

MICROSSISTEMA DE TUTELA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E O NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO: A POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE ACORDO EM CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Renata Lane¹

Resumo: O presente artigo busca demonstrar que os novos institutos de transação impactaram o Direito Administrativo Sancionatório e a própria concepção de indisponibilidade do interesse público. Com a edição da Lei nº 12.846/2013 e a consequente criação de um microsistema de tutela da moralidade administrativa, entende-se que a vedação do artigo 17§1º da Lei de Improbidade de acordo em matéria de improbidade administrativa foi revogado, permitindo a celebração de acordos envolvendo condutas improbas.

Abstract: The present article tries to demonstrate that the new institutes of transaction impacted the Sanctioning Administrative Law and the very conception of unavailability of the public interest. With the enactment of Law no. 12.846 / 2013 and the consequent creation of a microsystem to safeguard administrative morality, it is understood that the prohibition of Article 17.1 of the Law of Improbability of agreement on administrative

¹ Bacharel em Direito pela PUC/SP, mestranda em Direito Administrativo pela mesma universidade, especialista em Direito Ambiental pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado. Procuradora do Estado de São Paulo em exercício no Núcleo de Defesa do Patrimônio Público da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

improbability is revoked, allowing the conclusion of agreements involving corrupt acts.

Palavras-chaves: Indisponibilidade do interesse público, sanção, microsistema de proteção da moralidade administrativa e improbidade administrativa.

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Administração Pública Consensual. Nova concepção sobre indisponibilidade do interesse público; 3 – Da vedação de composição na Lei de Improbidade; 4 – Positivização de normas possibilitando acordos envolvendo atos ímprobos; 5 – A Defesa da Consensualidade em matéria de improbidade administrativa; 6 – Conclusão; Referências Bibliográficas;

1. Introdução

A sanção não é um fim em si mesma. Ela possui caráter instrumental. Qualquer forma de aplicação da sanção que não atenda tal finalidade instrumental viola o próprio instituto do direito sancionatório.

Esta visão sobre o direito sancionatório é bem diferente da concepção tradicional. Há um claro movimento de abandono da teoria clássica da função administrativa da sanção, que preconizava a sua indisponibilidade e impossibilidade de transação. Ficou para trás o “tabu” de que a Administração Pública não pode transacionar.

Para a referida visão clássica, a indisponibilidade do interesse público significaria vedação total e irrestrita para a composição, ainda mais se tratando de aplicação de sanção, fruto do exercício do *ius imperium* da Administração Pública.

Até então era impensável que a autoridade administrativa sopesasse entre a aplicação ou não da sanção com a possibilidade de o infrator readequar a sua conduta e compensar os atos irregulares.

Novos instrumentos ampliando a possibilidade de acordos, a instituição de Câmaras de Conciliação, a inserção de cláusulas de arbitragem nos contratos com a Administração Pública, dentre outros, foram inseridos no ordenamento jurídico pátrio, neste claro movimento pela busca da consensualidade.

A evolução foi tamanha que até em matéria penal, na qual a aplicação da pena era concebida como totalmente indisponível, cuja a obrigatoriedade da ação penal era a regra, foram inseridos institutos de celebração de acordos, como a transação penal, suspensão condicional do processo e possibilidade de acordo por meio de delação premiada.

Nesse movimento, destacaram-se as transações realizadas no âmbito da “Operação Lava Jato”. Os diversos acordos de leniência e delação premiada, inclusive no que se refere ao âmbito penal e da improbidade administrativa, comprovam que esses institutos saíram do papel e se tornaram grandes instrumentos no combate à corrupção, impunidade e lavagem de dinheiro.

Não há dúvidas de que as inovações legislativas proporcionaram tal movimento. A busca por uma maior consensualidade é uma inegável tendência, inclusive fortemente incentivada pelo novo Código de Processo Civil, que preconiza que as partes devem buscar sempre acordar (art.3º, §3º²). O mesmo Código Processual também criou uma cláusula geral (atípica) de negociação prevista no art.190, CPC³, conferindo maior liberdade às partes.

