/1985. Mesmo sendo anterior ao permissivo legal do acordo no campo da improbidade, surgido em 2019, autorizou-se o TAC “nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa”, com disciplina genérica, sem prever expressamente a admissão de ilícito, conquanto exija a aplicação de “uma ou algumas das sanções” da LIA.

¹³⁹ Esse regulamento foi ratificado pela Nota Técnica n.º 01, de 11 de novembro de 2021, da 5.ª CCR, cujo item 115 previu que a “disciplina jurídica contida na Orientação Normativa 5.ª CCR-MPF n. 10/2020 se coaduna com o novo regime do Acordo de Não Persecução Cível”.

¹⁴⁰ Foi alterada pela Resolução n.º 90/2021 – CPJ, que previu, entre outras disposições, acordo no âmbito da improbidade administrativa.

continuação

Número	Espécie	Emitente	Requisitos obrigatórios do acordo ¹⁴¹	Admissão de ilícito
006/2015 ¹⁴²	Resolução	MP-AM – Conselho Superior	Ressarcimento ao erário e aplicação de uma ou algumas das sanções da LIA – art. 68, § 2.º	Não
003/2020	Resolução	MP-AP – Colégio de Procuradores de Justiça	Admissão do ilícito, compromisso de cessar a participação no ilícito, reparação do dano e perdimento da vantagem ilícita; aplicação de uma ou mais das seguintes medidas: multa civil, exoneração do cargo, emprego ou função ou, ainda, proibição de contratar com o poder público ou receber incentivos; compromisso de alteração na governança da pessoa jurídica – arts. 4.º, I, II, III, IV e VIII, e 6.º	Sim
11/2022	Resolução	MP-BA – Órgão Especial do Colégio de Procuradores	Reparação dos danos ao erário, se existentes, perdimento de eventuais vantagens ilícitas e compromisso de cessar o envolvimento nos ilícitos, quando cabível – art. 73, I, II e III.	Não ¹⁴³
068/2020	Resolução	MP-CE – Colégio de Procuradores de Justiça	Ressarcimento ao erário e aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, compromisso de cessação do ilícito, reparação de eventual dano, transferência de eventual vantagem indevida para a entidade lesada e compromisso de não ocultar ou dissimular a posse de bens obtidos ilicitamente – arts. 1.º e 3.º, I, II, III e IV	Sim
281/2021	Resolução	MP-DFT – Conselho Superior	Reparação do dano, indicação das sanções negociadas (não especificadas) compromisso de cessação e não reiteração da conduta – art. 4.º, II, III, IV e VI	Sim
09/2021	Resolução	MP-ES – Colégio de Procuradores de Justiça	Assunção de responsabilidade pelo ilícito, aplicação de pelo menos uma das sanções da LIA, reparação do dano, quando for o caso, compromisso de transferência de bens obtidos ilicitamente para a entidade lesada, quando for o caso – art. 4.º, I, II, IV, V e VI	Sim

Continua...

¹⁴¹ A regulamentação pode incluir outros requisitos facultativos para a celebração do acordo. No Quadro 1 foram indicados apenas os requisitos obrigatórios.

¹⁴² Foi alterada pela Resolução n.º 065/2019 – CSMP que, entre outras disposições, incluiu a previsão de acordos no domínio da improbidade.

¹⁴³ A Orientação n.º 3 do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Proteção à Moralidade Administrativa (CAOPAM) do Ministério Público do Estado da Bahia, anterior ao Regulamento, dispõe que “Para a celebração do acordo de não persecução cível (ANPC) é conveniente, mas não é necessário, que o investigado ou réu confesse formalmente a prática do ato ímprobo, bastando que ele manifeste seu assentimento às obrigações impostas, aceitando-as voluntariamente”.

continuação				
Número	Espécie	Emitente	Requisitos obrigatórios do acordo ¹⁴⁴	Admissão de ilícito
01/2021	Resolução	MP-GO – Colégio de Procuradores de Justiça	Compromisso de cessação do envolvimento no ilícito, reparação dos danos ou perdimento de bens obtidos ilicitamente, quando for o caso, aplicação de uma ou mais sanções da LIA ou reparação de danos morais coletivos, quando for o caso – arts. 5.º, II, III e IV, e 6.º	Sim
75/2019	Resolução	MP-MA – Colégio de Procuradores de Justiça	Compromisso de cessação do envolvimento no ilícito, reparação dos danos ou perdimento de bens obtidos ilicitamente, quando for o caso, aplicação de uma ou mais sanções da LIA ou compromisso de alteração da governança ou, ainda, reparação de danos morais coletivos, quando for o caso – arts. 3.º, I e II, e 4.º	Sim
080/2020 ¹⁴⁵	Resolução	MP-MT – Conselho Superior do Ministério Público	Reparação dos danos ou perdimento de bens obtidos ilicitamente, com reversão à pessoa jurídica lesada e compromisso de cessação do envolvimento no ilícito, compromisso de não ocultar ou dissimular a posse de bens ilícitos – art. 3.º, I e II, § 1.º, IV e XIII	Sim
03/2021 ¹⁴⁶	Resolução	MP-MS – Colégio de Procuradores de Justiça	Ressarcimento ao erário ou perdimento de bens obtidos ilicitamente; aplicação de uma ou mais sanções da LIA ou reparação de danos morais coletivos ou, ainda, renúncia ao direito de se candidatar a cargos eletivos, compromisso de cessação do envolvimento no ilícito – arts. 2.º e 3.º, III e VI, e 4.º	Sim
02/2022	Ato	MP-MG – Corregedor-Geral do Ministério Público – CGMP	Assunção de responsabilidade pelo ilícito, compromisso de cessação de envolvimento no ilícito, reparação dos danos e reversão dos valores à entidade lesada, aplicação, no mínimo, de uma dentre as sanções de: (i) multa civil; (ii) perda da função pública; (iii) suspensão do direitos políticos; ou (iv) proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos – arts. 182, II, III, IV, V, VIII e XII, e 184, V	Sim
07/2021	Resolução	MP-PA – Colégio de Procuradores de Justiça	Assunção de responsabilidade pelo ilícito, compromisso de colaborar com as investigações, compromisso de cessação do envolvimento no ilícito, reparação integral do dano ao erário e perdimento de bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio, aplicação de duas ou mais medidas sancionatórias na hipótese de atos tipificados nos arts. 9.º e 10 da LIA – art. 6.º, V, VI, VII, VIII, IX e X	Sim

continua...

¹⁴⁴ A regulamentação pode incluir outros requisitos facultativos para a celebração do acordo. No Quadro 1 foram indicados apenas os requisitos obrigatórios.

¹⁴⁵ Foi alterada pelas Resoluções n.º 089/2021, n.º 092/2022 e n.º 093/2022.

¹⁴⁶ Foi alterada pela Resolução n.º 006/2022.

continuação				
Número	Espécie	Emitente	Requisitos obrigatórios do acordo ¹⁴⁷	Admissão de ilícito
040/2020	Resolução	MP-PB – Colégio de Procuradores de Justiça	Confissão da prática de ato ímprobo ou de que dele se beneficiou, compromisso de cessação do envolvimento no ilícito, reparação integral do dano ao erário e perdimento de bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio, manutenção ou instituição de indisponibilidade de bens para garantir o ressarcimento, aplicação de sanções previstas na LIA ou reparação de danos morais coletivos ou, ainda, renúncia ao direito de candidatar-se a cargos eletivos, por determinado período, na seguinte gradação: uma dessas medidas no caso de dano ao erário ou violação a princípios; ou duas das medidas no caso de enriquecimento ilícito – arts. 3.º, I, II, V, VI, X, e 6.º	Sim
01/2017	Resolução	MP-PR – Conselho Superior	Prevê TAC para delitos de menor potencial ofensivo mediante compromisso de cessação do envolvimento no ilícito, reparação integral do dano ao erário e perdimento de bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio e, a depender da gravidade, cumulação das medidas com alguma das sanções da LIA, manutenção ou instituição de indisponibilidade de bens para garantir o ressarcimento – art. 3.º, I, IV, V e VIII	Sim
01/2020	Resolução	MP-PE – Conselho Superior	Confissão de prática de ilícito, compromisso de cessação, reparação dos danos, adoção de medidas de governança para mitigação de riscos nos casos de pessoas jurídicas aplicação, no mínimo, de uma dentre as sanções de: (i) pagamento de multa civil; (ii) proibição de contratar; ou (iii) exoneração do cargo, emprego e/ou função a pedido – arts. 3.º I, II, IV e V, e 4.º, I, II e III	Sim
04/2020	Resolução	MP-PI – Colégio de Procuradores de Justiça	Confissão da prática de ilícito e aceitar voluntariamente a aplicação de uma das sanções da LIA, compromisso de cessação do envolvimento no ilícito, reparação integral do dano ao erário e perdimento de bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio, além de submissão a alguma das seguintes medidas: aplicação de sanções previstas na LIA ou adoção de medidas de governança ou reparação de danos morais coletivos ou, ainda, renúncia ao direito de candidatar-se a cargos eletivos – arts. 3.º, I, II e III, e 4.º, I, II, III, IV, V e VI	Sim

continua...

¹⁴⁷ A regulamentação pode incluir outros requisitos facultativos para a celebração do acordo. No Quadro 1 foram indicados apenas os requisitos obrigatórios.

continuação				
Número	Espécie	Emitente	Requisitos obrigatórios do acordo ¹⁴⁸	Admissão de ilícito
2469/2022	Resolução	MP-RJ – Procurador-Geral de Justiça - PGJ	Confissão da prática de ilícito, reparação dos danos, aplicação de uma ou mais sanções da LIA, admitido o afastamento de sanções se houver colaboração com as investigações e o processo – arts. 2.º, § 2.º, e 10, IV, V e VI	Sim
027/2021	Resolução	MP-RN – Colégio de Procuradores de Justiça	Reparação do dano e perdimento dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio, aplicação de, no mínimo, uma das sanções da LIA – art. 10, V e VI	Não ¹⁴⁹
16/2021	Provimento	MP-RS – Procurador-Geral de Justiça – PGJ	Dever de reparação do dano e perdimento de bens obtidos ilicitamente, aplicação de, no mínimo, uma das sanções da LIA – art. 6.º, V e VI	Não ¹⁵⁰
03/2020 ¹⁵¹	Recomendação Conjunta	MP-RO – Procurador-Geral de Justiça e Corregedor-Geral do MP	Confissão dos ilícitos e aceitação de aplicação de, no mínimo, uma das sanções da LIA, compromisso de cessação do envolvimento no ilícito, reparação do dano ao erário ou perdimento dos bens ilicitamente acrescidos ao patrimônio, adoção de governança que mitigue o risco de novas ilicitudes, no caso de pessoa jurídica – arts. 3.º, I, II, III, IV e V, e 4.º	Sim
395/2018 ¹⁵²	Ato	MP-SC – Procurador-Geral de Justiça	Autoriza TAC para acordo em matéria de improbidade administrativa, mediante ressarcimento ao erário e aplicação de uma ou algumas das sanções da LIA – art. 25, § 2.º	Não
1.193/2020	Resolução	MP-SP – Colégio dos Procuradores de Justiça - CPJ	Admissão de ilícito, reparação do dano e perdimento dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio, aplicação de uma das sanções previstas na LIA (no caso de dano ao erário ou violação a princípios) ou duas sanções (no caso de enriquecimento ilícito) – arts. 1.º, § 1.º, e 5.º, V, VII e VIII	Sim

continua...

¹⁴⁸ A regulamentação pode incluir outros requisitos facultativos para a celebração do acordo. No Quadro 1 foram indicados apenas os requisitos obrigatórios.

¹⁴⁹ Conforme o art. 10, II:

“Art. 10. O instrumento que formalizar o Acordo de Não Persecução Cível deverá conter os seguintes itens: [...]

II – sucinta descrição do fato, com a respectiva tipificação legal em tese, não sendo condição obrigatória a assunção de responsabilidade pelo ato ilícito praticado”.

¹⁵⁰ Conforme o art. 6.º:

“Art. 6.º O instrumento que formalizar o Acordo de Não Persecução Cível deverá conter os seguintes itens: [...] II – sucinta descrição do fato, com a respectiva tipificação legal em tese, não sendo condição obrigatória a assunção de responsabilidade pelo ato ilícito praticado”.

¹⁵¹ A regulamentação de acordos no domínio da improbidade consta da Resolução do Colégio de Procuradores n.º 6/2019. Não houve revogação, mas nos ‘considerados’ da Recomendação n.º 03/2020 indicou-se, entre outras questões, a alteração da LIA pela Lei n.º 13.964/2019, além de necessidade de ajustar e integrar a política de negociação do Ministério Público do Estado de Rondônia.

¹⁵² Disciplina a notícia de fato, a instauração e tramitação de inquérito civil e de procedimento preparatório, a expedição de recomendações e a celebração de compromisso de ajustamento de conduta no âmbito do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

continuação				
Número	Espécie	Emitente	Requisitos obrigatórios do acordo ¹⁵³	Admissão de ilícito
015/2018 ¹⁵⁴	Resolução	MP-SE – Colégio de Procuradores de Justiça	Cessação do envolvimento no ato ilícito, reparação integral do dano ao erário, transferência do benefício advindo da ilicitude para a entidade lesada, aplicação de sanções previstas na LIA ou reparação de danos morais coletivos ou, ainda, renúncia ao direito de candidatar-se a cargos publicos ou eletivos – arts. 4.º, I, II e III, e 6.º	Sim ¹⁵⁵
05/2018 ¹⁵⁶	Resolução	MP-TO – Conselho Superior	Cessação do envolvimento no ilícito, reparação integral do dano ou perdimento dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio – art. 43, I e III ¹⁵⁷	Sim

Fonte: Elaborado pelo próprio autor

A partir dos dados organizados no Quadro 1, verifica-se a predominância de atos produzidos por órgãos colegiados, o que se afigura desejável para garantir a legitimidade e a estabilidade das regras editadas, como fruto de estudo e debate da entidade ministerial, o que pressupõe mais ampla consideração de todos os interesses envolvidos na normatização. Quanto aos atos provenientes de órgãos singulares, ainda que minoritários, pode-se apontar um déficit de legitimidade pela supressão do indispensável debate institucional, além dos riscos para a estabilidade das regras, em decorrência da simplificação dos requisitos para sua alteração.¹⁵⁸ O

¹⁵³ A regulamentação pode incluir outros requisitos facultativos para a celebração do acordo. No Quadro 1 foram indicados apenas os requisitos obrigatórios.

¹⁵⁴ Regulamenta, no âmbito do Ministério Público do Estado de Sergipe, o Compromisso de Ajustamento de Conduta em razão da prática de atos de improbidade administrativa, definidos na Lei n.º 8.429, de 02.06.1992, e de atos praticados contra a Administração Pública, definidos na Lei n.º 12.846, de 1.º.08.2013, e d  providências correlatas.

¹⁵⁵ Essa conclusão decorre da previsão de cessação do envolvimento do compromiss rio no ato ilícito (art. 4.º, I), embora a previsão expressa de “admissão quanto   participação nos fatos” conste apenas do acordo de leniência, no qual há previsão de colaboração com as investigações (art. 5.º).

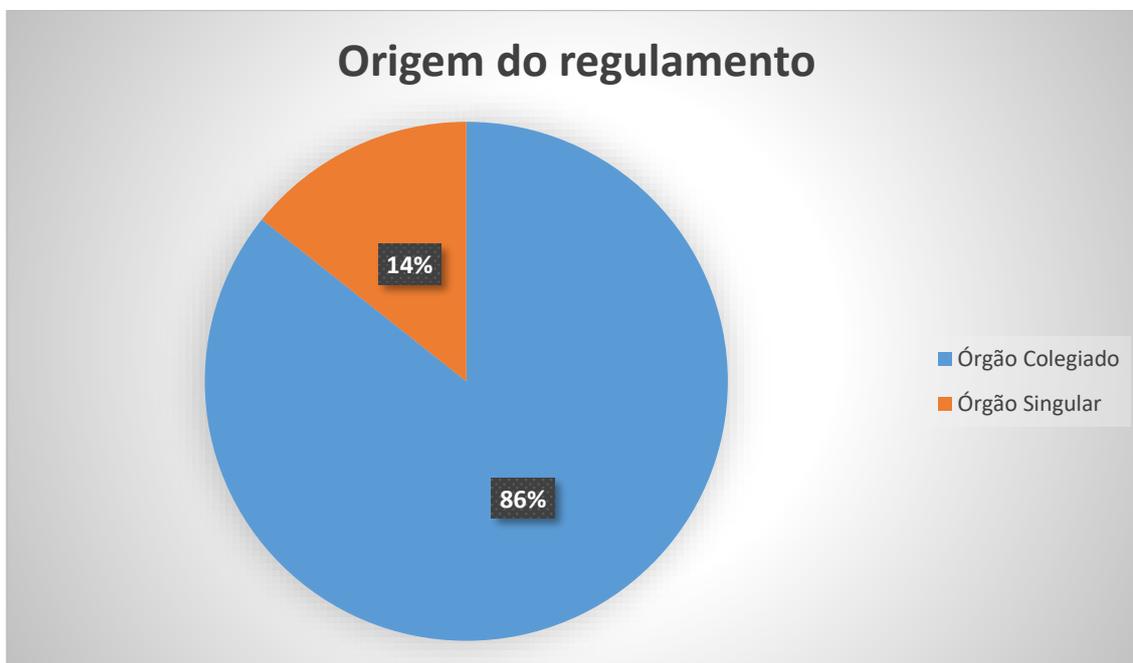
¹⁵⁶ Institui normas que regulamentam a instauração e tramitação dos procedimentos extrajudiciais na área dos interesses ou direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis, o compromisso de ajustamento de conduta, a recomendação, a audiência pública e a carta precatória no âmbito do Ministério Público do Estado do Tocantins e dá outras providências.

