

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA "JÚLIO DE MESQUITA FILHO"
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS

JOELSON VITOR RAMOS DOS SANTOS

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL NA ESFERA DA IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA: APLICAÇÃO DO ACORDO E IMPLICAÇÕES DECORRENTES
DA REDAÇÃO DA LEI Nº 14.230/2021**

FRANCA

2022

JOELSON VITOR RAMOS DOS SANTOS

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL NA ESFERA DA IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA: APLICAÇÃO DO ACORDO E IMPLICAÇÕES DECORRENTES
DA REDAÇÃO DA LEI Nº 14.230/2021**

Trabalho apresentado à Faculdade de Ciências
Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista
“Júlio de Mesquita Filho” para a aprovação no curso
de Graduação em Direito (Área de Concentração:
Direito Administrativo).
Orientador: Prof. Dr. José Carlos de Oliveira

FRANCA

2022

S237a Santos, Joelson Vitor Ramos dos
O acordo de não persecução civil : aplicação do acordo e implicações decorrentes da redação da lei nº 14.230/2021 / Joelson Vitor Ramos dos Santos. -- Franca, 2022
115 p.

Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado - Direito) - Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca
Orientador: José Carlos de Oliveira

1. Direito público. 2. Consenso. 3. Improbidade administrativa. 4. Interesse público. 5. Persecução civil. I. Título.

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Dados fornecidos pelo autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

JOELSON VITOR RAMOS DOS SANTOS

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL NA ESFERA DA IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA: APLICAÇÃO DO ACORDO E IMPLICAÇÕES
DECORRENTES DA REDAÇÃO DA LEI Nº14.230/2021**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para aprovação no curso de Bacharelado em Direito na Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – UNESP campus Franca.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Prof. Dr. José Carlos de Oliveira

1º Examinador: _____

Prof. Daniel de Souza Silva

2º Examinador: _____

Prof. Guilherme Vieira Barbosa

Franca, 21 de novembro de 2022.

Dedico este trabalho aos meus pais, Joelson Ramos dos Santos e Vanderly Batista Santos, por construírem minha essência, com os princípios e valores a mim ensinados. Por fim, em especial, também dedico ao meu avô, Cícero Manoel, que, em razão da força do tempo e brevidade da vida, não conseguiu ver o primeiro neto formado.

AGRADECIMENTOS

A princípio, com o fim de evitar injustiças, faço aqui o agradecimento a todas as pessoas maravilhosas que entraram na minha vida nestes 5 (cinco) anos de graduação e que contribuíram até aqui e que, por descuido da minha parte, não serão mencionadas de forma expressa.

Primeiramente, agradeço ao meu orientador, o Professor Dr. José Carlos de Oliveira por ter aceitado acompanhar este projeto desde o estágio embrionário, em forma de Iniciação Científica, até o presente momento, mesmo em meio às imensas dificuldades trazidas pelo ambiente pandêmico em conjunto com a novidade de um tema tão desafiador.

Agradeço aos meus pais, por todo o sacrifício que fizeram até hoje para que eu pudesse ter o necessário para vencer as mazelas de ordem econômica e social impostas à nossa família. Como sei, não há que se falar em dívida quando o oferecido é feito por amor, mas, caso houvesse, a minha certamente seria incalculável.

Agradeço também, aos meus amigos, Gabriel Garro, Igor Ferrari, Alisson Rangel e Mateus Pereira pela incondicional presença e parceria durante todos os anos da graduação, inclusive na tortuosa pandemia. Também, ainda que o nosso convívio tenha sido breve, agradeço ao Bruno Eduardo, Denis Rodrigo, Vinícius Nascimento, dentre outros, por tornarem o meu último ano mais leve e alegre, acalmando os momentos de tormento com os incentivos festivos e calorosas conversas.

Em especial, agradeço ao Diego Sentanin, por ser, com certeza, um dos maiores presentes que a UNESP Franca me proporcionou, um irmão para a vida. Sua amizade e parceria foram essenciais para que eu fosse capaz de percorrer o duro caminho da graduação e da vida. As marcas de sua contribuição não estão somente nesse trabalho, mas em tudo que vivi desde o meu primeiro ano em Franca.

Ao Cícero Ivanilson, Daniel Barrozo e Matheus Antonio, dispensa aprofundamentos, agradeço a amizade e parceria desde os melindres do ensino médio.