Mesmo no âmbito da Administração Pública, há um incentivo para a composição entre as partes. A Lei de Mediação e Autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública reforça a possibilidade do Poder Público celebrar acordos (Lei nº 13.140/2015), inclusive relacionado com casos envolvendo improbidade administrativa⁴. Há um

2 Art.3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

3 Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

4 Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do

claro abandono da concepção tradicional de inviabilidade de transação envolvendo o poder público.

É neste contexto de busca de consensualidade, de alteração da visão clássica do direito administrativo sancionador, que o presente artigo busca discutir a possibilidade de acordo envolvendo atos ímprobos. O problema que se coloca é: o art.17,§1º da Lei de improbidade⁵, que vedava expressamente a possibilidade de acordo em ação de Improbidade, foi revogado ou ao menos temperado⁶?

Isto é, dado o movimento pela consensualidade, conjugado com a positivação de novos instrumentos, é possível entender que o art.17,§1º da Lei nº 8.429/92 ficou obsoleto dentro deste novo modelo de Direito Administrativo Sancionatório?

A questão, portanto, é saber se há uma antinomia entre a Lei da Improbidade Administrativa e a Lei de Mediações. Logo, o presente artigo propõe o debate de (i) verificar se o art.17, §1º da Lei nº 8429/92 foi revogado, abrindo-se a possibilidade de acordo em matéria envolvendo improbidade administrativa. Admitindo-se a possibilidade de acordos nos casos de improbidade administrativa, há um segundo questionamento sobre o que seria possível transacionar. Daí que se propõe no presente artigo a (ii) estabelecer algum parâmetro sobre o que seria possível transacionar, tecendo algumas considerações sobre possibilidades de acordos envolvendo atos ímprobos.

2. Administração Pública Consensual.

Nova concepção sobre indisponibilidade do interesse público

A intensa judicialização, sobretudo envolvendo os entes federativos, gerou a necessidade de se buscar soluções alternativas de solução de conflitos. Há um consenso sobre a impossibilidade do Poder Judiciário dirimir todos os conflitos.

Ministro Relator.

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

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

6 Importante observar que havia uma Medida Provisória- MP nº 703/2015- que revogava esse parágrafo primeiro, que não foi convertida em lei, tendo perdido sua eficácia em 29/05/2016.

Este esgotamento do modelo tradicional de solução de conflitos pela via judicial, aliado com a busca pela maior efetividade da aplicação da própria sanção, está diretamente relacionada com o surgimento de um novo modelo de Administração Pública e a mudança da concepção da própria atuação administrativa.

Não há mais controvérsia que o poder público pode transacionar. Há uma abertura normativa à consensualidade a partir da positivação de alguns instrumentos consensuais.

Esta nova cara da Administração Pública, denominada “Administração Consensual”, privilegia a cooperação e diálogo com os particulares. Há uma mudança na relação entre o poder público e os particulares, adotando-se a horizontalidade ao invés da verticalidade no relacionamento público-privado, na busca de maior eficiência e efetividade da atividade administrativa. Afinal, a propositura de ação judicial, com toda intempérie de sua tramitação, não garante o melhor resultado para as partes ou que seja atingido o interesse público.

Tal postura da Administração Pública entende de forma diferente a teoria tradicional de supremacia do interesse público sobre particular e a indisponibilidade do interesse público; não há mais uma vedação total e irrestrita para a composição entre as partes⁷.

Ficou consolidado na doutrina que o princípio da indisponibilidade não se confunde com a ideia de direitos patrimoniais disponíveis – o interesse público é sempre indisponível, enquanto os direitos patrimoniais podem ser disponíveis ou indisponíveis.