¹⁵⁷ A Resolução prev e, no art. 42, I e II, o TAC exclusivamente para atos de menor potencial ofensivo ou para colaboração com as investigações.

¹⁵⁸ Não se pode ignorar a importância da institucionalidade na edição de regulamentos. Tratando-se de questões envolvendo os limites da regulamentação e o conteúdo necessário da lei para a edição de atos normativos infralegais, Carlos Ari Sundfeld faz importantes observações sobre a relevância dos aspectos institucionais dos órgãos responsáveis pela produção de atos normativos, para a salvaguarda dos interesses dos administrados afetados. A partir de exemplos, o doutrinador registra caso em que a produção de lei extensa na definição de direitos e obrigações no âmbito do procedimento de tombamento, destinada a eliminar a disciplina da matéria pelo administrador, não permite, na prática, o condicionamento de vastos poderes administrativos; também cita exemplo em que esse resultado é atingido mediante criação de órgão bem aparelhado, com competências organizadas para o desempenho da função normativa, como   o CADE. A partir desses exemplos, assinala que

Gráfico 1 é ilustrativo da predominância dos atos normativos colegiados no tratamento do ANPC:

Gráfico 1: Origem do regulamento



Fonte: Elaborado pelo próprio autor

Existe predomínio ainda maior de atos normativos que estabelecem, de modo obrigatório, a aplicação de sanções para a pactuação do ANPC. Como visto no Quadro 1, aqui reside a maior diversidade entre as regras dos atos normativos pesquisados, pois, mesmo nos casos em que há obrigatoriedade de aplicação de sanção, os critérios são elásticos, em algumas circunstâncias são previstas como aplicáveis as sanções instituídas na LIA, em outros são abordadas medidas indenizatórias ou punitivas diversas (v.g., a indenização de dano moral coletivo e o compromisso do interessado não se candidatar a cargos públicos eletivos), além de

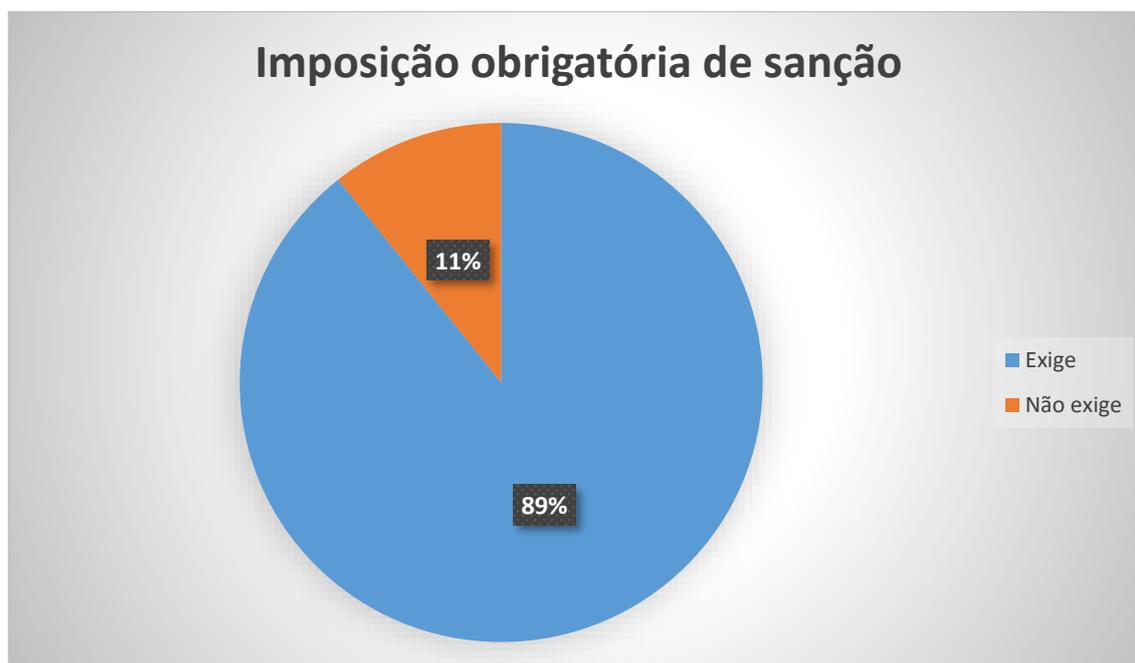
“a chave da proteção dos direitos está mais nos aspectos institucionais, e não na densidade substantiva da própria lei [...]” (*Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 171). A institucionalidade parece ter sido ignorada por órgãos ministeriais que editaram atos normativos *one shot* sobre o ANPC, porquanto um regulamento destinado a tratar de matéria sensível e de amplo alcance merece uma discussão ampla em nível institucional, com a produção de ato colegiado, devidamente submetido aos órgãos deliberativos competentes, em vez de ser outorgado por autoridades isoladas. Também pode ser apontada a carência de processualização dessa atividade normativa do Ministério Público, tema que tem sido objeto de estudos doutrinários recentes, do qual é exemplo a tese de doutoramento de Juliana Bonacorsi de Palma, na qual expõe que: “A processualização da atividade administrativa no Brasil ainda não alcançou plenamente o exercício de funções normativas pela Administração Pública. Mas há que se reconhecer um dever de realizar processo para o exercício da competência normativa” (*Atividade normativa da administração pública*. Estudo do processo administrativo normativo. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 277-278).

serem estabelecidas regras de gradação na imposição de sanções, a depender do enquadramento do ato de improbidade nos artigos 9.º, 10 e 11 da LIA.

As raras exceções de atos normativos que não exigem a aplicação de medidas punitivas ficaram a cargo do Ministério Público dos Estados da Bahia, do Mato Grosso e do Tocantins, e, no último caso, trata-se de resolução que ainda não foi atualizada, disciplinando o acordo por intermédio de termo de ajustamento de conduta. Merece registro o ato normativo do Ministério Público do Estado de Sergipe, o qual também ainda não foi atualizado e apresenta regras com características singulares, porquanto prevê a imposição alguma das sanções da LIA, mas admite, de modo alternativo, sua substituição por outras medidas, que podem ter ou não caráter sancionatório, como a renúncia da função pública, o pagamento de reparação dos danos morais ou a renúncia ao direito de se candidatar a cargos públicos eletivos.

No Gráfico 2 fica evidenciado o predomínio da imposição obrigatória de sanção como conteúdo necessário do ANPC nos atos normativos pesquisados:

Gráfico 2: Imposição obrigatória de sanção

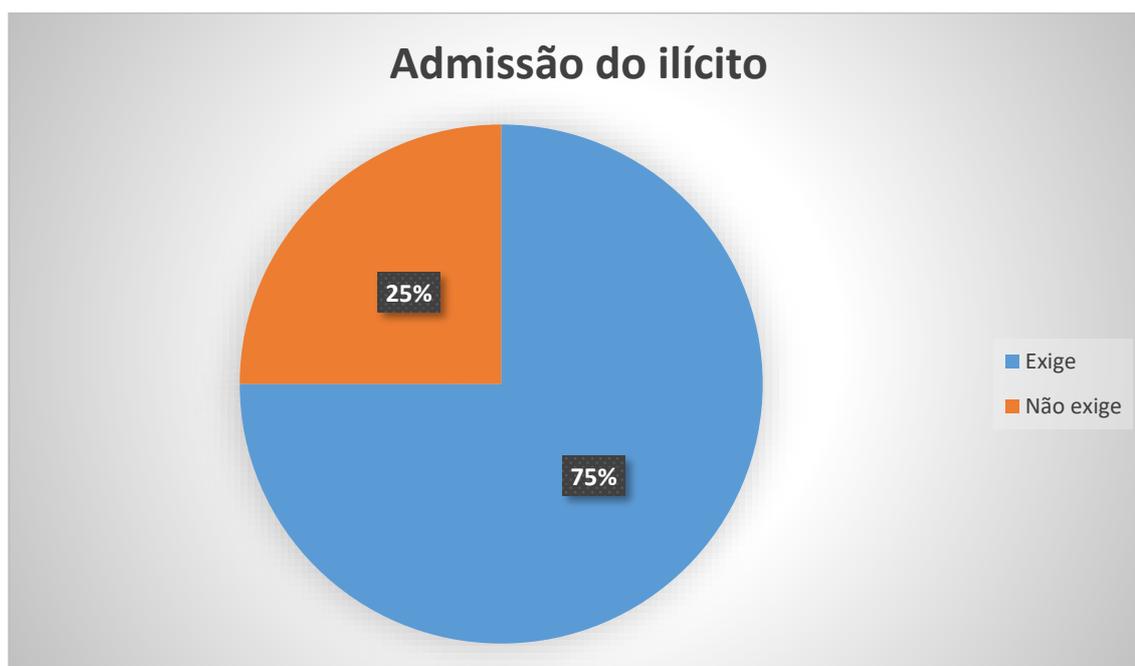


Fonte: Elaborado pelo próprio autor

Também há um predomínio que, porém, não é tão acentuado, na exigência de admissão do ilícito como condição necessária para celebração do ANPC, conforme dados dos regulamentos pesquisados e que foram compilados no Quadro 1.

Observe-se que a atual resolução do CNMP que regulamenta os acordos no domínio da improbidade não prevê tal requisito, porém trata-se de ato normativo desatualizado, tanto que, como anteriormente registrado, existe proposta de resolução em tramitação voltada a disciplinar especificamente o ANPC. Tal proposta, que estabelece a assunção de responsabilidade pelo ato ilícito, poderá produzir um reforço na tendência de generalização desse requisito caso seja efetivamente aprovada, tendo em vista o caráter referencial das regras editadas pelo CNMP para o Ministério Público Federal, Ministério Público do Distrito Federal e Ministérios Públicos Estaduais. Ademais, o MPF, que constitui a entidade ministerial com competência mais dilatada por sua atuação na Justiça Federal, além do STJ e do STF, exige a admissão da ilicitude para a pactuação do ANPC, o que reforça o predomínio desse requisito para a terminação consensual dos litígios no campo da improbidade, tal como retratado no Gráfico 3:

Gráfico 3: Admissão do ilícito



Fonte: Elaborado pelo próprio autor

Em resumo, as informações obtidas em pesquisa e compiladas no Quadro 1 permitem demonstrar o tratamento marcadamente assimétrico que o ANPC vem recebendo nos atos normativos editados pelo Ministério Público em todas as suas esferas, de modo a eliminar a necessária uniformidade na aplicação de instituto de consensualidade regido por lei nacional.

Nos tópicos seguintes, serão examinados o conceito e as finalidades do regulamento no direito brasileiro para verificação dos limites materiais dos atos normativos editados sobre o ANPC.

5.1 Regulamento: conceito e finalidades

A criação de normas gerais, abstratas e cogentes, conquanto seja a função essencial do Poder Legislativo, não é por ele exercida de forma exclusiva, remanescendo aos demais poderes, dentro de espaços específicos, a competência de expedição de atos de conteúdo normativo.

Nessa classe de atos inserem-se o decreto – que constitui ato privativo do chefe do Poder Executivo – e os regulamentos, que se desdobram em várias espécies (resoluções, instruções normativas, portarias etc.) e podem ser expedidos em outros níveis hierárquicos do Poder Executivo e, também, por entidades integrantes de outros poderes.

A função regulamentar tem a finalidade de garantir a operatividade da lei, considerando-se a impossibilidade de o legislador disciplinar em minúcias todos os aspectos da vida social e oferecer soluções para os problemas concretamente surgidos. Por conseguinte, transfere-se aos órgãos incumbidos da execução dos comandos legais a atribuição de densificar as disposições abstratas para garantir sua aplicabilidade concreta. Essa é a finalidade explicitamente irrogada ao regulamento pelo art. 84, IV, da CF/1988, quando se atribui ao chefe do Poder Executivo a competência de “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como *expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*”.

O regulamento tem a função de integração e complementação do ordenamento para concretização das finalidades da lei. No preciso entendimento de Carlos Medeiros Silva, “[...] como o direito não se esgota na lei, dadas as deficiências de linguagem e impossibilidade de prever todos os casos de incidência, aos seus aplicadores, na esfera do Executivo e do Judiciário, cabe concretizar a vontade do legislador”.¹⁵⁹

Isso explica a larga utilização de atos normativos infralegais, emitidos numa função imprópria exercida por poderes alheios ao Legislativo, que se dá muitas vezes com expressa autorização da Constituição Federal de 1988 e da legislação. Nesse sentido, há previsão de competência regulamentar relativamente ao CNMP, inserida no art. 130-A, § 2.º, I, da CF/1988,

¹⁵⁹ SILVA, Carlos Medeiros. O poder regulamentar e sua extensão. *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, v. 20, p. 2, abr./jun. 1950.

ao dispor sobre a atribuição do referido órgão de “zelar pela autonomia funcional do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”.¹⁶⁰ A competência regulamentar está presente em leis que disciplinam a organização do Ministério Público Federal e dos Estados, como se verifica, v.g., no art. 19, XII, c, da Lei Complementar Estadual n.º 734/1993, que institui a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Dentro da competência de edição de regulamentos, contudo, não há liberdade para a criação de um novo quadro normativo ou alteração das disposições constantes da lei. Pelo contrário, por se tratar de ato infralegal e vocacionado a garantir a efetiva aplicação da lei, o regulamento não pode a ela sobrepor-se, nem dela desviar-se, daí resultando a ideia corrente de que lhe é defeso inovar na ordem jurídica,¹⁶¹ afinal, pelo art. 5.º, II, da CF/1988, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de *lei*.

A compreensão dos limites da função regulamentar não é, porém, questão das mais simples, sendo insuficiente a conclusão de que não poderia o regulamento inovar na ordem jurídica, quando lhe compete a complementação das regras veiculadas na lei para garantir-lhes a execução.

Isso exigirá, em maior ou menor grau, algum tipo de inovação na ordem jurídica, pois, do contrário, haveria simples repetição mecânica do conteúdo da lei, sem qualquer utilidade da regulamentação. Bem por isso, Marçal Justen Filho observa que:

A atuação inovadora do Executivo, por via regulamentar, reflete uma necessidade relacionada à produção normativa. O Legislativo não dispõe de condições para formular todas as soluções. A lei é um esquema normativo que demanda complementação. O regulamento produzido pelo Executivo exerce

¹⁶⁰ A mesma competência é outorgada ao CNJ, pelo art. 103-B, § 4.º, I, da CF/1988. Discute-se se esse dispositivo do constituinte reformador concedeu ao CNJ e CNMP competência para edição de atos normativos primários, com fundamento diretamente na Constituição Federal, sem dependência de lei. Em dissertação de mestrado na qual realizou amplo estudo de acórdão do STF que examinou a constitucionalidade da Resolução n.º 7/2005 do CNJ, que vedou o nepotismo, Fábio Luís Bossler conclui que o “Supremo Tribunal Federal reconheceu que a Emenda Constitucional n.º 45/2004 atribuiu ao Conselho Nacional de Justiça poder normativo primário. Esse poder, porém, deve ser exercido somente no âmbito das competências constitucionais conferidas ao CNJ” (*Os limites constitucionais de atuação do Conselho Nacional de Justiça*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 353).

¹⁶¹ Conforme registrado por Celso Antônio Bandeira de Mello, referenciando a obra de Osvaldo Aranha Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 318). No mesmo sentido: “O Poder Executivo, salvo em casos excepcionais, não tem a faculdade de estabelecer normas gerais criadoras de direitos; esta é a função do Poder Legislativo, mas a ele compete estabelecer as condições em que a lei deve ser executada e prover a melhor maneira de tornar efetivas as suas determinações” (CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Comentários à Constituição brasileira de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956. v. II, p. 228).

essa função complementar, visando a assegurar a geração da melhor solução possível.