Ademais, agradeço a todos os profissionais do departamento de Direito Público por todo o apoio que me deram ao longo da realização do meu trabalho. Por fim, expresso imensa gratidão aos professores do curso por me oferecer, mesmo diante do ataque à Universidade Pública, todas as bases necessárias para a realização deste trabalho e para minha formação como profissional, ensinando a pensar e refletir o direito, atributos necessários para a construção do nosso Estado Democrático de Direito.

A todos, minha imensa e profunda admiração, para sempre vocês estarão em meu coração.

RESUMO

Este trabalho objetiva analisar a procedimentalização do Acordo de Não Persecução Civil (“ANPC”), instrumento autocompositivo disciplinado pela Lei nº14.230/2021. Para isso, será estudado, em especial, o artigo 17-B da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela normativa supramencionada. Busca-se investigar, ante a regulamentação federal, a existência de um consenso na interpretação e aplicação do instituto, mais especificamente, nas questões relativas ao procedimento trazido pela normativa, à legitimidade, à anuência, à propositura e, por fim, à homologação do acordo. Nessa senda, necessário perquirir eventual (in)compatibilidade do ANPC com o interesse público, trançando as linhas gerais do Direito Administrativo Sancionador, em razão da avença fazer parte do sistema da improbidade, por fim, indispensável expor as mudanças paradigmáticas trazidas pela Lei nº 14.230/2021. A metodologia empregada foi a revisão bibliográfica e legislativa, através do método hermenêutico-dedutivo. Constatou-se, ao final da pesquisa, que o instituto é substancial, inovador e compatível com o microssistema de tutela da probidade administrativa, todavia, em razão de a matéria ser inaugural, em relação às questões ventiladas, este trabalho expôs as incertezas sobre como tais questões devem ser interpretadas, o que, se não for bem enfrentado, pode gerar insegurança jurídica e ineficácia do instituto.

Palavras-chave: Acordo de não persecução civil; consensualidade; improbidade administrativa; interesse público; procedimentalização.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the procedure of the civil non prosecution agreement, a self-compositive instrument disciplined by the Law n° 14.230/2021. For this, it will be studied the article 17-B of the Administrative Improbability Law, included by the above-mentioned law. The aim is to investigate, before the federal regulation, the existence of a consensus in the interpretation and application of the institute, more specifically, on issues related to the procedure brought by the normative, the legitimacy, the consent, the proposition and, finally, the homologation of the agreement. In this path, it is necessary to question the eventual (in)compatibility of the civil non prosecution agreement with the public interest, braiding the general lines of the Sanctioning Administrative Law, because the agreement is part of the misconduct system, finally, it is essential to expose the paradigmatic changes brought by the Law n° 14.230/2021. The methodology employed was a bibliographic and legislative review, using the hermeneutic-deductive method. At the end of the research, it was found that the institute is substantial, innovative and compatible with the micro-system for the protection of administrative probity. However, due to the fact that the subject matter is inaugural, in relation to the issues ventilated, this paper exposed the uncertainties on how such issues should be interpreted, which, if it is not well faced, may generate legal uncertainty and ineffectiveness of the institute.

Keywords: Administrative improbity; civil non prosecution agreement; consensuality; proceduralization; public interest.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO E A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO	14
1.1. O princípio da indisponibilidade do interesse público	15
1.1.1. Do interesse público	15
1.1.2. Da indisponibilidade do interesse	19
1.2. A Administração Pública Consensual	26
1.2.1. O fenômeno da consensualização	26
1.2.2. A evolução da consensualização no direito brasileiro	30
2. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	33
2.1. Breve introdução histórica do direito administrativo sancionador	35
2.2. Direito Administrativo sancionador brasileiro	37
2.3. Sanção administrativa	39
2.4. Princípios que norteiam o Direito Administrativo Sancionador.....	42
2.4.1. Da razoabilidade e da proporcionalidade	46
2.4.2. Da individualização da conduta	48
3. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	51
3.1. Aspectos gerais da improbidade administrativa	51
3.2. Alterações decorrentes da Lei n. 14.230/21.....	54
3.2.1. Exclusão da forma culposa e demonstração de perda real.....	54
3.2.2. Dos atos de improbidade após a Lei nº 14.230/21.....	57
3.2.3. Das punições após a Lei n. 14.230/21	66
3.3. Da (ir)retroatividade da Lei n. 14.230/21	70
4. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL.....	73
4.1. Do breve retrospecto da aplicabilidade do acordo.....	73
4.2. Legitimidade para a propositura do acordo	77
4.3. Anuência do ente público	84
4.4. Momento de celebração	87
4.5. Dos requisitos positivos e negativos para celebração do acordo após a Lei nº 14.230/ 2021	91
4.6. Homologação	94
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	98
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	106