7 Nesse sentido são as ponderações de Floriano Marques e Tatiana Cymbalista: “*Contudo, como vimos anteriormente, a afirmação da autoridade administrativa encontra-se hoje em um momento diferenciado. Afasta-se do caráter meramente autoritário e unilateral de atuação estatal e converte-se em um poder exercido de maneira mais motivada, mais procedimental (legitimidade pelas regras do jogo), mais participativa, mais transparente e mais plural.*

A mudança de perspectiva faz com que o procedimento destinado a apurar a perpetração de uma infração deixe de ser visto como palco para reconstrução da soberania administrativa ofendida, para ser encarado simplesmente como um mecanismo dentre outros, mais econômico, mais eficazes e consensuais para a reparação do dano causado e para o restabelecimento dos comportamentos almejados pela regulação” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Martinello. Os acordos substantivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 8, n.31 out/dez.2010.

A consensualidade seria, portanto, a própria realização do interesse público, conforme leciona Juliana Palma:

Ainda que se admita o princípio da supremacia, o ato consensual pode ser considerado o próprio interesse público, de forma que a atuação administrativa consensual não determina a prevalência do interesse privado em detrimento do interesse público; pelo contrário, segundo esse argumento, a consensualidade corresponderia ao processo de satisfação do interesse público concretizado no acordo administrativo. O ponto está em considerar não apenas o ato administrativo como expressão do interesse público, mas também o acordo firmado entre Administração e administrado no âmbito do processo na qual haja negociação da prerrogativa pública (imperativa). Tendo em vista os efeitos positivos da consensualidade com a efetividade da decisão bilateral, a economia de tempo e de custos bem como a maior adequação da solução negociada em relação às particularidades da situação concreta é importante que se reconheça o ato consensual como própria expressão do interesse público⁸

Nesse sentido, o Direito moderno não poderia ficar adstrito aos velhos dogmas do direito administrativo de que a transação significaria disposição do interesse público. Pelo contrário, o movimento contemporâneo é justamente no sentido de que a celebração de acordo, em muitos casos, é justamente a própria realização do interesse público.

3. Da vedação de composição na Lei de Improbidade

Inicialmente, é preciso observar que a Lei nº 8.429 foi promulgada em 1992. Naquela época a transação envolvendo o Poder Público, sobretudo envolvendo atos de improbidade administrativa, era impensável.

Pela proximidade entre os institutos de sanção da improbidade administrativa e o direito penal, a regra da proibição de transação que vigorava na seara criminal foi estendida à esfera da improbidade administrativa. Ou seja, a proibição era fruto de uma época e dessa relação indissociável entre improbidade administrativa e direito penal, tal como observa Fredie Didier Jr e Daniela Santos Bonfim:

⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, p.171/172.

A proibição prevista na Lei de Improbidade Administrativa era, na verdade, um reflexo da proibição no âmbito penal. Não havia sido admitida na improbidade em razão do princípio da obrigatoriedade para o Ministério Público e da visão que a tutela do interesse público era absolutamente indisponível, não admitia graus de tutela. Se agora é possível negociar consequências penais, mesmo nas infrações graves, não haveria razão para não ser possível negociar as sanções civis de improbidade. Pode-se estabelecer a seguinte regra: a negociação na ação de improbidade administrativa é possível sempre que for possível a negociação no âmbito penal, em uma relação de proporção. A interpretação literal do comando do §1º do art.17 da Lei nº 8.429/92 leva a uma situação absurda: seria possível negociar sanções tidas como mais graves pelo sistema porque decorrente da prática de crimes (por definição, o ilícito mais reprovável), mas não seria possível negociar no âmbito de uma ação de improbidade administrativa. Além de absurda, a interpretação desse texto ignoraria completamente a diferença entre os contextos históricos da promulgação da Lei nº 8.429/92) e de sua aplicação.⁹

É nesse sentido que se discute que tal dispositivo ficou obsoleto diante do surgimento de novos instrumentos que possibilitam a transação com o poder público.