Aliás, o argumento da mera reiteração dos termos da lei conduz à inutilidade da regra constitucional que institui competência regulamentar para o Poder Executivo. Se fosse vedada qualquer inovação na disciplina legal, o regulamento seria inútil.¹⁶²

Deveras, o exercício do poder regulamentar é fundamental para o desempenho das inúmeras atribuições que a lei comete à Administração Pública, muitas delas revestidas de complexidade e tecnicidade.¹⁶³ Na lei encontram-se os contornos gerais e abstratos dessas atribuições, competindo aos regulamentos estabelecer os critérios interpretativos e esquemas organizacionais necessários para que a Administração atue no atingimento dos objetivos almejados pelo legislador.

É importante, nesse sentido, o registro sobre a posição de respeitável corrente doutrinária mais recente, que defende a relevância da função normativa da Administração e sua amplitude, com o objetivo de superar a corrente tradicional, fincada na impossibilidade de inovação na ordem jurídica pelos regulamentos, com apego demasiado ao esquema da tripartição entre os poderes. A corrente mais atual sustenta, com ponderáveis argumentos, que há necessidade de rompimento intelectual com a posição tradicional, pois a regulação é fundamental para a sociedade, para a ordenação dos mercados e dos serviços públicos.¹⁶⁴

¹⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 334.

¹⁶³ Em matérias altamente complexas, ocorre o fenômeno da deslegalização (ou delegificação) da atuação legislativa, que se distingue do poder regulamentar. Nesse caso, o próprio corpo legislativo, considerando a complexidade e tecnicidade da matéria, transfere sua disciplina para órgãos administrativos especializados (v.g., agências reguladoras), criando uma espécie de rebaixamento do nível hierárquico do tratamento da matéria, que poderá ser alterado por outros regulamentos, sem dependência de lei. Isso se faz por meio de uma degradação hierárquica, para que a disciplina possa ser ajustada pela Administração em conformidade com a realidade cambiante e complexa, na linha da exposição de Alexandre Santos Aragão (O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 148, p. 275-299, out./dez. 2000).

¹⁶⁴ Essa é a posição defendida por Jean-Paul Veiga da Rocha, em estudo no qual se dedicou a criticar tanto a posição doutrinária tradicional, de viés restritivo sobre os limites da função regulamentar, quanto a posição mais permissiva, que padeceria de incoerências por ele apontadas. Em notável levantamento bibliográfico, o autor relata os antigos e intensos debates da doutrina publicística brasileira sobre a necessidade de ampliação do poder regulamentar e de admissão da delegação legislativa, ainda nos anos 1950. Notícia, inclusive, o equívoco de se imaginar que a discussão teria sido iniciada nos anos 1990, com a criação das agências reguladoras, demonstrando que o debate é muito mais antigo e que se deu intensamente após a CF/1946. Destaca as duas correntes existentes sobre o regulamento, a primeira delas restritiva, preocupada com a hipertrofia do Poder Executivo e que, em sua visão, ignora a realidade posta de extensa produção infralegal, pautada pela necessidade de dinamização econômica e funcionamento de serviços públicos, de modo que a obstrução de poderes normativos à Administração poderia gerar a desestruturação dos mercados. Por outro lado, a outra corrente, mais permissiva, por ele denominada de “constrangida”, reconheceria a necessidade de inovação jurídica pelos regulamentos, em face da dinamização das relações de mercado, da impossibilidade de se aguardar o lento processo legislativo, além da incapacidade do Parlamento de disciplinar eficientemente

Adota-se, neste estudo, uma visão mais restritiva sobre os regulamentos, sem a pretensão de advogar uma posição de repressão das possibilidades e potencialidades do poder regulamentar, indispensável para o bom funcionamento da máquina administrativa.¹⁶⁵ As concepções mais tradicionais e restritivas, nesse caso, devem ser observadas quando se trata de regulamentar as negociações que envolvem acordos em matéria sancionatória.

As razões que justificam o reconhecimento da necessidade de transferência de grandes poderes normativos para os órgãos administrativos (por exemplo, as agências reguladoras) decorrem principalmente da especialização de suas funções, da tecnicidade de sua atuação e da finalidade de eficiente regulação do mercado e dos serviços públicos. A admissão de maior extensão e de inovação jurídica pelos regulamentos se dá em termos práticos, pensando-se em questões de governabilidade, tanto que Jean-Paul Veiga da Rocha destaca a confusão do debate envolvendo o “controle democrático da burocracia”.¹⁶⁶

Nesta pesquisa, a questão a ser enfrentada é diversa e possui maior afinidade com temas que envolvem os direitos fundamentais de investigados, além de competências e prerrogativas titularizadas pelo Ministério Público, o qual, aliás, não tem as mesmas competências da Administração, pois a ele cabe a defesa da ordem jurídica e democrática, e não a gestão da máquina pública e a execução das diretrizes postas nos comandos legais.

Os critérios defendidos para a ampliação do poder regulamentar da Administração não teriam aplicabilidade para expandir os poderes de regulamentação do Ministério Público em matéria de acordos de direito sancionador. A análise nesse campo deve ter maior preocupação com a aderência dos regulamentos à lei e com as bases por ela definidas para o ANPC.

matérias altamente técnicas. O autor critica tal corrente, pois, segundo ele, revelaria um receio de transferir grandes poderes legislativos para a burocracia, sem compreender a necessidade de revisitar a própria dogmática da matéria, como se vê da seguinte passagem conclusiva de seu estudo: “A dogmática do direito público pode e deve ser transformada. Seus cânones revelam-se hoje, no Brasil, não somente irrealistas, mas prejudiciais para a própria democracia, já que semeiam grande confusão no debate sobre o controle democrático da burocracia. Esses cânones ainda são responsáveis pela formação ideológica da maior parte dos operadores do direito em nosso país, que se veem desorientados ao terem que lidar com todo o universo paralelo de normas jurídicas criadas por burocratas que regulam todos os aspectos da vida social” (Quem tem medo da delegação legislativa? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 271, p. 216, jan./abr. 2016).

¹⁶⁵ Oportuna a advertência realista de Juliana Bonacorsi de Palma sobre a perene convivência do Brasil com a edição numerosa de regulamentos, que constitui realidade que não pode ser ignorada no estudo da matéria: “O Brasil é o país dos regulamentos. Este é um fato da realidade que o debate sobre a atividade administrativa normativa invariavelmente teve de considerar, qualquer que seja o entendimento sustentado. A produção normativa pela Administração Pública sempre foi amplíssima: o Brasil como Império preocupado com a centralização da Nação vivenciou amplos períodos ditatoriais e se configura como um Estado intervencionista. Ainda que sejam invocados argumentos de resistência à edição de normas pelo Poder Público que inovem a ordem jurídica, a Administração já o faz – há tempos” (*Atividade normativa da administração pública*. Estudo do processo administrativo normativo cit., p. 105).

¹⁶⁶ ROCHA, Jean-Paul Veiga da. Quem tem medo da delegação legislativa? cit., p. 216.

Portanto, não se pretende neste trabalho uma tomada de posição a respeito do complexo tema da amplitude constitucional da função normativa exercida pela Administração envolvendo os regulamentos executivos, delegados e autorizados, especialmente a tradicional oposição entre os regulamentos executivos, destinados a operacionalizar a aplicação da lei, e os regulamentos autorizados, pelos quais o legislador delega ao administrador a competência normativa para garantir a eficiente aplicação do ato legislativo.¹⁶⁷ As funções e atribuições constitucionais da Administração Pública e a relevância do desempenho da função regulatória permeiam esse debate e não se colocam na questão da regulamentação editada pelo Ministério Público sobre o ANPC.

Dessarte, neste estudo, a adoção de uma visão mais restritiva da função regulamentar e da necessidade de sua estrita subordinação à lei decorre do objeto dos atos normativos, que estabelecem parâmetros de negociação na órbita do direito sancionador, com restrição a direitos fundamentais.¹⁶⁸ Além disso, a análise que se pretende conduzir é de conformidade dos atos normativos com o quadro geral do artigo 17-B da LIA, ou seja, pretende-se examinar a compatibilidade dessa regulamentação com os contornos e as finalidades pretendidas pelo legislador ao criar o ANPC.

Superado esse aspecto preliminar, tem-se que a necessidade de regulamentação tem relação direta com o nível de detalhamento que a lei apresenta no tratamento da matéria. O

¹⁶⁷ No ensaio “Administrar é criar?”, publicado na obra *Direito administrativo para céticos*, Carlos Ari Sundfeld aborda com profundidade o assunto, para defender sua posição pela legitimidade dos regulamentos autorizados, com possibilidade de inovação jurídica pelos atos normativos editados pela Administração, desde que observados os casos de reserva legal (definidos de modo expreso na Constituição Federal de 1988) e a necessidade de definição de parâmetros para o desempenho da função regulamentar, assim como de regras de institucionalidade e de procedimento, para garantir a possibilidade de controle dos atos normativos. Cabe o registro da posição crítica do administrativista de que a “experiência jurídica tem rejeitado a visão daqueles que, quanto à ação normativa, reduzem para todos os casos o papel possível da Administração, definindo-o como de mera operacionalização de decisões já tomadas pelo legislador” (*Direito administrativo para céticos cit.*, p. 179). Na mesma linha a posição de André Rodrigues Cyrino: “Não nos parece, portanto, que, do ponto de vista jurídico, haja uma vedação peremptória às delegações. A atividade regulamentar a partir de normas abertas (leis quadro) pode ser válida. Para tanto, é preciso que se lhe desenhem meios de legitimação e controle. Eles constituirão a chave para a redefinição do próprio sentido da função normativa do Poder Executivo. Na verdade, o processo de delegações, sem infirmar o regime constitucional, pode contribuir para o seu aperfeiçoamento, com a dinamicidade exigida pelos dias de hoje, ao passo em que aprimora a democracia, e cria incentivos para que não ocorra usurpação, mas cooperação institucional” (*Delegações legislativas e poder regulamentar: política e direito na administração pública brasileira cit.*, p. 182).

¹⁶⁸ Em sua tese de doutoramento defendida perante a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, André Rodrigues Cyrino propõe a criação de cânones destinados a avaliar a legitimidade do poder normativo da Administração, sendo um deles a avaliação do ingresso do regulamento em matéria de direitos fundamentais. O entendimento do autor é de que “quanto maior a possibilidade de que o regulamento restrinja severamente direitos fundamentais, mais se poderá exigir do legislador, que deverá ser mais claro nos seus propósitos, ainda que delegue alguma parcela decisória ao agente público. A restrição a direitos deve integrar o custo do processo legislativo, o que é essencial para a contenção do arbítrio” (*Delegações legislativas e poder regulamentar: política e direito na administração pública brasileira cit.*, p. 212).

trabalho legislativo analítico e minucioso terá o condão de dispensar ou reduzir o espaço de regulamentação, ao passo que leis genéricas ou que tratem de temas de natureza técnica ou complexa exigirão a complementação e a particularização de suas regras para permitir a aplicação prática.

Nesse sentido, o exercício da competência regulamentar só tem lugar quando a lei não tiver regulado a matéria em todos os seus aspectos, deixando para a Administração espaço de atuação e decisão. A finalidade da competência regulamentar, na linha preconizada por Celso Antônio Bandeira de Mello, é a de delimitar o exercício dessa competência discricionária da Administração. Diz o eminente jurista que o “regulamento tem cabida quando a lei pressupõe, para sua execução, a instauração de relações entre a Administração e os administrados, cuja disciplina comporta certa *discricionarietà administrativa*”.¹⁶⁹

Desse modo, não tendo a lei condições de prefigurar todas as hipóteses de sua aplicação, especialmente em face da complexidade e multiplicidade das incumbências da Administração, são reconhecidos espaços de atuação discricionária, os quais terão de ser preenchidos por atos praticados pelos inúmeros órgãos e agentes públicos competentes. Isso torna necessário organizar o aparato estatal para o exercício adequado dessas atribuições, diante do risco de que cada órgão ou agente público passe a adotar medidas díspares em casos similares ou, ainda, trate desigualmente os administrados.

O regulamento tem, nessa linha, a função de estabelecer regramento procedimental, destinado a organizar e definir a melhor forma de exercício do poder discricionário da Administração, em conformidade com a clara exposição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Note-se que, se inexistissem tais disposições concernentes ao *modus procedendi*, a multiplicidade de maneiras pelas quais se poderiam efetuar ensejaria que órgãos e agentes públicos, por desfrutarem de certa discricção perante tais questões – dada a ausência de pormenores legais quanto a isso –, adotassem soluções díspares entre si, incompatíveis com a boa ordem administrativa e com a igualdade de tratamento a que os administrados fazem jus.

Assim, ao prefixar o modo pelo qual se processarão tais relações, o regulamento coarta esta discricção, pois limita a conduta que órgãos e agentes terão de observar e fazer observar. Destarte, assegura-se uma uniformidade de procedimento, pela qual se garante obediência ao cânone fundamental da igualdade, que sofreria transgressões se inexistisse a medida regulamentar.¹⁷⁰

¹⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 325-335.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 335-336.

É de notar, na linha aqui exposta, que uma das finalidades primordiais do regulamento é a concretização de tratamento igualitário dos particulares que se relacionam com a Administração, dentro dos espaços franqueados para o exercício da discricionariedade administrativa. Considerando-se que o desempenho das atribuições fixadas na lei produzirá relações jurídicas entre a Administração e os particulares, cabe ao regulamento definir de que forma se dará essa interação, quais os órgãos competentes para a interlocução, as regras essenciais de tramitação de procedimentos, enfim, o regramento mínimo que dê aos particulares as mesmas condições de tratamento perante os agentes públicos, eliminando-se o risco de que a mesma lei seja executada de maneira diversa em cada caso concreto.

Isso posto, também pode ser evidenciada outra característica do regulamento, que é a de estabelecer primordialmente regras procedimentais e competenciais.

Essa questão tem pertinência para determinar em que medida os regulamentos atingem os administrados que, em virtude da lei, estejam obrigados a relacionar-se com a Administração. Na linha do que já foi exposto, os direitos e as obrigações devem ser definidos em lei, cabendo aos regulamentos apenas estabelecer os meios de sua operacionalização e aplicação, pela conformação do aparato estatal.

Daí se segue que a função primordial do regulamento é a de produzir efeitos dentro da órbita administrativa, com comandos dirigidos aos órgãos e agentes da entidade estatal para o fiel cumprimento da lei. Relativamente aos particulares, o regulamento deve projetar efeitos meramente indiretos, na medida em que esteja a disciplinar regras procedimentais para o relacionamento a ser travado com a Administração. Geraldo Ataliba observa a esse respeito que:

Só se é colhido por regulamento, na medida em que se é posto na contingência de se relacionar com uma repartição pública, cuja ação a ele esteja sujeita. Efetivamente, os não servidores são colhidos pelos preceitos regulamentares, somente quando a lei os obriga a relacionar-se com um órgão público. E somente são atingidos (os sujeitos não subordinados hierarquicamente ao editor) por via indireta, na medida em que os servidores em o acatando, comportarem-se desta ou daquela maneira.¹⁷¹

A conclusão anteriormente destacada tem total cabida na medida em que o exercício da função regulamentar é uma expressão do poder hierárquico, tanto que sua origem constitucional

¹⁷¹ ATALIBA, Geraldo. *Poder regulamentar do Executivo*. São Paulo: RT, 2011. p. 463. (Doutrinas essenciais de direito constitucional, v. 4.)

reserva apenas ao chefe do Poder Executivo a expedição de decretos. Com relação aos atos normativos regulamentares, trata-se de competência privativa dos órgãos de cúpula, aos quais cabe direcionar a atuação dos órgãos subordinados para obter a eficiência e os resultados esperados na consecução da lei.

Como é cediço, a hierarquia e a subordinação existem apenas no serviço público. Quanto aos particulares, a subordinação se dá, como regra, dentro dos preceitos da lei, aprovada pelos representantes legitimamente conduzidos pelo voto ao Poder Legislativo. Por tal motivo, as regras veiculadas em decretos, expedidos no exercício de função hierárquica, são dirigidas diretamente aos agentes públicos, tendo eficácia meramente reflexa para os particulares, na medida de seu relacionamento com o Estado.

A essa altura, já se podem firmar algumas conclusões sobre o conceito e as finalidades do regulamento, as quais serão úteis para o enfrentamento da regulamentação do ANPC.