INTRODUÇÃO

No cenário jurídico brasileiro, a morosidade na resolução dos embates se revela como um problema frente ao excesso de formalismo e tecnicismo na prestação jurisdicional, o que acarreta a ausência de efetividade e deságua no descrédito da população frente ao Poder Judiciário. Nessa senda, o ideal de justiça começa, inclusive, a ser questionado, pois como assevera Rui Barbosa (1999, p. 39) “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”. Todavia, há outras causas que corroboram para essa ineficiência. Como bem advoga Sebastião Sérgio da Silveira (SUAID; SILVEIRA; SILVEIRA, 2020, on-line) dentre outras, temos as leis gerais e abstratas conflitantes entre si (entre os entes federativos); e a alta judicialização de diversos temas, como consumo, ambiente, saúde, educação e moradia.

No caso específico das ações por Improbidade Administrativa, uma parte da culpa da ineficiência no processamento de tais lides, conforme declara o professor Silveira (SUAID; SILVEIRA; SILVEIRA, 2020, on-line) foi justamente a complexidade do processo, que exigia o chamamento formal da pessoa jurídica prejudicada - quando esta não for a autora - e uma fase prévia de admissibilidade da ação. Para se ter uma noção da morosidade de tal processo, o Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2022a, on-line) emitiu a Meta Nacional nº 4 de 2019 - antiga Meta Nacional nº 3 de 2013 -, com o fim de tornar célere a tramitação de processos relacionados à Improbidade Administrativa. *In verbis*:

Identificar e julgar até 31/12/2019: Na Justiça Estadual: 70% das ações de improbidade administrativa e das ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública, distribuídas até 31/12/2016, em especial a corrupção ativa e passiva, peculato em geral e concussão (BRASIL, 2022a, on-line).

Conforme o relatório do CNJ (BRASIL, 2022a), dos processos distribuídos até 2017, dos 154.400 casos de Improbidade Administrativa, somente 53.991 deles foram julgados, isto é, 34,97%; porcentagem muito inferior do estabelecido pela Meta Nacional nº 4 de 2019. Diante desse cenário caótico, tornou-se necessário a edição da Lei nº 14.230/2021, que alterou substancialmente a Lei 8.429/92 (“LIA”). À vista disso, o processo por improbidade aproximou-se do procedimento comum, retirando algumas formalidades que, de certa forma, corroboraram para a morosidade da tramitação e solução das lides. Todavia, ainda assim, o problema da ineficiência ainda não foi solucionado, ante a vultosa quantidade de judicializações.

Diante desse cenário, mecanismos começaram a ser elaborados para proporcionar uma maior celeridade na prestação jurisdicional, em especial, tem-se a autocomposição de litígios, como a negociação, a mediação e a conciliação. Tais recursos começaram a ser aplicados com

maior fervor nos conflitos privados do que propriamente públicos, sendo que os últimos envolviam direitos indisponíveis. Nesse sentido, Rogério Favreto (GAJARDONI [et al], 2020, p. 364) indica que “andou mal o legislador na redação originária do parágrafo 1º, da Lei n. 8.429/92, ao impedir qualquer forma de transação, acordo ou conciliação, ainda que a questão esteja relacionada a atos de improbidade administrativa”.

Isto porque, até o advento da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/19), era expressamente vedado qualquer tentativa de conciliação e a celebração de acordos na seara da Improbidade Administrativa, uma vez que esta versa sobre direitos indisponíveis. Desta forma, conclui-se que na tutela do patrimônio público e moralidade administrativa o legislador foi extremamente hostil aos métodos de autocomposição.

Com a devida vênia ao legislador de 1992, a possibilidade de acordo deve ser o almejado na prática, para a tentativa de conciliação de conflitos, uma vez que resolve de uma forma muito mais célere, menos burocrática e, ainda por cima, mais vantajosa à máquina pública, por ser mais econômica. Tal entendimento já era posto em prática pelos romanos, uma vez que próximo aos fóruns romanos edificavam-se templos destinado à deusa Concórdia, que atuava, segundo o rito romano, na conciliação (SCAMUZZI *apud* GAJARDONI [et al], 2020, p. 364).