Ora, se o próprio Direito Penal já admite a transação, inclusive desobrigando o Ministério Público ao ajuizamento de ação penal, seria totalmente ilógico e desarrazoado que no âmbito do direito administrativo sancionatório prevalecesse outra regra.

A partir de uma interpretação corretiva, pautada pela harmonia e unidade do sistema jurídico, deve-se privilegiar a coerência desse microsistema, na qual não há mais espaço para a visão sobre a impossibilidade de acordo em matéria de improbidade administrativa.

Nesta lógica, seria completamente incongruente que se pudesse celebrar um acordo de delação premiada no âmbito penal, mas houvesse a obrigatoriedade de ajuizamento de ação civil pública de improbidade

9 DIDIÉ JR, Fredie; BONFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n.67, p.105-120, jan/mar. 2017, p.117.

administrativa sobre o mesmo fato. Ou ainda, se fosse celebrado acordo de leniência com a pessoa jurídica com base na Lei nº 12.846/2013, mas com relação às pessoas físicas houvesse a obrigação de ajuizamento ação civil pública.

Tais condutas violariam, por completo, a segurança jurídica e a confiança legítima, desnaturando o próprio instituto da autocomposição. Se assim fosse, teríamos um sistema totalmente incongruente e desarmônico.

Deste modo, em um ordenamento jurídico em que já estão positivados institutos permitindo celebração de acordos, inclusive sendo incentivada a autocomposição, não se pode mais considerar que o art.17§1º da Lei nº 8.429/92 como vigente.

4. Positivação de normas possibilitando acordos envolvendo atos ímprobos

Embora muito se discuta sobre a possibilidade de acordos envolvendo matéria de improbidade administrativa, já existem diversas normas jurídicas expressamente autorizando a celebração de acordos em casos de improbidade administrativa.

Nesse sentido, é a Lei de Mediação e autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública que expressamente autoriza a celebração de acordo em ação de improbidade administrativa. A Lei Anticorrupção também disciplina a possibilidade de transação relacionada à conduta ímproba¹⁰. Destacam-se, ainda, a colaboração premiada no Direito Penal (Lei 12.850/2013), e acordo de leniência na legislação antitruste.

10 Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

É importante destacar que diversos órgãos já fizeram as respectivas previsões para a viabilizar a celebração de acordos em casos envolvendo improbidade administrativa. Cita-se, como exemplo, a Portaria Interministerial celebrado pela Advocacia Geral da União e a Controladoria Geral da União:

Portaria Interministerial nº 2.278, de 15 de dezembro de 2016

Define os procedimentos para celebração do acordo de leniência de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, no âmbito do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU e dispõe sobre a participação da Advocacia-Geral da União.

Art. 2º O acordo de leniência será celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos previstos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e dos ilícitos administrativos previstos na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, na Lei nº 8.666, 21 de junho de 1993, e em outras normas de licitações e contratos, com vistas à isenção ou à atenuação das respectivas sanções, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, devendo resultar dessa colaboração (...)

No mesmo sentido, é a Resolução nº-179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público regulamentando a realização de acordo envolvendo improbidade administrativa:

Art. 1º O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração.

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 2º É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou ato praticado

Art. 3º O compromisso de ajustamento de conduta será tomado em qualquer fase da investigação, nos autos de inquérito civil ou procedimento correlato, ou no curso da ação judicial, devendo conter obrigações certas, líquidas e exigíveis, salvo peculiaridades do caso concreto, e ser assinado pelo órgão do Ministério Público e pelo compromissário. (*grifo meu*)

Tais regulamentações são iniciativas louváveis destas instituições, conferindo uma maior segurança jurídica e objetivando padronizar a atuação de seus membros.

Porém, em que se pese a positivação de tal permissão, em sentido oposto à previsão da Lei de Improbidade Administrativa, não há consenso doutrinário, nem segurança jurídica para a celebração de acordos em matéria de improbidade administrativa. Daí a relevância da discussão sobre o tema.