O regulamento constitui ato normativo emitido em decorrência do poder hierárquico do órgão investido de competência normativa, que se presta a garantir a execução da lei, mediante explicitação de seu conteúdo e fixação de condições operacionais e procedimentais de sua aplicação. Serve o regulamento para delimitar os espaços de discricionariedade administrativa franqueados pela lei, estabelecendo regras procedimentais primordialmente dirigidas aos agentes públicos, além de assegurar o tratamento igualitário de particulares que tenham de se relacionar com a Administração.

As finalidades da função regulamentar, anteriormente enfocadas, foram destacadas em julgado do STF, que se dedicou a examinar a constitucionalidade de ato normativo editado pelo CNMP para dispor sobre o pedido e a utilização de interceptações telefônicas.¹⁷²

A Resolução n.º 36, de 06.04.2009, impugnada pela Procuradoria-Geral da República, foi editada para disciplinar, em caráter geral e abstrato, a conduta de membros do Ministério Público em procedimentos de interceptação telefônica. O STF reconheceu, por maioria de votos, a higidez do ato normativo, pois, na visão na corrente vencedora, o regulamento tinha por finalidade estabelecer procedimentos sem criar requisitos formais de validade para as interceptações telefônicas.

¹⁷² STF, Plenário, ADI 4.263/DF, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 25.04.2018, *DJe* 27.04.2018.

O relator, Min. Luís Roberto Barroso, averbou em seu voto a conveniência da criação, pelo regulamento, de parâmetros de análise dos casos concretos, a fim de assegurar tratamento igualitário. Nesse sentido, destacou que

[...] o Conselho não apenas pode veicular norma geral na qual prevê os parâmetros que utiliza na análise dos casos concretos que lhe são submetidos; é conveniente e desejável que ele o faça, já que essa providência confere à sua atuação maior previsibilidade e oferece aos destinatários de seu controle maior segurança jurídica e convicção de um tratamento isonômico.

Além da isonomia, o julgado tratou dos efeitos essencialmente internos da regulamentação.

Ao acompanhar o relator, o Min. Edson Fachin assinalou que a resolução teria o efeito de ampliar as garantias do jurisdicionado e que “A conclusão, aqui, é de que não poderia o CNMP criar obrigações que estendam-se a órgãos estranhos ao Ministério Público”.

Pelo precedente, nota-se claramente a preocupação da corrente vencedora de restringir a possibilidade de criação de obrigações a terceiros, por meio do regulamento, posição que, inclusive, também foi adotada pela corrente vencida, a qual divergiu na interpretação das regras veiculadas na resolução.

Na visão do Min. Alexandre de Moraes, que foi vencido no julgamento, a resolução contemplaria obrigações dirigidas a terceiros, ressaltando que não se poderiam “determinar normas que obriguem terceiros, como a Polícia e as concessionárias de serviço público, que nem relação com o Ministério Público têm, uma vez que o Conselho Nacional do Ministério Público é o órgão administrativo de cúpula do Ministério Público”.

Vê-se que a divergência dos votos resultou de interpretação das regras da resolução, porquanto na essência havia concordância sobre a impossibilidade de o regulamento criar obrigações diretamente a terceiros.

Examinado o regulamento em seus aspectos essenciais, como ato editado no exercício do poder hierárquico para operacionalizar e garantir a fiel execução de lei, buscando delimitar e organizar espaços de discricção outorgados aos órgãos e agentes públicos, incumbidos de relacionar-se com os particulares, torna-se possível alcançar conclusões acerca da extensão da regulamentação do ANPC, a cargo do Ministério Público.

A Lei n.º 14.230/2021 possui suficiente densidade normativa relativamente ao conteúdo mínimo do acordo, dos procedimentos necessários para a aprovação do ANPC (indicando as entidades a serem consultadas e a homologação judicial), além dos parâmetros a serem

considerados para sua celebração. Não há, porém, qualquer disposição que trate da etapa antecedente ao acordo, ou seja, da etapa de negociação, que exigirá intensa interlocução entre o membro do Ministério Público e o(s) investigado(s)/acusado(s).

É de se ver, portanto, que a regulamentação do art. 17-B da Lei n.º 8.429/1992 não é ociosa, tampouco desnecessária. Mostra-se cabível e oportuna para fixar uma disciplina clara a respeito das condições dessa interação entre o Ministério Público e o(s) interessado(s), para propiciar, especialmente, a segurança jurídica das tratativas e o tratamento igualitário dos interessados, ao menos no que diz respeito às condições de instauração de uma negociação, considerando a inexistência de direito subjetivo ao acordo.

Isso se dá, notadamente, pelo fato de o ANPC envolver juízos de discricionariedade pelo membro do Ministério Público, conforme realçado no *caput* do art. 17-B da LIA, quando se prevê que o Ministério “poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil”.

Cabe observar que o texto do art. 17-B da LIA e sua abertura à discricionariedade alinham-se perfeitamente com as premissas essenciais da atuação administrativa consensual. Nenhum acordo seria possível se, entre as partes, não houvesse alguma margem de liberdade para o diálogo, em face da necessidade de modulação das pretensões de cada uma delas, para atingimento de resultado capaz de satisfazer a ambas. Tal aspecto é pontuado por Juliana Bonacorsi de Palma:

Necessário asseverar, porém, que o viés eminentemente pragmático da atuação administrativa consensual faz com que a consensualidade seja mais bem trabalhada com a conferência de relativa discricionariedade pelas normas, para que a solução negociada se coadune com o conflito apresentado à Administração Pública.¹⁷³

Portanto, é necessário reconhecer que a possibilidade de celebração do ANPC envolve, ao menos na maioria dos casos, competência discricionária do membro do *Parquet*.¹⁷⁴ Cabe a

¹⁷³ PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e acordo na administração pública* cit., p. 277.

¹⁷⁴ Em recente julgado que analisou a legalidade da recusa de proposta de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), cujo voto condutor do acórdão fez ampla citação de escólios doutrinários de direito administrativo sobre o dever-poder no exercício de competências discricionárias, o Min. Rogério Schiatti Cruz do STJ destacou que haveria uma discricionariedade regrada do membro do *Parquet* para a celebração do ANPP: “Todavia, se, por um lado, não se trata de direito subjetivo do réu, por outro, também *não é mera faculdade a ser exercida ao alvedrio do Parquet*. O ANPP é um poder-dever do Ministério Público, negócio jurídico pré-processual entre o órgão (consoante sua discricionariedade *regrada*) e o averiguado, com o fim de evitar a judicialização criminal, e que culmina na assunção de obrigações por ajuste voluntário entre os envolvidos” (STJ, 6.ª Turma, HC 657.165/RJ, Rel. Min. Rogério Schiatti Cruz, j. 09.08.2022, DJ 18.08.2022).

ressalva de que a margem de discricionariedade não é irrestrita, tampouco verificável na totalidade dos casos, porquanto há situações em que o ANPC seria injustificável, por exemplo, na disponibilidade de elementos probatórios robustos para a propositura da ação judicial derivada de fatos graves, praticados por agente com condições desfavoráveis. Essa seria uma situação em que parece inexistir margem de discricionariedade.

No entanto, os parâmetros a serem avaliados para o acordo, que constam do § 2.º do art. 17-B, vinculam a opção por uma solução consensual à avaliação casuística, balizadas na “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, da rápida solução do caso”. A abertura propiciada pela redação legal, principalmente a ideia de *vantagens para o interesse público*, é reconduzível a uma competência discricionária.¹⁷⁵

Essa competência de que se está a tratar encaixa-se naquilo que Celso Antônio Bandeira de Mello denominou de *certa discricção*, porquanto o membro do *Parquet* terá de propor acordo – ou analisar proposta por ele recebida – de forma motivada, examinando os fatores declinados na lei, os quais, como já referido, ensejam várias opções de endereçamento decisório.

A gravidade de um ato de improbidade sob o aspecto financeiro poderia motivar decisões opostas, tanto no sentido da presença de interesse público no ANPC (plasmado no interesse de assegurar o pronto ressarcimento de recursos vitais para a Administração) quanto no sentido de ausência de interesse público na solução consensual (diante da necessidade de fazer incidir todo o rigor das penas da LIA no agente infrator). Esses dois fatores devem ser sopesados com outros para uma adequada avaliação, como a disponibilidade ou insuficiência de elementos probatórios para a propositura de ação de responsabilização. O endereçamento da decisão exigirá, evidentemente, análise de perspectivas e bases de um eventual acordo, que dependerão das tratativas com o investigado/acusado.

¹⁷⁵ Em estudo sobre o acordo de leniência, subordinado a requisitos mais restritos em razão da necessidade de colaboração do interessado para a revelação dos ilícitos, Kleber Bispo dos Santos defende a existência de competência discricionária em alguns casos, a qual dependerá justamente da análise da situação concreta: “Por isso, que há, sim, ainda que nem sempre, um campo de competência discricionária ao agente competente para celebração ou não celebração do acordo de leniência, uma vez que compete ao mesmo adotar a solução no atendimento do interesse público. [...] Todavia, ressaltamos e advertimos que a discricionariedade do agente administrativo só surge, de fato, no plano concreto, jamais no plano abstrato. Muitas situações no plano abstrato se apresentam como hipóteses de vinculação, mas no caso concreto se verificam como hipóteses de discricionariedade, em que o sistema jurídico, opta, em princípio, pela posição do agente competente. Do mesmo modo, há situações que no plano abstrato se apresentam como hipóteses de discricionariedade, mas que no caso concreto se verificam como hipótese de vinculação, com uma única resposta para a solução do problema” (*Acordo de leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção* cit., p. 127-128).

A existência de diversas opções decisórias exercitáveis em face de cada caso, mediante a ponderação de suas características, confirma a natureza discricionária da competência aqui discutida.

Tal conclusão não resulta apenas do texto do *caput* do artigo 17-B da LIA (ou seja, do uso do verbo “poderá”),¹⁷⁶ ou, ainda, de seu § 2.º, que adota conceitos abertos para a decisão sobre o acordo, como as ‘circunstâncias’, a ‘gravidade’ e o ‘interesse público’. Em suma, não se está a defender que a elasticidade dos conceitos ou sua indeterminação seriam o único fundamento da liberdade decisória.¹⁷⁷

Na verdade, o grau de vinculação da decisão do Ministério Público sobre a negociação do ANPC não comporta análise pela técnica dos conceitos jurídicos indeterminados, que exige o preenchimento de tais conceitos, a partir de dados do caso concreto, para o qual uma única solução mostra-se possível, de modo a caracterizar a competência vinculada do agente.¹⁷⁸ Como bem destaca Flávio Henrique Unes Pereira, a “utilização de conceitos jurídicos indeterminados viabiliza ao operador do direito o exercício de seu dever de adotar a decisão que atenda à finalidade legal, o que, de modo algum, tem a ver com discricionariedade administrativa”.¹⁷⁹

No caso do artigo 17-B e de seu § 2.º da LIA, a liberdade decisória do Ministério Público não poderia ser superada com o preenchimento total do conteúdo dos conceitos abertos (e eles são vários). Essa discricionariedade deriva da intenção manifesta do legislador de não obrigar o Ministério Público a caminhar pela solução consensual (o que é justificável ante a

¹⁷⁶ Sendo necessário o registro de que a palavra “poderá”, neste caso, tem peso para a conclusão de uma competência discricionária, conforme a posição de Marcelo Figueiredo: “O dispositivo utiliza o verbo ‘poderá’. O Ministério Público conforme as circunstâncias do caso concreto poderá celebrar o acordo. Tem-se aí uma faculdade, não um dever do Ministério Público, claro balizado pelo princípio da proporcionalidade” (Acordo de não persecução civil na nova Lei de Improbidade Administrativa cit., p. 660).

¹⁷⁷ Na linha defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem há discricionariedade quando na norma “a situação é descrita por palavras que recobrem conceitos vagos, dotados de certa imprecisão e por isso mesmo irreduzíveis à objetividade total, refratários a uma significação unívoca inquestionável [...]” (*Curso de direito administrativo* cit., p. 404).

¹⁷⁸ As distinções entre a técnica da discricionariedade – na qual há margem de escolha e decisão do agente público – e da utilização dos conceitos indeterminados – na qual se examinam conceitos de experiência ou de valor, que conduzem a uma única solução para o caso concreto – são analisadas em detalhes por Eros Roberto Grau em sua obra *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: RT, 1988. p. 72-84. Também há análise aprofundada do tema por Flávio Henrique Unes Pereira em sua obra *Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional* cit., p. 101-119.

¹⁷⁹ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional* cit., p. 114.

consideração de que a adoção irrestrita de acordos poderia afastar o efeito intimidatório das sanções aplicáveis à improbidade)¹⁸⁰ e de questões práticas que envolvem a negociação.

A realização de uma negociação, nos moldes estabelecidos pelo artigo 17-B da LIA, revela-se incompatível com uma competência de índole vinculada, uma vez que ela requer a avaliação da posição processual, além das circunstâncias factuais da hipótese concreta. Isso enseja juízo de oportunidade e conveniência, compatível com a competência discricionária.

São várias as possibilidades de construção racional de diferentes decisões sobre a negociação, inclusive em direções opostas, como anteriormente demonstrado, devendo ser considerado que a efetiva celebração do acordo também dependerá de interação e de avaliação da razoabilidade das condições que sejam pretendidas pelo investigado/acusado. Questões internas da entidade ministerial, como o estoque de ações em andamento, o direcionamento de esforços para casos específicos e riscos prescricionais igualmente, podem ser consideradas na tomada de decisão. Assim, como regra geral, terá o Ministério Público condições de validamente optar tanto por avançar na negociação de um acordo quanto poderá decidir, de modo fundamentado, prosseguir na persecução da improbidade.¹⁸¹

Enfim, ambas as alternativas (negociar ou prosseguir na persecução) são válidas e possíveis, situação que configura juízo discricionário, pois, em conformidade com a posição de Eros Roberto Grau:

[...] o exercício da potestade discricionária permite uma pluralidade de soluções justas ou, em outros termos, optar entre alternativas que são igualmente justas desde a perspectiva do Direito. Daí por que a discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre

¹⁸⁰ Essa é a preocupação de Wallace Paiva Martins Júnior ao destacar que, na decisão sobre o ANPC, deverão ser sopesadas, de um lado, a “funcionalidade do acordo e, de outro, a cautela que se impõe para evitar sua banalização e o arrefecimento generalizado e desmesurado da repressão à improbidade [...]” (Acordo de não persecução civil cit., p. 639).

¹⁸¹ Wallace Paiva Martins Júnior posiciona-se pela ausência de direito subjetivo ao acordo e que a negociação é realizada em conformidade com competência discricionária do Ministério Público, a ser exercida fundamentadamente: “O acordo de não persecução não é direito subjetivo do investigado ou réu. Constitui prerrogativa do *Parquet*, competente para investigação e ajuizamento da respectiva demanda, a ser exercida, de maneira responsável com base em elementos de convicção coligidos em apuração prévia, balizada pelos princípios de eficiência, impessoalidade, imparcialidade. Reflete o exercício de discricionariedade para a escolha de alternativa que, no caso concreto, for a melhor para o interesse público específico. Reunidos os dados necessários, o Ministério Público detém a opção entre promover o arquivamento da investigação, ajuizar ação civil pública ou celebrar acordo de não persecução cível. O art. 17-B é eloquente a respeito: se refere à possibilidade de celebração conforme as circunstâncias do caso concreto, sem se que possa compactuar com recusa imotivada ou arbitrária” (Acordo de não persecução civil cit., p. 629-630).

alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos, ao passo que a aplicação de conceitos indeterminados é um caso de aplicação da lei.¹⁸²

Portanto, conclui-se que há competência discricionária do Ministério Público na negociação do ANPC, pela ocorrência de indiferentes jurídicos, pois a eleição da melhor decisão não se dará por critérios exclusivamente de direito.

É claro que, em alguns casos, as circunstâncias desfavoráveis do acusado e os prejuízos emergentes dos atos, alvo da persecução, podem tornar o acordo inviável, de modo que, embora a lei permita várias opções de endereçamento decisório, os aspectos fáticos concretos poderão impedir um acordo que atenda ao interesse público e aos princípios da Administração Pública. Essa seria uma situação de estreitamento da discricionariedade a ponto de sua eliminação, conforme a precisa explicação de Rafael Hamze Issa:

Assim, é possível que no texto legal sejam conferidas diversas opções para o administrador agir quando da ocorrência da situação fática ali descrita, mas, diante das peculiaridades do caso concreto e do influxo dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, somente reste ao administrador uma única solução juridicamente possível.

[...]