5. A Defesa da Consensualidade em matéria de improbidade administrativa

Pois bem, verificado o movimento do Direito Moderno no sentido de cada vez mais facilitar às partes encontrarem um consenso sobre a direito em conflito, inclusive no que se refere ao próprio Direito Administrativo Sancionador, com o abandono da visão clássica sobre o princípio da indisponibilidade do interesse público, defende-se que o ordenamento jurídico vigente permite a celebração de acordo em matéria de improbidade administrativa.

Com efeito, em que pese a MP 703/2015 não ter sido convertida em lei¹¹, inexistindo revogação expressa da previsão da Lei de Improbi-

11 A Medida Provisória 703/2015 que disciplinava o acordo de leniência, tinha previsão expressa de revogação do art.17,§1º da Lei nº 8.429/92:

Art. 2º Ficam revogados:

I - o § 1º do art. 17 da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992;

dade Administrativa, existe autorização legal de acordo em matéria de improbidade prevista na Lei de Mediação (art.36,§4º). Além disso, a Lei Anticorrupção introduziu instrumento transacional no microsistema da tutela da moralidade administrativa.

Assim, conjugando a Lei da Mediação com a Lei Anticorrupção, entende-se que o art.17§ 1º da Lei de Improbidade Administrativa foi implicitamente revogado.

Deveras, a ação de improbidade administrativa tem caráter repressivo, de aplicação de sanções de natureza punitiva, além do caráter reparatório (previsão de ressarcimento integral do dano). Tais sanções teriam força pedagógica e intimidadora de inibir a reiteração da conduta.

Logo, se algum benefício é obtido, se há aumento de eficiência ou efetividade no combate à corrupção e improbidade administrativa, a dissuasão do transgressor, o ressarcimento integral ao erário, abre-se espaço para negociação sobre as sanções aplicáveis. Afinal, conforme já mencionado, o acordo poderá significar a própria realização do interesse público. Nesse sentido, são as ponderações de Nicolao Dino:

Para superar a aparente incompatibilidade, é importante repisar a *ratio* do art.17,§1º, da Lei nº 8.429/92. A finalidade dessa regra, como acima enfatizado, é evitar que haja livre e indevida disposição da ação, em prejuízo à tutela do dever de probidade administrativa. Ao revés, a busca da colaboração dos investigados/réus infratores, em troca de benefícios quanto a sanções, não implica abdicar da tutela da probidade, mas sim alcançá-la de modo mais eficiente. Confere-se, por esta via, maior efetividade ao regramento normativo e aos mecanismos de controle da improbidade, com a possibilidade de estender a atuação repressiva do Estado a escalões e estruturas de poder – político ou econômico – outro considerados intangíveis, se não houvesse a cooperação de outros envolvidos¹²

12 DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. IN: SALGADO, Daniel Resende de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org). et al. *A prova do enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Jus podivin, 2015, p.455-459.

Mesmo porque, o ajuizamento de ação de improbidade não assegura que as sanções do art.12 da Lei nº 8.429/92 serão aplicadas, ou se aplicadas, na intensidade pretendida por um dos co legitimados par ação (Fazenda Pública lesada ou Ministério Público).

E mais, a celebração de acordo em matéria de improbidade administrativa não é apenas autorizada pelo ordenamento jurídico, mas deve ser sempre buscada pelas partes envolvidas, inclusive incentivadas pelo Poder Judiciário em caso de judicialização.

É nesse sentido, que a possibilidade de acordo de leniência introduzido pela Lei 12.846/2013 não deve ser compreendido de forma isolada, aplicável apenas aos processos da Lei Anticorrupção (e, portanto, restrito às pessoas jurídicas). Entende-se que a Lei Anticorrupção introduziu a possibilidade de negociação dentro do microsistema processual de tutela coletiva da probidade administrativa, que confere ordenação e unidade do ordenamento, por meio de uma interpretação corretiva. Inclusive, já há julgados nesse sentido:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI ANTICORRUPÇÃO. MICROSSISTEMA. ACORDO DE LENIÊNCIA. VÍCIO DE COMPETÊNCIA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DETERMINADA.

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. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR, *grifo meu*)

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI DE IMPROBI-

DADE ADMINISTRATIVA. LEI ANTICORRUPÇÃO. MICROSSISTEMA. ACORDO DE LENIÊNCIA. VÍCIO DE COMPETÊNCIA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DETERMINADA.

(...) 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.

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.

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. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR, *grifo meu*).

Não se ignora, entretanto, que existe uma série de questões que se colocam, sobretudo em razão da ausência de Lei federal disciplinando o acordo em ação de improbidade administrativa. Entretanto, tal entrave não deve ser uma barreira para a celebração de acordo em si, já que uma lei específica pode demorar anos para que seja editada.

De todas as formas, é preciso observar que a própria Lei Anticorrupção veda acordos sobre obrigação de ressarcimento integral do dano (art.16,§3º), que estaria inserido dentro do núcleo irrenunciável do interesse público. Até porque, a recomposição do dano não é sanção, mas obrigação inserida dentro da lógica da responsabilidade civil.

Logo, a reparação integral do dano não poderia ser objeto de transação em condutas envolvendo improbidade administrativa.

No que se refere ao momento da celebração do acordo, e considerando que a Lei de Mediação fala em ação de improbidade (pressupondo,

portanto, ação judicial em curso), não parece razoável limitar a celebração de acordos apenas à fase preparatória e pré-processual (de inquérito civil ou apuração administrativa). Ainda que nesta fase seja o momento aonde o agente poderia contribuir com maiores informações sobre autoria e materialidade dos ilícitos, auxiliando na busca do ilícito e na responsabilização de todos os envolvidos, o fato é que o ajuizamento de ação não garante que todas as questões já tenham sido resolvidas (novas informações poderiam viabilizar o ingresso de ação contra aqueles que ainda não figurem como réus da ação de improbidade já ajuizada), ou mesmo facilitando a comprovação da conduta improba. Logo, não há qualquer determinação, *a priori*, de qual o momento mais adequado para a transação¹³.

Além do mais, para garantir que haja harmonia no sistema jurídico, evitando a desastrosa celebração de acordo entre algum dos co legitimados e a propositura de ação civil pública pelo outro, é recomendável a participação do Ministério Público e das Advocacias Públicas nas tratativas e celebração de acordo. Caso se trate de acordo em ação em trâmite, salutar a participação do Poder Judiciário, que ao final, deverá homologar os termos da transação.

Deve-se, ainda, considerar que os acordos pressupõem equivalência entre os benefícios obtidos pelas partes. Além disso deve ser idônea, o que requer seja necessária, proporcional e adequadamente útil ao direito sancionador.

Aqui cumpre observar que o acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção traz como algumas condições que já permitem identificar o imediato benefício do poder público em celebrar o acordo- identificação dos demais envolvidos na infração, a cessação da conduta ilícita e a cooperação para apuração do ato ilícito.

13 Em sentido contrário é a posição de Kleber Bispo dos Santos: “*Se o Ministério Público ou a Advocacia Pública do ente público lesado ajuizou a ação de responsabilização por ato de improbidade administrativa, presume-se que o fizeram com seriedade e responsabilidade e que detinham, após apuração prévia, robustos elementos de prova de autoria e de materialidade que passaram sobre o crivo do contraditório e ampla defesa na esfera judicial. Quando o Estado tem robustos elementos de prova de autoria e materialidade nas mãos, não lhe é permitido, a nosso ver, celebrar o acordo de leniência, visto que esta via consensual é específica para as hipóteses em que não se tenham informações suficientes de autoria e materialidade dos ilícitos*”, SANTOS, Kleber Bispo do. Acordo de Leniência na Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção. Metrado, PUC/SP. São Paulo, 2016, p.177.