Vale notar que o estreitamento da discricionariedade pode chegar a ponto de eliminá-la, de tal forma que a competência do agente inicialmente discricionária acabe por gerar um ato vinculado, ou seja, a despeito de a competência legalmente prevista permitir em tese uma gama de escolhas, pode ser verificado no caso concreto aquilo que se convencionou chamar de discricionariedade zero e conduz a uma única solução juridicamente correta.¹⁸³

Em casos tais, em que celebrado acordo mediante o exercício de uma competência discricionária que se afigura inexistente no caso concreto, poderá ser exercitado o *excepcional* controle judicial sobre o cabimento do ANPC, no momento de sua homologação, tal como exposto no Capítulo 4.

Entretanto, na grande maioria dos casos de improbidade, a instauração de negociação ou o desenvolvimento da persecução podem ser justificados de modo igualmente válido, como prestantes a atender ao interesse público, traduzindo escolha discricionária, pois estar-se-á diante de um “[...] indiferente jurídico, ou seja, todas as opções, decorrentes do processo de

¹⁸² GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas* cit., p. 74.

¹⁸³ ISSA, Rafael Hamze. *O controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 128-129.

análise do caso concreto e fruto da eliminação daquelas juridicamente impossíveis, são válidas perante o Direito”, ainda de acordo com as palavras de Rafael Hamze Issa.¹⁸⁴

Cabe também assinalar que as situações de estreitamento da discricionariedade, além de excepcionais, são verificáveis apenas no sentido de concluir-se pela inviabilidade da negociação, em face de circunstâncias desfavoráveis do caso concreto.

Isso porque, na situação oposta, mesmo que presentes circunstâncias favoráveis, não há direito subjetivo do interessado ao acordo, nos termos da redação do artigo 17-B, *caput*, da LIA, com a ressalva de que recusas imotivadas ou manifestamente irrazoáveis devem permitir ao interessado a utilização de mecanismos revisionais, para que o próprio Ministério Público avalie eventual desvio na posição do membro encarregado da negociação, em conformidade com o exposto no Capítulo 4.

Assentado que assiste ao membro do *Parquet* certa discricionariedade para negociar o ANPC, torna-se indubitoso que o regulamento é necessário para orientação de aspectos procedimentais que envolvem a tramitação do ANPC e o esclarecimento de providências e trâmites que compreendem os interessados na negociação¹⁸⁵. Os aspectos processuais são necessários, tendo em vista que o “processo administrativo não apenas se volta à construção racional da decisão administrativa, ou ao diálogo, mas serve especialmente ao controle do exercício das prerrogativas públicas”.¹⁸⁶

É necessário que se estabeleçam, pela via regulamentar e de acordo com as características próprias de cada entidade ministerial, os órgãos incumbidos de receber e analisar as propostas de acordo, notadamente quando formuladas pelo investigado ou acusado. A forma de comunicação na fase de tratativas, os casos de aplicação de sigilo às negociações, o modo de realização de reuniões, a execução de eventuais gravações, entre outras tantas providências, devem ser disciplinados pela via regulamentar com o intuito de garantir a fluidez e a eficácia do relacionamento a ser travado entre o Ministério Público e o interessado no ANPC.

¹⁸⁴ ISSA, Rafael Hamze. *O controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras* cit., p. 129.

¹⁸⁵ Augusto Neves Dal Pozzo, Percival José Bariani Júnior e João Negrini Neto registram que “nada impede os órgãos do Ministério Público competente de editar normas de complementação ao texto da lei estabelecendo diretrizes procedimentais próprias (não contrastantes com a lei) a seus agentes para a propositura de acordos de não persecução” (Regime jurídico do acordo de não persecução civil na Lei de Improbidade Administrativa cit., p. 614).

¹⁸⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade normativa da administração pública*. Estudo do processo administrativo normativo cit., p. 439.

Também é conveniente que os atos normativos regulamentares cuidem de aspectos necessários ao controle do exercício do poder discricionário do membro do *Parquet*, com a previsão de regras de análise fundamentada da manifestação de interesse no acordo, além de mecanismos revisionais, aplicáveis excepcionalmente nos casos de arbitrariedades ou evidentes desvios, conforme destacado no Capítulo 4.

São vários, portanto, os aspectos a serem detidamente avaliados para que se possa alcançar a solução que verdadeiramente se conforma com o interesse público existente na hipótese concreta. Assim, o regulamento cumpre uma função de marcada importância: a de estabelecer procedimentos e regras para o regular desempenho da competência discricionária conferida ao Ministério Público para a negociação de ANPC.

Observa-se nos atos normativos pesquisados que regulamentam o ANPC a existência de regras com essa finalidade procedimental, que fornecem segurança jurídica e isonomia de tratamento aos interessados na solução consensual dos conflitos regidos pela LIA.

Em parte dos atos normativos pesquisados, há regras esparsas tratando de questões procedimentais acerca das tratativas necessárias ao ANPC que cumprem essa função, como na Resolução n.º 1.193, do Colégio de Procuradores de Justiça do MP-SP, que estatui sobre reuniões entre as partes, publicidade dos atos e eventual sigilo, forma de submissão da proposta pelo interessado etc.

Em outros casos, a disciplina é detalhada, como ocorre, por exemplo, na Nota Técnica n.º 10/2020, da 5.ª CCR-MPF, cujo Capítulo VI contempla as “Normas Procedimentais para Celebração de Acordos no Domínio da Improbidade Administrativa”. Na Seção I, foi disciplinada a fase inaugural da consensualidade, com definição de competência do membro do *Parquet*, regras de instauração de procedimento administrativo, verificação da representação jurídica do interessado etc., enquanto na Seção II foi definida a fase de instrução e deliberação. Outro exemplo é a Resolução n.º 068/2020, do Colégio de Procuradores do MP-CE, que dedicou todo o Capítulo IV ao procedimento das tratativas de celebração do ANPC, incluindo previsão de audiência entre o Ministério Público e o interessado.

Portanto, considerando-se as finalidades da regulamentação examinadas neste tópico, torna-se possível enfrentar um dos temas da pesquisa: os atos normativos editados, ao tratarem de aspectos procedimentais do ANPC, como a definição de competências e regras sobre as tratativas, afinam-se com o objetivo da função regulamentar, que deve centrar-se na disciplina do exercício de competência discricionária outorgada ao Ministério Público pelo art. 17-B da Lei n.º 8.429/1992.

Tais considerações são feitas para sublinhar o aspecto primordial dessa regulamentação, que consiste na definição das regras procedimentais necessárias ao trâmite de negociações e equalização dos interesses contrapostos das partes, garantindo a segurança jurídica e a igualdade no tratamento de interessados na instauração de uma solução consensual de conflito no domínio da improbidade administrativa.

A dificuldade reside, entretanto, em identificar os limites do poder regulamentar em cada caso concreto e sua eventual extrapolação, que se dá nas hipóteses em que, a pretexto de garantir a aplicação da lei, os atos infralegais passam a contrariá-la, criando novas obrigações ou restringindo direitos dos particulares. Essa é uma questão que toca, inclusive, o direito constitucional, na medida em que a extrapolação das finalidades que inspiram o ato legislativo, emanado do Poder Legislativo na condição de representante da vontade popular, significa a imposição da vontade do órgão exercente da competência regulamentar.

O enfrentamento das demais questões de pesquisa requer a análise de uma possível extrapolação da moldura legal do art. 17-B pelos regulamentos editados, com invasão de competência do Poder Legislativo. Tendo em vista a quantidade de regulamentos e a ampla variedade de regras por eles veiculadas, fez-se o recorte de pesquisa com a análise de dois requisitos específicos de celebração de acordo, consistentes na imposição obrigatória de sanção e na exigência de admissão de culpa.

Tais parâmetros são importantes por tocarem diretamente em direitos fundamentais dos interessados, influenciando, outrossim, o interesse na solução consensual do conflito. Como visto anteriormente, há um predomínio absoluto de regulamentos que exigem a imposição de sanção (89% dos casos), sendo igualmente majoritário o número de atos normativos que exigem a admissão de culpa (75%)

É nessa medida que se pretende examinar os regulamentos do ANPC, para aquilatar se a presença de tais requisitos tem o condão de extrapolar as finalidades da regulamentação e os limites do art. 17-B da Lei n.º 8.429/1992.

5.2 A imposição de requisitos mínimos obrigatórios para o ANPC em extrapolação dos limites da regulamentação, com impacto em direitos fundamentais

O art. 17-B da Lei n.º 8.429/1992 traz nos incisos I e II os resultados considerados necessários para a celebração do ANPC, que se resumem ao integral ressarcimento do dano, além da reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem obtida indevidamente, ainda que oriunda

de agentes privados. Trata-se de *resultados mínimos* do ANPC (pela redação “advenham, *ao menos*, os seguintes resultados [...]”), sem os quais não se admite a transação.

Deve o membro do *Parquet* avaliar se tal resultado mínimo seria satisfatório ou se outros resultados devem ser perseguidos, considerando-se a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, nos termos do § 2.º do art. 17-B da LIA. Todos esses fatores deverão ser sopesados para aquilatar, em cada caso concreto, se o ANPC poderá ser pactuado com o resultado mínimo ou se, pelo contrário, caberá avançar na fixação de outras obrigações que se mostrarem adequadas como resposta estatal à conduta imputada ao interessado.

A questão que deve ser enfrentada é se a possibilidade de o membro do *Parquet* instaurar uma negociação de ANPC que abarque outras medidas para além do resultado mínimo (especialmente aquelas que constituem os recortes de pesquisa) poderia ser convertida em uma obrigatoriedade, como ocorre na maior parte dos regulamentos pesquisados. Em suma, seria admissível que, no exercício da função regulamentar, o art. 17-B fosse interpretado como um piso mínimo do ANPC, passível de ser ampliado? Ou essa seria uma interpretação *contra legem*, representativa de extrapolação do poder regulamentar?

A resposta deve ser buscada, primeiramente, no texto do dispositivo, cuja interpretação gramatical não envolve maiores dificuldades. A possibilidade de celebração do ANPC, enunciada no *caput* do art. 17-B, depende de dois resultados, descritos separadamente nos incisos I e II. Não se verifica, nem mesmo implicitamente na redação do art. 17-B e seus incisos, a previsão de que caberia ao investigado/acusado renunciar à presunção de inocência e confessar a prática de improbidade para celebrar o acordo ou, ainda, que deveria se submeter a alguma das sanções do art. 12, I, II e III, como *conteúdo necessário* do ANPC. Dessarte, a ampliação dos requisitos mínimos pelos regulamentos não pode ser justificada com fundamento na interpretação do art. 17-B da LIA.

Tampouco poder-se-ia sustentar que esses requisitos teriam fundamento nas regras estatuídas em outras leis integrantes do microssistema de tutela da probidade, especialmente no acordo de leniência das Leis n.º 12.529/2011 e n.º 12.846/2013, com base na teoria do diálogo das fontes.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Landolfo Andrade sustenta que a confissão do ato de improbidade administrativa é requisito do ANPC, pois, segundo ele, “embora não prevista expressamente na LIA, constitui-se em condição para a celebração do acordo de não persecução cível. Na hipótese, aplicam-se, em diálogo das fontes, as normas que disciplinam a

O acordo de leniência, de natureza probatória, tem características específicas fincadas na natureza colusiva dos delitos anticoncorrenciais, perpetrados em condições de informalidade aptas a dificultar a produção de provas, como demonstrado no Capítulo 3. As condutas que caracterizam a improbidade administrativa, de modo geral, não dependem necessariamente da colaboração de infratores para serem combatidas, especialmente pela maior disponibilidade de elementos probatórios, pois costumam ocorrer no âmbito da Administração Pública. Em suma, o acordo de leniência e o ANPC observam racionalidades distintas, o que impede sustentar, sobretudo com relação à confissão da ilicitude, que ela se imporia em virtude de um diálogo de fontes legais que nitidamente partem de condições de consensualidade distintas.

Além disso, deve ser ressaltado que a imposição, para o ANPC, da confissão dos ilícitos e de conteúdo mínimo punitivo jamais deve ser presumida como uma condição implícita do sistema legal de combate à improbidade, porquanto atina diretamente com direitos fundamentais dos investigados/acusados. Notadamente no caso da exigência de confissão de prática de ato de improbidade, coloca-se como requisito de acordo o sacrifício da garantia constitucional de presunção de inocência. A lei poderia fazê-lo (como se deu com a Lei Anticorrupção e a Lei Antitruste,¹⁸⁸ assim como o próprio Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), no art. 28-A da Lei n.º 13.964/2019), mas isso exigiria previsão clara e taxativa do art.

autocomposição em outras instâncias de responsabilização do direito sancionador, a saber: (i) artigo 16, § 1.º, III, da Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção Empresarial); (ii) artigo 86, § 1.º, IV, da Lei 12.825/2011 (Lei do CADE); e (iii) artigo 28-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei Anticrime (Lei 13.964/19)". Em complemento, afirma que "essa interpretação favorece a coerência do microssistema de tutela do patrimônio público. Afinal, não abona a lógica jurídica sustentar que um agente público que fraudar uma licitação poderá celebrar um acordo de não persecução cível na esfera da improbidade administrativa, pela prática de ato lesivo ao erário (art. 10, VIII, da LIA), independentemente de confissão, ao passo que, na esfera criminal, esse mesmo agente somente poderá celebrar um acordo de não persecução penal, pela prática do mesmo fato, se confessar sua participação no ilícito (artigo 89 da Lei 8.666/96)" (Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel/>. Acesso em: 10 set. 2022).

¹⁸⁸ O mesmo não ocorre na Lei n.º 7.347/1985, que não prevê o reconhecimento de culpa para o TAC. Nesse sentido, Marcos Juruena Villela Souto expõe que o "Termo de Ajustamento de Conduta, adotado no âmbito do inquérito civil, tanto pode prevenir como pôr fim ao litígio, não exigindo o reconhecimento da culpa ou da ilicitude da conduta ajustada" (A era da consensualidade e o Ministério Público. In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 303). Ao comentar o acordo de leniência da Lei Anticorrupção, Modesto Carvalhosa manifesta o entendimento de que a exigência de confissão deveria ser desconsiderada mesmo com a previsão taxativa daquela lei, por constituir transcrição inadvertida da Lei Antitruste, que visa reprimir os delitos de cartel, marcados por atuação concertada de agentes econômicos. Em crítica contundente da exigência de confissão no acordo de leniência previsto no art. 16 da Lei Anticorrupção, diz que "essa norma bizarra ao contexto da presente Lei, expressa no referido inciso III do § 1.º do art. 16, não pode ser interpretada como confissão do delito corruptivo, pois falta-lhe a literalidade necessária no caso presente. A norma de confissão deve ser expressa, explícita e cabal quanto aos seus efeitos, o que não existe nesse infeliz dispositivo, que mais serve para mostrar o despreparo, a desmotivação e o açodamento do legislador nessa matéria, como em tantas outras encontradas na presente Lei [...]" (CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846 de 2013 cit.*, p. 385).

17-B da Lei n.º 8.429/1992, restando desautorizado o recurso à analogia, pois “recomenda-se que toda norma que restrinja os direitos e garantias fundamentais reconhecidos e estabelecidos constitucionalmente deva ser interpretada restritivamente”.¹⁸⁹

Não caberia, portanto, realizar uma interpretação ampliativa do art. 17-B da LIA para nele incluir outros requisitos necessários ao ANPC, além do ressarcimento do dano e sua reversão à pessoa jurídica lesada.¹⁹⁰

Em síntese, os regulamentos que estabelecem condições obrigatórias adicionais de negociação, como a admissão de ilícito e aplicação de uma (ou mais) sanção(ões), ampliam os requisitos mínimos do ANPC que constam da Lei n.º 8.429/1992. Transformam a faculdade do Ministério Público de buscar a confissão de eventual ilicitude e a aplicação de sanções da LIA em um dever, o que configura extrapolação da competência regulamentar, em conformidade com suas finalidades, explicitadas no tópico anterior.

Tal situação constitui exemplo de extravasamento dos limites do poder regulamentar, conforme a sempre lembrada lição de Pontes de Miranda, que merece transcrição por sua importância:

Se o regulamento cria direito ou obrigações novas, estranhos à lei, ou faz reviver direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções, que a lei apagou, é inconstitucional. Por exemplo: se faz exemplificativo o que é taxativo, ou vice-versa. Tampouco pode ele limitar, ou ampliar direitos, deveres, pretensões, obrigações ou exceções à proibição, salvo se estão implícitas.¹⁹¹

Tem-se, portanto, que a imposição dos sobreditos requisitos adicionais condicionantes do ANPC extrapola o poder regulamentar e invade a competência legislativa (art. 2.º da CF/1988), violando a primazia da lei. Tais requisitos significam, para o investigado/acusado, obrigações adicionais do ANPC que não constam do texto do art. 17-B da LIA, o que constitui hipótese de ilegalidade, quando o ato normativo, “embora tratando de matéria prevista em lei,

¹⁸⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 296.

¹⁹⁰ Em sentido contrário, Fernando Fonseca Gajardoni, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto defendem a possibilidade de regulamentação pelo Ministério Público, tendo como finalidade a objetivação da aplicação de sanções elegíveis conforme o tipo de improbidade administrativa (*Comentários à nova Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021 cit.*, p. 382).

¹⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. RT: São Paulo, 1970. t. III, p. 316.

ultrapassar os limites do regulamento, criando direitos ou obrigações, ou, ainda, aumentando atribuições para além daquilo previsto na lei regulamentada”.¹⁹²

Também pode ser enfocada a ocorrência da situação de inovação proibida pela via regulamentar, verificada nos casos de estipulação de obrigação, limitação ou restrição que não se encontram estatuídos ou identificados na lei regulamentada, como parece ser o caso dos requisitos adicionais ao ANPC impostos por atos normativos do Ministério Público. A questão é exposta com clareza por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Há inovação proibida sempre que seja impossível afirmar-se que *aquele específico* direito, dever, obrigação, limitação ou restrição já estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada. Ou, reversamente: há inovação proibida quando se possa afirmar que *aquele específico* direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuídos e *identificados* na lei regulamentada. A identificação não precisa ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as *condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ela protege*.¹⁹³

Nesse sentido, examinando de modo específico o artigo 17-B da LIA, Rita Tourinho rejeita a possibilidade de se impor, como condição de acordo, o reconhecimento da prática de ato de improbidade, destacando que, além de desestimular o investigado/réu, a Lei n.º 14.230/2021 foi omissa a tal respeito:

Fixar-se como requisito para formalização do ajuste o reconhecimento da prática do ato de improbidade servirá apenas para coibir sua realização, pois pode prevalecer como fator desestimulante diante das implicações negativas que tal reconhecimento pode representar para o agente público em outras searas. Saliente-se que a regulamentação do ANPC na Lei n.º 8.429/92, estabelecida pela Lei n.º 14.230/2021 foi omissa quanto à exigência de confissão.¹⁹⁴

É necessário reiterar que a fixação, pela via regulamentar, de conteúdo mínimo do ANPC que amplie o previsto no art. 17-B da Lei n.º 8.429/1992 tem a capacidade de produzir uma nova moldura do instrumento de consensualidade, com desvirtuamento dos objetivos e finalidades que inspiraram a reforma da LIA. Em estudo dedicado aos limites constitucionais

¹⁹² NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada*. 7. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 882.

¹⁹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 329.

¹⁹⁴ TOURINHO, Rita. Os acordos de não persecução cível na seara da improbidade administrativa e os impactos trazidos pela Lei n.º 14.230/2021 cit., p. 674.

de atos normativos do CNJ e CNMP, Lenio Luiz Streck, Ingo Wolfgang Sarlet e Clèmerson Merlin Clève ressaltam a subordinação da resolução à lei, emanada do Poder Legislativo:

Como se sabe, o que distingue o conceito de lei do de outros atos é a sua estrutura e a sua função. Leis têm caráter geral, porque regulam situações em abstrato; atos regulamentares (resoluções, decretos etc.) destinam-se a concreções e individualizações. Uma resolução não pode estar na mesma hierarquia de uma lei, pela simples razão de que a lei emana do poder legislativo, essência da democracia representativa, enquanto os atos regulamentares ficam restritos à matérias com menor amplitude normativa.¹⁹⁵

Cabe apenas a ressalva de que a admissão de ilícito e a aplicação de penalidade não só podem, como devem ser visadas pelo Ministério Público ao negociar o ANPC, pois cabe-lhe obter o melhor acordo possível, o qual, naturalmente, será aquele que estiver mais próximo do alcance de todos os consectários previstos na LIA para os atos de improbidade administrativa. Contudo, os referidos resultados devem ser buscados a *partir da negociação*, e não *previamente impostos* pela via regulamentar, como ocorre na maior parte dos atos normativos pesquisados.

Isso se dá pelo fato de a imposição dos mencionados requisitos adicionais ter a capacidade de afetar a eficácia almejada pelo ANPC, estreitamente relacionada com sua natureza transacional, exposta em capítulo anterior deste estudo.

Não poderia o Ministério Público criar normas abstratas passíveis de limitar a celebração do ANPC, de modo a reduzir seu campo de aplicação, uma vez que o legislador pretendeu estabelecer contornos mais flexíveis para o acordo na esfera da Lei n.º 8.429/1992, criando-se um ambiente favorável de negociação e, principalmente, de segurança jurídica, ao conceber o ANPC como verdadeira transação.

Enfim, a disciplina limitada e objetiva do ANPC no texto do art. 17-B da Lei n.º 8.429/1992 não teve a pretensão de concebê-lo como um acordo de pura reprimenda ou acordo de colaboração, embora tais possibilidades, evidentemente, não sejam afastadas e devam ser avaliadas no âmbito da negociação concreta estabelecida entre o Ministério Público e o interessado.

O regime mais flexível resulta de opção consciente do legislador, voltada a emprestar maior eficácia a esse novo instituto, tendo em vista as notórias dificuldades de celebração de

¹⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/18408/os-limites-constitucionais-das-resulocoos-do-conselho-nacional-de-justica--cnj--e-conselho-nacional-do-ministerio-publico-cnmp>. Acesso em: 10 set. 2022.

acordos subordinados a extenso rol de requisitos, entre eles o reconhecimento da ilicitude imputada, que traz efeitos para o investigado/acusado em outras esferas de responsabilização. O legislador abandonou o acordo fundamentado em extensos requisitos, como se dá na leniência da LAC, buscando disciplinar com objetividade o ANPC, o que revela seu desiderato de conferir maior espaço para o manejo dessa competência de negociação, pois, conforme explica Carlos Ari Sunfeld:

Como o administrador deve sempre respeitar a lei, se o legislador quiser dirigir intensamente a ação administrativa, bastará acrescentar na lei novos deveres e limitações; se, ao contrário, preferir dar espaço a certa liberdade administrativa, poderá impor condicionamentos menores às competências que atribuir.¹⁹⁶

Sobressai, portanto, como finalidade do ANPC a valorização da consensualidade administrativa, podendo-se extrair do texto da LIA reformado pela Lei n.º 14.230/2021 uma diretriz importante, a de permitir a terminação consensual de litígios sem as amarras que embaraçam os acordos previstos em outros diplomas legais antecedentes.

Dentro dessa possibilidade de terminação consensual de conflitos de improbidade assume papel fundamental o reconhecimento de margem de discricionariedade que assiste ao membro do Ministério Público encarregado da negociação, conforme registrado no tópico anterior. Nesse aspecto, também será importante demarcar a extensão do poder regulamentar para que não haja desvirtuamento de suas finalidades.

O regulamento ostenta a finalidade de regramento do exercício de competência discricionária, cabendo-lhe delimitar a forma e o procedimento de atuação do agente competente, diante das múltiplas possibilidades de aplicação da lei no caso concreto.

Observe-se, no entanto, que a imposição de requisitos adicionais para o ANPC acaba por interferir no próprio conteúdo do ajuste, o qual depende não apenas de negociação com o interessado, mas sobretudo de avaliação estratégica do membro do Ministério Público sobre as condições de responsabilização que podem ser alcançadas em cada caso concreto. A imposição de requisitos adicionais aptos a tornarem mais rigoroso o ANPC – como é o caso da admissão de ilícito e da aplicação obrigatória de uma ou mais sanções – pode inviabilizar acordos em casos mais simples, relativos a condutas de pouca gravidade, situações em que a negociação seria interessante, objetivando prevenir um longo litígio.

¹⁹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos* cit., p. 156-157.

Nessa hipótese aqui cogitada, verifica-se que a regulamentação aparta-se de sua finalidade, porquanto, em vez de reger o exercício de competência discricionária, acaba por subtraí-la do membro do *Parquet*.

O preestabelecimento de cláusulas de um eventual acordo, especialmente quando isso significa impor a assunção de culpa ou aplicação obrigatória de sanções, reduz a margem de negociação e, por consequência, o exercício da discricionariedade.¹⁹⁷ Em várias situações, a terminação consensual de litígio na esfera da improbidade será prejudicada independentemente da avaliação factual do caso concreto pelo membro do Ministério Público, pois o acordo, em toda e qualquer situação, terá de observar as condições mais rigorosas previamente estabelecidas nos atos normativos regulamentadores.

A questão deve ser examinada também sob a ótica da independência funcional, que constitui princípio elementar do Ministério Público, inscrito no art. 127, § 1.º, da CF/1988.

O regulamento, como já referido, é expressão do poder hierárquico. No caso do Ministério Público, inexistente propriamente hierarquia entre seus membros, sendo certo, todavia, que os órgãos de cúpula possuem atribuições disciplinares, de organização e chefia da estrutura administrativa, além da competência de edição de atos normativos.

É preciso conciliar adequadamente a competência de órgãos de cúpula do Ministério Público para editar atos normativos, com a independência funcional dos membros do *Parquet* sujeitos a tais normas. A regulamentação deve ter em mira a organização interna e a definição de procedimentos a serem adotados pelos órgãos inferiores do Ministério Público, para a eficiência do desempenho de suas atribuições.

No entanto, a definição das bases de um ANPC invade claramente as atribuições finalísticas dos membros da carreira. Os órgãos de cúpula do Ministério Público, por intermédio de atos normativos, interferem na avaliação específica e autônoma que compete aos membros encarregados da persecução dos atos de improbidade sobre as condições e requisitos necessários a um eventual acordo.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Nesse sentido, ao tratar da necessidade de conferir relativa margem de discricionariedade para o desempenho de competência negocial, Juliana Bonacorsi de Palma esclarece: “Sem a especificação da materialidade das cláusulas dos acordos administrativos fornece-se maior margem de liberdade para que as cominações sejam negociadas e seu conteúdo se mostre mais próximo às particularidades da situação concreta” (*Sanção e acordo na administração pública* cit., p. 277).

¹⁹⁸ É de notar que a Orientação n.º 10 da 5.ª CCR do MPF prevê a necessidade de respeitar a independência funcional do membro do Ministério Público Federal, conforme previsões de seus arts. 9.º e 53. No art. 4.º, § 3.º, foi previsto que o “Membro do MPF, à luz da sua independência funcional, poderá eleger a melhor forma de consensualidade para solução do caso concreto”.

Os regulamentos que ampliam os requisitos do ANPC tendem a fragilizar a independência funcional, nada obstante a importância que se lhe dá a Constituição Federal de 1988. A atuação do membro do *Parquet* deve seguir sua livre convicção e consciência sobre os casos que lhe são submetidos, de modo que, no desempenho de atividades finalísticas, inexistente qualquer tipo de subordinação ou hierarquia.

Nesse sentido, observa Emerson Garcia que o princípio da independência funcional assegura aos membros do Ministério Público que “atuem livremente, rendendo obediência à sua consciência e à ordem jurídica, não estando vinculados às recomendações expedidas pelos órgãos superiores da Instituição em matérias relacionadas ao exercício de suas atribuições institucionais”.¹⁹⁹ O mesmo doutrinador menciona importante julgado do STJ, no qual foi realçada a dimensão do princípio da independência funcional, que assegura a liberdade de posicionamento do promotor de justiça ao desempenhar suas atribuições, as quais estão imunes a qualquer relação hierárquica dentro da instituição:

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Administrativo. Promotor de Justiça. Pedido de arquivamento de inquéritos policiais. Punição disciplinar. Princípio da independência funcional. Ofensa. 1. Goza o órgão do Ministério Público da prerrogativa de independência funcional (art. 127, § 1.º, CF/1988), caracterizada pelo direito de atuar de acordo com a sua consciência e a lei, não havendo subordinação hierárquica no desempenho de suas funções. Incabível, pois, a punição de promotor de Justiça que requer, fundamentadamente, o arquivamento de inquérito policial por entender se tratar de fato atípico. 2. Recurso provido.²⁰⁰

O julgado ora mencionado é indicativo da amplitude e alcance da independência funcional de que gozam os membros do Ministério Público, no desempenho das atribuições de condução dos casos sob sua responsabilidade.

Nessa medida, a ampliação dos requisitos mínimos para o ANPC pela via de atos normativos significa, também, ingerência indevida na independência funcional que assiste aos membros do *Parquet*. E isso se faz por intermédio de instrumento normativo derivado de poder hierárquico inexistente no que tange ao desempenho das funções institucionais dos integrantes da carreira do Ministério Público.

¹⁹⁹ GARCIA, Emerson. Ministério Público: essência e limites da independência funcional. In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 67.

²⁰⁰ STJ, 6.ª Turma, RMS 12.749/MA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 21.08.2007, DJ 19.11.2007.

Importante a ressalva de que a independência funcional não significa a ausência de qualquer controle no desempenho da atividade de negociação que assiste aos membros do *Parquet*. A questão deve ser bem compreendida, pois a independência funcional, de caráter fundamental ao desempenho das relevantes atribuições do Ministério Público, não pode ser utilizada para dar abrigo a arbitrariedades ou posturas irrazoáveis de seus integrantes.

Além disso, não se pode simplesmente ignorar a possibilidade de erros do membro do *Parquet* na negociação, até mesmo pelo caráter individual e isolado de sua atuação, o que torna necessária a instituição de mecanismos de controle de caráter revisional.

Esse controle não deve ser feito por intermédio da redução das margens de negociação abstratamente previstas em lei, tal como ocorre na maior parte dos atos normativos pesquisados. O controle deve ocorrer nos casos de recusa imotivada de negociação ou, ainda, diante de distorções nos termos concretamente negociados no ANPC, por ocasião da homologação do acordo pelo órgão superior do Ministério Público – quando se tratar de acordo pré-processual – e no momento da homologação pelo juiz, conforme abordado no Capítulo 4.

O controle, dessarte, não pode ser realizado *ex ante*, com limitação das possibilidades de negociação, e sim *ex post*, em face da postura adotada no caso concreto pelo membro do *Parquet* que se recusa a negociar sem motivos ou que busca celebrar acordos que não atendam minimamente aos parâmetros tratados pela LIA. Conseqüentemente, não se elimina a competência decisória para a negociação dos acordos, a qual se afigura fundamental para o desempenho de uma competência de índole discricionária, mas permite-se o controle de eventuais arbitrariedades ou erros.

Nesse sentido, Nefi Cordeiro observa que a “possibilidade, que necessidade deve ser, de uma manifestação isolada ser controlada e revista, não retira do agente ministerial o pleno poder decisório; apenas se o submete à garantia da revisão dos erros, como é natural a toda ação administrativa”.²⁰¹

Por fim, ainda em consideração ao poder hierárquico subjacente à edição de atos regulamentares e em linha com a exposição do tópico anterior, deve ser lembrado que não há subordinação entre os investigados/acusados interessados em negociar um ANPC e os órgãos diretivos do Ministério Público. Entretanto, na prática, os interessados/acusados são constrangidos a negociar o ANPC em condições menos favoráveis (que podem incluir a

²⁰¹ CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada*: atualizada pela lei anticrime cit., p. 220.

renúncia a direitos fundamentais) por força de determinação de órgãos superiores do Ministério Público, em detrimento das condições de negociação que poderiam ser estabelecidas com o promotor natural encarregado das tratativas, com ajustamento às características do caso concreto.

Todo esse quadro corrobora a conclusão de que a imposição de requisitos obrigatórios para o ANPC, para além do contido no art. 17-B da Lei n.º 8.429/1992, extrapola os limites e a função dos atos normativos regulamentares. Isso se dá em prejuízo de direitos dos acusados/investigados, assim como da independência funcional dos membros do *Parquet*, aos quais foi assegurada margem de discricionariedade para negociação.

Para concluir, merece referência a posição crítica de Thiago Marrara sobre a inovação operada por meio de regulamentação:

Ao se afirmar que o regulamento não deve inovar, quer-se simplesmente dizer que ele deverá se ater aos objetivos da lei e buscar viabilizar os direitos e deveres nela previstos. O regulamento não deverá criar limitações novas a direitos fundamentais, na medida em que, por força do art. 5.º, II, da Constituição, somente por lei o Estado poderá obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo.²⁰²

A criação do ANPC no Pacote Anticrime e seu lineamento na reforma da Lei de Improbidade foram inspirados em novo modelo de consensualidade, de maior liberdade e alcance de negociação, para permitir a prevenção e a terminação consensual de litígios. Os atos normativos destinados à regulamentação devem se pautar por essas finalidades, sem interferir nas condições de negociação, a fim de garantir a plena eficácia e a operatividade do texto vigente da LIA, bem como o pleno respeito aos direitos fundamentais de investigados e acusados.