É preciso, então, verificar se todas as celebrações de acordo exigiriam tais «benefícios» à Administração Pública, e quais outros benefícios poderiam ser eventualmente exigidos.

Isto dependerá do caso concreto, mas é certo que pôr fim à litigiosidade, extinguindo a fase de conhecimento para que se possa dar imediato cumprimento ao título executivo judicial já representa um ganho de efetividade. Afinal, a efetividade da sanção é um fim inerente e extremamente relevante ao sistema de combate à corrupção e defesa da moralidade administrativa.

A questão é saber se acordar em extinguir o processo, cumprindo-se imediatamente alguma das sanções e ressarcindo o dano seriam suficientes para que o Poder Público dispusesse de alguma das sanções. Em outras palavras, deve-se averiguar quais os benefícios obtidos pelo poder público para que abra mão da aplicação de alguma das sanções previstas no art.12 da Lei nº 8.429/92.

Novamente, parece que tudo dependerá do caso concreto e quais os benefícios que poderão ser ofertados pelo requerido. De qualquer modo, não parece que dispor de alguma das sanções seja um problema em si. Ora, se no Direito Penal o acordo com colaboradores permite a diminuição da pena ou o perdão judicial, e se a própria Lei de Improbidade permite uma espécie de dosimetria da pena- que variam de acordo com a gravidade dos fatos, extensão do dano e proveito patrimonial obtido pelo agente, além das penas poderem ser impostas cumulativamente ou isoladamente- não haveria problemas para que o acordo preveja a isenção de algumas das sanções já impostas ou possivelmente impostas no curso da ação.

Em resumo: existe a possibilidade de transação em casos envolvendo improbidade administrativa, de modo que, por uma interpretação corretiva, entende-se que o disposto no art.17§1º da Lei nº 8.429/92 foi implicitamente revogado; que o acordo pode ser realizado tanto na fase pré-processual, quando após o ajuizamento de ação de improbidade administrativa; que cabe aos colegitimados (preferencialmente, de forma conjunta), a análise dos benefícios gerados pela proposta de acordo dos requeridos; que o acordo deve, necessariamente, gerar benefícios e comutatividade para ambas as partes; que é possível que o Ministério Público e a Advocacia Pública disponha de alguma das sanções do art.12 da Lei de Improbidade Administrativa, e que o ressarcimento integral do dano é sempre irrenunciável.

6. Conclusão

As alterações promovidas pelas Lei nº 13.140/2015 e 12.846/2013 indicam uma tendência à consensualidade, ainda que se trate de questões afetas ao Direito Administrativo Sancionatório. Passa-se a aceitar a autocomposição entre as partes, ainda que envolva condutas ímprobas, como solução possível que atenda ao interesse público.

É nesse sentido, que o Direito Moderno rompe com visão clássica da sanção e de indisponibilidade do interesse público. Não mais pela via da imposição de sanção que se atinge finalidade da lei, de modo que a transação se mostra um instrumento viável de perseguir tal fim.

É neste contexto que o art.17,§1º da Lei nº 8429/92 demonstra-se obsoleto. O novo microsistema de tutela da moralidade administrativa admite a consensualidade e se mostra um instrumento eficiente de combate à corrupção.

7. Referências bibliográficas

CYMBALISTA, Tatiana Martinello; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os acordos substantivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 8, n.31 out/dez.2010

DIDIER JR, Fredie; BONFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n.67, p.105-120, jan/mar. 2017.

DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. IN: SALGADO, Daniel Resende de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org). et al. *A prova do enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Juspodivin, 2015.

PALMA, Juliana Bonacorsi. Sanção e Acordo na Administração Pública. 1ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros,2015.

SANTOS, Kleber Bispo do. Acordo de Leniência na Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção. Metrado, PUC/SP. São Paulo, 2016.