As questões abordadas no presente tópico permitem avanço nos temas de pesquisa e, portanto, oferecem resposta a mais uma das questões propostas. Os requisitos adicionais exigidos para o ANPC em atos normativos editados pelo Ministério Público não são compatíveis com as finalidades de um regulamento e, também, não guardam conformidade com a interpretação do art. 17-B da Lei n.º 8.429/1992.

²⁰² MARRARA, Thiago *et al.* *Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 762.

5.3 Falta de uniformidade na aplicação do direito nacional e quebra da isonomia

Foi demonstrado nos tópicos anteriores que os atos normativos editados pelo Ministério Público (Federal, do Distrito Federal e dos Estados) deveriam limitar-se aos aspectos procedimentais de organização das tratativas de negociação e celebração do ANPC e que a imposição dos requisitos definidos nos parâmetros de pesquisa (assunção de culpa e aplicação obrigatória de sanção) extrapolam a função regulamentar.

No entanto, os requisitos adicionais de celebração do ANPC, definidos como parâmetros de pesquisa, não estão presentes em todos os atos normativos pesquisados. É certo que na maior parte deles foram exigidas, de forma simultânea, tanto a confissão de ilícitos como a aplicação obrigatória de sanção, enquanto outros estabelecem um ou outro requisito, e há, ainda, o ato normativo oriundo do Ministério Público baiano, cuja conformação aproxima-se do art. 17-B da Lei n.º 8.429/1992, sem impor como obrigatório qualquer desses requisitos.

Existe, portanto, um cenário de marcada assimetria na regulamentação do ANPC em nível nacional, cujo conteúdo pode variar substancialmente em virtude das regras a serem observadas pelo órgão do Ministério Público encarregado de sua negociação. Essa também é uma questão que interessa ao estudo, tornando cabível uma análise consequencialista do caráter fragmentário assumido pela regulamentação do ANPC, o que afeta inevitavelmente os direitos e os interesses dos investigados/acusados.

A persecução da improbidade administrativa, como destacado nos tópicos iniciais deste trabalho, foi objeto de vivo interesse do legislador constituinte, que previu, no § 4.º do art. 37 da Carta Magna, a forma e os efeitos de sua responsabilização, a serem estabelecidos em lei própria e específica a ser editada pelo Parlamento.

A Lei n.º 8.429/1992 concretizou o mandamento constitucional, com a definição do regime jurídico de responsabilização por atos de improbidade administrativa, sujeitos a graves sanções, constantes da tipologia de seu art. 12. Não apenas por regulamentar o comando constitucional, mas também por criar um regime sancionatório severo, com impactos civis, administrativos e políticos, trata-se de típica *lei nacional*, com eficácia abrangente em todo o território do País, o que a torna insuscetível a qualquer tipo de particularização no âmbito de outras entidades federativas.

Fábio Medina Osório entende que a Lei n.º 8.429/1992 consistiria em uma espécie de código geral de conduta, por ser:

[...] uma Lei Geral, de caráter nacional, seguindo o art. 37, § 4.º, da CF. Isso significa que a lei alcança a todos os agentes do setor público e todas as instituições públicas brasileiras, do Presidente da Nação até o mais humilde dos servidores, porque não faz ressalva. Diga-se que a única autoridade que ganhou referência autônoma, nesse tópico, foi o Presidente da Nação, no art. 85, V, da CF, mas tampouco tal previsão resulta suficiente a afastar essa máxima autoridade pública dos ditames da LGIA. Diga-se que nem mesmo a prerrogativa de foro alteraria esse quadro institucional, visto como não teria força para eliminar o caráter geral do Código em comento.²⁰³

O regime federativo da Constituição Federal de 1988 assegura parcela de autonomia a Estados, Distrito Federal e Municípios, que ostentam fontes de receita próprias, capacidade de auto-organização, assim como capacidade de autolegislação sobre determinadas matérias definidas no texto constitucional. Essa capacidade, no entanto, relaciona-se com as competências próprias outorgadas a cada ente federativo, de acordo com o princípio da predominância do interesse, competindo à União os temas de interesse geral ou nacional, aos Estados-membros os temas de interesse regional, aos Municípios os temas de interesse local e ao Distrito Federal os temas que abrigam tanto o interesse regional quanto o local.

São frequentes os choques federativos envolvendo a observância de normas federais no âmbito de Estados e Municípios, em face de sua classificação como norma geral, de caráter nacional. O tema é recorrente, especialmente em matéria de licitação pública, diante de dificuldades e consequentes dúvidas na classificação dos dispositivos como normas nacionais e sua distinção daqueles de índole federal, que podem ser alvo de regulação distinta no âmbito da legislação dos demais entes federativos.

O novo Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos (Lei n.º 14.133/2021) suscitou debate em torno da regra de seu artigo 10, no qual se prevê que a Advocacia Pública promoverá, a critério do agente público, sua representação judicial ou extrajudicial, caso ele precise se defender, nas órbitas administrativa, controladora ou judicial, em virtude de ato praticado com estrita observância de orientação constante de parecer jurídico. Foi ajuizada ação direta de inconstitucionalidade por entidades de representação da Advocacia Pública (ADI 6.195, relator o Ministro Nunes Marques, que aguarda julgamento), na qual sustentam a inconstitucionalidade do artigo 10 da Lei n.º 14.133/2021 (por violação ao artigo 132 da CF, o qual não dispõe sobre a representação de agentes públicos por meio da Advocacia Pública) ou, subsidiariamente, a atribuição de interpretação conforme à Constituição, de modo a restringir

²⁰³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 163-164.

a aplicação do dispositivo ao âmbito da União (ao argumento de que se trata de dispositivo federal, que não ostenta caráter geral, não podendo a União disciplinar a organização da Advocacia Pública de outros entes federativos).

Nesse, como em vários outros conflitos federativos, discute-se a autonomia necessária de auto-organização de Estados, Distrito Federal e Municípios, que se dá especialmente pela possibilidade de edição de atos normativos que se adéquem a suas peculiaridades próprias.

O respeito à necessidade de auto-organização poderia, inclusive, ser invocado com relação ao desempenho da competência normativa pelo Ministério Público, especialmente dos Estados, considerando-se a previsão de autonomia funcional, constante do art. 127, § 2.º, da CF/1988. Nesse sentido, é importante observar que aspectos de organização funcional podem ser veiculados nos regulamentos ministeriais para garantir que a submissão e a tramitação de propostas de acordo cumpram as condições de funcionamento de cada entidade ministerial, que podem variar substancialmente.

No entanto, os aspectos dos quais tratamos em nossa pesquisa, que condicionam o conteúdo dos acordos, não atinam com a organização das entidades ministeriais. Tampouco se deve permitir uma total autonomia de edição de regulamentos para interpretar o ANPC, que seja capaz de desfigurar preceitos essenciais de instituto de consensualidade sancionatória.

Está claro que, em matéria de improbidade, não haveria possibilidade de criação de normas particularizadas em razão de um suposto interesse regional ou local. O regime de responsabilização por improbidade administrativa constitui assunto de interesse nacional, como está a indicar o art. 37, § 4.º, da CF/1988. As sanções cominadas aos atos de improbidade, restringindo direitos políticos, além de produzirem efeitos civis relevantes, que atingem inclusive particulares, tornam a Lei n.º 8.429/1992 de observância obrigatória para todas as esferas de governo, como ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

À vista disso, tem-se que entender que a Lei n.º 8.429/92 é de âmbito nacional e, portanto, obrigatória para todas as esferas de governo, quando define os sujeitos ativos (arts. 1.º a 3.º), os atos de improbidade (arts. 9.º, 10 e 11), as penas cabíveis (art. 12), quando estabelece norma sobre o direito de representação (art. 14), quando prevê ilícito penal (art. 19) e quando estabelece normas sobre prescrição para propositura de ação judicial (art. 23).²⁰⁴

²⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1007. A autora faz uma ressalva, na sequência do trecho reproduzido, sobre a possibilidade de cada ente da federação legislar em matérias estritamente administrativas, como a declaração de bens a ser apresentada por agentes públicos e o processo administrativo previsto no art. 14, § 3.º, além da regra do art. 20.

Sendo a Lei n.º 8.429/1992 norma de caráter nacional e cogente para todos os entes federativos, coloca-se como necessária a reflexão sobre a autocontenção que deve ser observada pelo Ministério Público na edição de atos normativos capazes de influenciar a uniformidade na aplicação das regras conformadoras do ANPC.

O quadro constatado em face dos achados de pesquisa revela uma clara dispersão de regras conformadoras do acordo de não persecução civil na União e nas unidades federativas. As condições que um investigado/acusado terá para negociar um ANPC com o Ministério Público de Estados como São Paulo, Rio de Janeiro ou Minas Gerais, não são as mesmas daqueles que se dispõem a iniciar tratativas com o Ministério Público de Estados como Bahia, Rio Grande do Sul ou Rio Grande do Norte. Naqueles, como premissa de acordo, será necessário confessar o cometimento de improbidade administrativa e sujeitar-se à aplicação de alguma sanção, pouco importando a imputação feita. Nestes, não será mandatória a confissão de ilicitude, e apenas nos Estados do Rio Grande do Sul e Rio Grande do Norte será necessário incluir alguma sanção no acordo. No caso de ato de improbidade sujeito à persecução do Ministério Público Federal, os acordos exigirão, em todos os casos, a admissão de ilícitos e a aplicação de sanções.

Como tais condições de negociação exercem influência direta na conformação e nos efeitos do ANPC, tem-se que esse instituto será aplicado de modo diverso na órbita da União e das unidades federativas, a depender do órgão ministerial encarregado das tratativas.

Apenas no Estado da Bahia haverá total liberdade para que as partes transacionem visando encerrar a investigação ou litígio de improbidade administrativa. Nos demais casos, as margens de negociação serão maiores ou menores, em conformidade com os requisitos do ANPC previstos na respectiva regulamentação ministerial, como já demonstrado no quadro de pesquisa.

Nota-se, portanto, que a existência de uma pluralidade de atos normativos que contemplem *requisitos de celebração do ANPC* tem o condão de quebrar a coerência e a uniformidade da legislação federal, de caráter nacional, cuja função é garantir a estabilidade e o tratamento harmônico da matéria.

A pluralidade de regimes normativos e os problemas daí advindos são temas analisados frequentemente pelo STF em virtude do regime de partilha de competências do federalismo brasileiro. A orientação constante e permanente da Suprema Corte é de que a competência para edição de leis estaduais e municipais não pode afetar as competências privativas outorgadas

pela Constituição Federal de 1988 à União, ligadas ao interesse nacional, como destacado pelo Min. Celso de Mello:

Os Estados-membros e o Distrito Federal não podem, mediante legislação autônoma, agindo “ultra vires”, transgredir a legislação fundamental ou de princípios que a União Federal fez editar no desempenho legítimo de sua competência constitucional, e de cujo exercício deriva o poder de fixar, validamente, diretrizes e bases gerais pertinentes a determinada matéria ou a certa Instituição [...].²⁰⁵

Mesmo que inexistia relação de hierarquia entre a legislação federal, estadual e municipal, exige-se o respeito das normas de caráter nacional, com muito maior razão essa premissa deve ser assimilada no desempenho de competência regulamentar, na qual há, indiscutivelmente, subordinação hierárquica à lei. A autocontenção na edição de atos normativos regulamentadores do ANPC decorre de duplo fundamento: da prevalência da uniformidade subjacente ao direito nacional, além da rigorosa subordinação do regulamento ao que consta da lei.

Além disso, o ANPC deve ser submetido a regime jurídico coerente, uniforme, estável e operacional, pela falta de tradição do direito nacional na implementação de instrumentos de consensualidade. Os acordos em matéria de improbidade administrativa ainda se encontram em estágio incipiente de aplicação, que se torna prejudicada pela coexistência de vários regimes diferentes, moldados em conformidade com as concepções heterogêneas do regime de responsabilização por improbidade administrativa existente no âmbito do Ministério Público Federal, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Estados.

A quebra da harmonia sistêmica que deveria ser haurida de instituto regido por lei nacional, como é o caso do ANPC, assume importância para a demarcação dos limites a serem respeitados pelos atos normativos que o regulamentam.

Os atos normativos não poderiam invadir o núcleo de requisitos exigidos para a formalização dos acordos, uma vez que cada ato normativo tende a adotar uma configuração diferente para o acordo, criando-se verdadeiro mosaico normativo, com graves implicações operacionais para o instituto. Basta considerar que existem atualmente 28 regulamentos que abrigam regras (gerais ou específicas) sobre acordos no domínio da improbidade administrativa, conforme demonstrado no Quadro 1 deste trabalho. Embora existam algumas

²⁰⁵ STF, Tribunal Pleno, ADI 2.903, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1.º.12.2005, *DJ* 19.08.2008.

repetições e similaridades entre os atos normativos, pode-se concluir que há mais de uma dezena de regramentos distintos para o ANPC.

A falta de coerência propiciada por essa extensa e dispersa regulamentação do ANPC, com características regionalizadas, tem implicações diretas para a segurança jurídica. Uma das funções do ordenamento jurídico é a de permitir o cálculo de previsibilidade de consequências jurídicas que podem advir das ações dos indivíduos, o que pressupõe regras coerentes que possam ser perfeitamente compreendidas. Há um dever de coerência normativa como postulado da segurança jurídica, como enfatiza Humberto Bergmann Ávila:

O dever de consistência ou de coerência formal significa a exigência de não contradição entre as normas tanto na fase de sua edição pelo Poder Legislativo quanto na fase da sua aplicação.

Igualmente, contribui para a cognoscibilidade e para a calculabilidade do ordenamento jurídico: como as normas não podem entrar em desacordo umas com as outras, as alternativas semânticas possíveis ficam reduzidas àquelas que sejam compatíveis com as normas axiologicamente sobrejacentes; como a aplicação dessas normas não pode contradizer as soluções anteriormente dadas, o cidadão pode, com maior grau de aproximação, antecipar as consequências futuras a serem atribuídas aos atos que venha a praticar. Daí se afirmar que o nível de congruência e de harmonia entre as proposições normativas faz parte do princípio da segurança jurídica.²⁰⁶

A edição de uma infinidade de atos normativos extensos que pretendem regulamentar em minúcias o ANPC, propiciando múltiplas possibilidades de aplicação do instituto, não guarda conformidade com a segurança jurídica necessária para assegurar a eficácia desse novo instituto jurídico. Para evitar que o instituto seja desfigurado em virtude de regras de aplicabilidade local, caberia a regulamentação estrita aos aspectos internos de tramitação das tratativas e de formalização do acordo, como exposto em tópicos antecedentes deste estudo.

À guisa de conclusão, deve ser apontada outra consequência dessa assimetria normativa, que reside na potencialidade de tratamento desigual de interessados na celebração de ANPC.

As margens mais amplas de negociação conferidas por determinados atos normativos supraindicados podem estabelecer a própria viabilidade dos acordos, especialmente no tocante à assunção de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, por sua implicação em outras esferas. Tem-se que a imposição de admissão de culpa como condição de celebração do ANPC pode constituir um dos maiores entraves à negociação.

²⁰⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 354-355.

Nesse contexto, o mosaico normativo existente implica que investigados/acusados terão melhores chances de negociar o ANPC dependendo do órgão do Ministério Público encarregado da persecução, como anteriormente mencionado. Seguindo-se a mesma linha dessa exemplificação, exige-se maior sacrifício de direitos individuais em negociações de ANPC estabelecidas com o Ministério Público Federal, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, comparativamente com o Ministério Público do Estado da Bahia ou Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Parece claro que não há espaço para defender a posição de que os atos normativos mais flexíveis aos acordos deveriam ser alinhados com aqueles mais rigorosos, em prestígio de argumentos como a necessidade de proteção do erário ou da impossibilidade de retrocesso no combate à improbidade. Isso porque os requisitos mais rigorosos têm aptidão para inviabilizar o próprio ANPC em determinados casos, frustrando a terminação consensual de persecuções em condições que poderiam beneficiar o interesse público.

Não se podem perder de vista o caráter fluido do conceito de improbidade administrativa e as inúmeras possibilidades de acusação que a LIA oferece para a responsabilização, que exigem avaliação criteriosa e cuidadosa da razoabilidade do acordo em cada caso concreto, especialmente a necessidade de exigir do investigado/acusado a confissão de um ilícito.

Tomem-se como exemplo duas situações em que a celebração de acordo pode ser vantajosa ao interesse público, independentemente da assunção de culpa pelo investigado/acusado: (i) nos casos de acusações de improbidade de menor potencial ofensivo, relativas a atos que não tenham produzido lesão ao erário, tampouco apresentem repercussão social, o ANPC eliminaria a persecução judicial tendente a gerar custos elevados para a máquina judiciária, custeada pelo erário público; (ii) nos casos em que a ação judicial sofra risco de extinção por prescrição, incluindo-se a intercorrente que passou a ser prevista no art. 23, § 5.º, da Lei n.º 8.429/1992, o que pode acontecer pelos mais variados motivos, que vão desde a insuficiência de elementos probatórios disponíveis para o Ministério Público que impliquem a realização de longa fase instrutória para determinação de autoria e materialidade até a sobrecarga de trabalho enfrentada pelo órgão, que lhe impeça de conduzir com a celeridade necessária os inquéritos e processos sob sua responsabilidade.

Daí por que a possibilidade de celebração de ANPC não deve ser afetada em virtude de regras particularizadas editadas pelo órgão ministerial, porquanto as bases de negociação e a forma de atendimento do interesse público no caso concreto não podem ser aprioristicamente

definidas por atos regulamentares, notadamente quando isso coloca em situação de desigualdade os interessados na negociação.

Enfim, nada justifica o tratamento desigual dos interessados na celebração do ANPC, sobretudo quando isso se dá pela criação de diferentes regimes de consensualidade no exercício de função regulamentar.

A criação de atos normativos extensos, que avançam nos requisitos de formalização do ANPC, gera efeitos contraproducentes. Os regulamentos, que deveriam ter por finalidade minudenciar regras legais para garantir sua operatividade, definindo procedimentos e condições de relacionamento entre a Administração e os administrados para concretizar a isonomia, terminaram criando condições de tratamento sensivelmente diferentes na órbita federal e das demais unidades federativas. Em vez da igualdade, a competência regulamentar criou notável disparidade de tratamento jurídico na aplicação do art. 17-B da Lei n.º 8.429/1992.

Certamente não é essa a função do regulamento, que deve estabelecer “disposições concernentes ao *modus procedendi*”, de modo a evitar a adoção de “soluções díspares entre si, incompatíveis com a boa ordem administrativa e com a igualdade de tratamento a que os administrados fazem jus”.²⁰⁷

Pode-se, com essas considerações, alcançar a resposta à outra questão de pesquisa, acerca das consequências advindas da extrapolação do poder regulamentar. A consequência consiste na quebra da uniformidade e coerência de instituto regido por lei nacional, com prejuízos à segurança e à isonomia dos interessados na negociação do ANPC.

Em linha com a análise aqui empreendida, também se pode reafirmar que há necessidade de demarcação de limites para a regulamentação do ANPC, a qual deveria ter por escopo precípua definir os aspectos procedimentais de submissão da proposta de acordo pelos interessados, além das condições de sua análise e negociação pelo membro do Ministério Público encarregado da persecução.

A conveniência na celebração de acordo em matéria de improbidade está sujeita a inúmeras variáveis, relacionadas ao próprio caso (por exemplo, a existência de lesão ao erário, a existência de controvérsias jurídicas sobre os atos impugnados, o grau de envolvimento e a responsabilidade dos interessados, a relevância do bem jurídico ofendido etc.), ou mesmo ao

²⁰⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 335.

órgão encarregado da persecução (número de processos em andamento e capacidade de atuação).

A criação de várias outras condicionantes, alheias ao texto legal, cerceia a liberdade do promotor natural de avaliar os casos nos quais a terminação consensual do litígio pareça-lhe mais adequada, dentro dos parâmetros fixados no art. 17-B da LIA.

Prejudica, igualmente, a definição de bases estratégicas de atuação do Ministério Público, que se mostram importantes em razão da maior complexidade assumida pelas ações de improbidade, após a reforma da Lei n.º 14.230/2021, em face de vários aspectos, sobressaindo-se: a) a necessidade de reunião de elementos probatórios consistentes que amparem as imputações ou a justificação fundamentada da impossibilidade de exibição dessa prova documental, que reforçam a necessidade de investigação prévia ao ajuizamento da ação (art. 17, § 6.º, II, da Lei n.º 8.429/1992); b) o estudo de elementos probatórios para permitir a descrição pormenorizada e individualizada das condutas imputadas aos réus, que impõe o refinamento na elaboração da petição inicial da ação de improbidade (art. 17, § 6.º, I), assim como a demonstração de participação efetiva de terceiro beneficiário para a consumação dos atos de improbidade (art. 3.º); e c) o reforço de garantias à produção de provas pelos réus, sob pena de nulidade processual (art. 17, § 10-F, II).

Vê-se que a ação de improbidade administrativa tornou-se mais complexa, de modo a exigir maiores esforços para sua eficiente condução, que não pode se prolongar no tempo, em virtude da introdução de novo regime prescricional, notadamente pelo risco de prescrição intercorrente (art. 23, § 5.º). Em suma, deve-se considerar que o ANPC poderia constituir instrumento de otimização da atuação do Ministério Público para a redução do estoque de casos em andamentos, possibilitando-lhe concentrar esforços em situações complexas e socialmente relevantes.

CONCLUSÃO

A criação do ANPC representou mais um importante passo do direito administrativo na direção da consensualidade. Houve certa demora na criação de instrumento de consensualidade no âmbito da LIA, a qual, por anos, manteve-se em descompasso com outros diplomas de direito sancionador, especialmente a Lei Antitruste e a Lei Anticorrupção, que permitem a composição por meio do acordo de leniência.

O ANPC foi concebido sob regras muito diferentes do acordo de leniência, o que lhe confere margem mais ampla de negociação. Os requisitos de celebração previstos nos incisos I e II do artigo 17-B da LIA, que consistem apenas no ressarcimento integral do dano e sua reversão à pessoa jurídica lesada, revelam que o ANPC não tem natureza de acordo probatório ou acordo de pura reprimenda. Trata-se de verdadeira transação, na qual se busca a prevenção ou a terminação consensual de conflito no domínio da improbidade, com a negociação das respectivas posições processuais entre o ente legitimado e o investigado/acusado, para atingimento do resultado necessário de ressarcimento dos danos e recomposição do patrimônio da entidade lesada.

O Ministério Público possui liberdade para negociar o ANPC ou prosseguir com a persecução e responsabilização do ato de improbidade. Não há direito subjetivo do interessado ao acordo.

O artigo 17-B *caput* da LIA conferiu competência discricionária para a negociação, seja pela utilização do verbo ‘poderá’ na cabeça do dispositivo, seja pela abertura conferida pelos parâmetros de negociação previstos em seu § 2.º (que prevê análise de ‘circunstâncias’, de ‘gravidade’ e de ‘vantagens para o interesse público’), seja ainda pela maleabilidade resultante da aplicação desses parâmetros ao caso concreto ou mesmo de questões internas da entidade ministerial (como estoque de processos em andamento, direcionamento de esforços para casos complexos etc.), que permitem várias opções de endereçamento decisório. Tudo isso, somando-se à independência funcional do membro do Ministério Público, autoriza concluir que há competência discricionária para a negociação, aliás, desejável, considerando a necessária alternância entre a realização de negociações e o desenvolvimento de medidas persecutórias que impeçam o desaparecimento do efeito intimidatório das sanções cominadas ao ato de improbidade administrativa.

A regulamentação do ANPC no âmbito do Ministério Público é importante tendo em vista a necessidade de regramento do exercício dessa competência discricionária, que pressupõe interação e ampla discussão de eventual acordo com o interessado. Os atos normativos devem ter por finalidade principal a fixação de regras de natureza procedimental, na etapa de tratativas, pois, além de inexistirem disposições a esse respeito na LIA, esse regramento conferirá maior segurança jurídica e previsibilidade ao caminho de negociação a ser percorrido pelos interessados.

Os aspectos procedimentais também são essenciais para garantir a análise ponderada e fundamentada das bases do acordo e possibilitar mecanismos de controle contra eventuais arbitrariedades caracterizadas por recusas imotivadas de negociação ou baseadas em motivos inexistentes ou irrazoáveis.

Além de regras de natureza procedimental, observou-se, nos atos normativos editados pelo Ministério Público Federal, do Distrito Federal e dos Estados, a presença de regras conformadoras do próprio conteúdo do ANPC, com capacidade de impactar diretamente as condições e a própria atratividade de um acordo para os investigados e acusados. Nessa condição, encaixam-se a previsão de imposição de sanções como conteúdo necessário do ANPC e a exigência de admissão de ilícito pelo acusado/investigado.

A imposição de tais requisitos adicionais para o ANPC, por intermédio de regulamentos, reduz as margens de negociação, em contrariedade às finalidades atribuídas ao ANPC pela LIA. Tem-se como caracterizada, nesses casos, a extrapolação da função regulamentar pelo Ministério Público.

Observou-se, pela pesquisa dos atos normativos, que há uma grande diversidade de regras estabelecidas de requisitos de acordo, tomando-se como parâmetro de comparação a imposição obrigatória de sanções e a confissão da ilicitude. As regras são bastante variáveis entre os regulamentos, prevendo-se um desses requisitos ou ambos, com raras exceções de dispensa que aproximem o ANPC da redação do artigo 17-B da LIA.

Pode-se concluir que a existência de vários regulamentos, com regras diversas para o ANPC, tem o potencial de desfigurar um instituto de consensualidade regido por lei nacional, em prejuízo da necessária isonomia no tratamento de interessados. Essa assimetria normativa também poderá prejudicar a eficácia de instrumento de consensualidade importante para a redução da excessiva litigiosidade reinante em matéria de improbidade administrativa, que vem apresentando poucos resultados concretos na responsabilização de agentes ímprobos e resgate de valores desviados do erário.

O foco dos regulamentos, portanto, deve ser a processualização da negociação do ANPC, para permitir a análise fundamentada de propostas e garantir os direitos dos interessados no acordo. Em síntese, devem ser preservadas as amplas margens de negociação atribuídas pela LIA ao Ministério Público, corrigindo-se eventuais arbitrariedades ou distorções por mecanismos revisionais, ou seja, por eventuais recursos contra rejeições imotivadas ou mal fundamentadas de acordos, ou, no caso de acordos celebrados sem o atendimento dos pressupostos legais, no momento da homologação judicial.

Em face da importância dos mecanismos revisionais para evitar arbitrariedades ou distorções, seria recomendável que os atos normativos de regulamentação do ANPC estabelecessem a possibilidade de interposição de recurso contra a rejeição de proposta, com hipóteses de cabimento restrito, considerando-se a inexistência de direito público subjetivo ao acordo. Mesmo a competência discricionária pode ser objeto de controle em casos excepcionais, como a falta de motivação ou a adoção de motivos falsos ou inexistentes pelo membro do Ministério Público. Nesse sentido, pode ser mencionada como referencial de controle revisional a regra prevista no artigo 12 da Resolução n.º 003/2020-CPJ, do MP-AP, a qual determina a possibilidade de interposição de recurso contra a recusa em negociar, dirigido ao Conselho Superior do Ministério Público, designando-se outro membro do *Parquet* para a negociação, em caso de provimento.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 335-349.

ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel/>. Acesso em: 10 set. 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 148, p. 275-299, out./dez. 2000.

ATALIBA, Geraldo. *Poder regulamentar do Executivo*. São Paulo: RT, 2011. (Doutrinas essenciais de direito constitucional, v. 4.).

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

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle judicial*. 2. ed. 11. tir. São Paulo: Malheiros, 2013.

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

BOSSLER, Fábio Luís. *Os limites constitucionais de atuação do Conselho Nacional de Justiça*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

CAMPELO, Sofia Cavalcanti. Acordo em ação de improbidade administrativa: desafios atuais e perspectivas para o futuro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1.011, p. 23-50, jan. 2020.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846 de 2013*. São Paulo: RT, 2015.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Comentários à Constituição brasileira de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956.

CASTRO, Leonardo Bellini de. O novo regramento legal do acordo de não persecução cível. *In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de (org.). Lei de Improbidade Administrativa reformada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 641-655.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ: Lei de Improbidade Administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/02/0c9f103a34c38f5b1e8f086ee100809d.pdf>. Acesso em: 22 out. 2022.

CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada: atualizada pela lei anticrime*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.

CYRINO, André Rodrigues. *Delegações legislativas e poder regulamentar: política e direito na administração pública brasileira*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

DANTAS, San Tiago. *Problemas de direito positivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

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, v. 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBI, Eduardo. Solução extrajudicial de conflitos na proteção do patrimônio público e da probidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 107, v. 994, p. 49-69, ago. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. (R)Evolução das investigações de cartel à luz dos acordos de leniência e das buscas e apreensões. *In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto (org.). Evolução do antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2018. p. 1289-1303.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ, Luciano. *Controle e consensualidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FIGUEIREDO, Marcelo. Acordo de não persecução civil na nova Lei de Improbidade Administrativa. *In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de (org.)*.

Lei de Improbidade Administrativa reformada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 657-662.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. *Comentários à nova Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 375-394.

GALVÃO, Ciro Di Benatti. *O dever jurídico de motivação administrativa: parâmetro objetivo para a racionalidade decisória dos atos administrativos restritivos de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GARCIA, Emerson. Ministério Público: essência e limites da independência funcional. In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 62-82.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*, São Paulo: RT, 1988.

ISSA, Rafael Hamze. *O controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de (org.). *Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 35-61.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da Lei de Improbidade Administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

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

MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. *Acordo de leniência & a Lei de Improbidade Administrativa*. Curitiba: Juruá, 2017.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes; MAIA, Mário Henrique Goulart. *O poder administrativo sancionador: origem e controle jurídico*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Entre independência institucional e neopatrimonialismo: a distorção da doutrina do “promotor natural”. In: RIBEIRO, Carlos

Vinicius Alves (org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 135-163.

MARRARA, Thiago *et al.* *Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processos e acordos administrativos: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015*. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Acordo de não persecução civil. *In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de (org.). Lei de Improbidade Administrativa reformada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 621-639.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP.)

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada*. 7. ed. São Paulo: RT, 2019.

OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antonio 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*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 375-406.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 8. ed. São Paulo: RT, 2022.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atividade normativa da administração pública*. Estudo do processo administrativo normativo. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

PALMA, Juliana Bonacorsi. Consensualidade em improbidade administrativa e o papel do Tribunal de Contas. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/consensualidade-em-improbidade-administrativa-e-o-papel-do-tribunal-de-contas-05102022>. Acesso em: 7 out. 2022.

PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PELEGRINI, Márcia. A consensualidade como método alternativo para o exercício da competência punitiva dos Tribunais de Contas. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (coord.). *Direito administrativo sancionador*. Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. A supremacia do interesse público sobre o privado: superação ou releitura. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIX, n. 65, p. 32-37, jan./abr. 2015.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. RT: São Paulo, 1970. t. III.

POZZO, Augusto Neves Dal; BARIANI JÚNIOR, Percival José; NEGRINI NETO, João. O regime jurídico do acordo de não persecução civil na Lei de Improbidade Administrativa. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de (org.). *Lei de Improbidade Administrativa reformada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 607-619.

ROCHA, Jean-Paul Veiga da. Quem tem medo da delegação legislativa? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 271, p. 193-221, jan./abr. 2016.

SANTOS, Kleber Bispo dos. *Acordo de leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

SILVA, Carlos Medeiros. O poder regulamentar e sua extensão. *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, v. 20, abr./jun. 1950.

SILVA, Victor Carvalho Pessoa de Barros e. *Acordos substitutivos de sanção*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. A era da consensualidade e o Ministério Público. In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 286-340.

SOUZA, Artur César de. *Código de Processo Civil: anotado, comentado e interpretado: parte especial* (arts. 318 a 692). São Paulo: Almedina, 2015. v. II.

STJ em números: improbidade administrativa. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stj-em-numeros-improbidade-administrativa-06062020>. Acesso em: 23 jul. 2022.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/18408/os-limites-constitucionais-das-resulocoos-do-conselho-nacional-de-justica--cnj--e-conselho-nacional-do-ministerio-publico-cnmp>. Acesso em: 10 set. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

TOURINHO, Rita. Os acordos de não persecução cível na seara da improbidade administrativa e os impactos trazidos pela Lei n.º 14.230/2021. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de (org.). *Lei de Improbidade Administrativa reformada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 663-691.

TRINDADE, Julizar Barbosa. *O acordo de não persecução cível na ação de improbidade administrativa*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021.

VALLE, Vivian Cristina Lima López. O acordo administrativo entre o direito público e o direito privado: emergência de uma racionalidade jurídico-normativa público-privada? In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de (org.). *Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 63-90.

YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Tradução Daniel Grassi. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

ZENKNER, Marcelo. Ministério Público e solução extrajudicial de conflitos. In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 317-338.

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