Seguindo em sentido oposto ao estipulado pela antiga redação do artigo 17, § 1º da Lei de Improbidade Administrativo - LIA - e utilizando da experiência romana, Carlos Frederico Brito dos Santos (2002) e Marcelo Figueiredo (1997) defendiam a propositura de acordo na seara da Improbidade Administrativa. Para o Dr. Carlos dos Santos, a vedação do acordo se daria nas hipóteses do artigo 9 e 11 da citada lei, que tratam, respectivamente, enriquecimento ilícito e violação dos princípios administrativos. Já Marcelo Figueiredo acreditava na possibilidade de acordo para os agentes que delatassem e ajudassem a punir os transgressores, uma espécie de “delação premiada”. Tudo com o fim de tornar célere o processo e restituir aos cofres públicos, daquele valor desviado.

Em um primeiro momento, eventual tratativa ou permissibilidade de acordo engendra no pensamento social uma ideia de impunibilidade. Isso ocorre pela proximidade da Lei de Improbidade Administrativa com a esfera penal criando uma confusão no tocante a natureza jurídica dela. Para o Dr. Fábio Medina Osório (2020, p. 10), a natureza é de direito administrativo sancionador, aliás, isso foi confirmado pela redação do §4º do artigo 1º da Lei nº 14.230/2021. Inclusive, como vem sendo destacado pela doutrina, a Lei nº 8.429/92 possui sanções que são até mais graves que as da Lei Penal, considerada como a *ultima ratio* (DIDIER JR.; BOMFIM, 2016, on-line).

Entretanto, cabe ressaltar a independência entre as instâncias penal administrativa e civil. Logo, um acordo em esfera civil-administrativa, como é considerada a LIA, não obsta a eventual punibilidade do agente infrator na esfera penal.

Ocorre que, com o passar do tempo, desde 1992 - ano de instituição da Lei de Improbidade Administrativa-, diversos dispositivos legais foram criados flexibilizando a proibição de autocomposição sobre as matérias que envolvessem, de alguma forma, a moralidade administrativa e indisponibilidade do interesse público. Sucedeu-se que, atualmente, há uma preferência pela solução consensual, pois se percebeu, como leciona a Magistrada Erika Reupke (2020, on-line) que “a proteção do patrimônio público se dá de forma mais eficaz por meio da construção de uma solução negociada do que por uma sentença proferida por um juiz, com ampla produção de provas e risco de prescrição do processo”. Reitera-se aqui, a Meta Nacional nº 4 do CNJ, a tentativa de acelerar a apreciação dos processos que versam sobre a Improbidade e que estão à espera de julgamento nos Tribunais do país.

Sabendo disso, houve um grande avanço para a solução negociada com a Lei n. 12.864/2013, que estabeleceu os Acordos de Leniência. Para alguns autores, como Gajardoni (2020, on-line), tal norma, em conjunto com Lei de Improbidade, faz parte de um microssistema processual de tutela coletiva da probidade administrativa, um microssistema - conjunto de normas com o fim de combater a corrupção. Não só isso, mas também a Lei de Mediação – em meados 2015 - em seu artigo 36, §4º, abre a possibilidade de, “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 (...)” (BRASIL, 2015b). Isto é, houve um confronto direto com a antiga disposição do art. 17, §1º da Lei de Improbidade Administrativa.

Nesse sentido, em meados de 2020, a Segunda Turma do STJ pronunciou, mais especificamente no REsp 1.464.287/DF, a respeito da aplicabilidade dos termos procedimentais previsto na delação premiada e no acordo de leniência, em sede de ação de improbidade administrativa.

Em consonância aos dispositivos supramencionados, a Lei nº 13.655/18, que incluiu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“LINDB”) os artigos 26 e seguintes, implicou numa revogação da antiga disposição da Lei de Improbidade Administrativa. Isso se deu pois a LINDB, por ser uma norma geral, ao objetivar a eficiência na aplicabilidade do direito público, começou a prestigiar e incentivar medidas para a eficiência administrativa, entre elas a possibilidade de tomada de compromissos, como bem assevera seu artigo 26. (BERNARDINA DE PINHO, 2020, on-line).

Assim sendo, com tais mudanças com o fulcro de flexibilizar a autocomposição naquelas matérias taxadas como indisponíveis, houve uma aparente desarmonia entre as legislações. Como forma de corrigir tal anomalia, no final de 2019 houve a possibilidade, com o advento da Lei nº 13.964/19, da realização de acordo de autocomposição no âmbito das ações civis de improbidade administrativa, isto é, o Acordo de Não Persecução Civil (“ANPC”).

O dispositivo da LIA ficou da seguinte forma: “Art. 17, § 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei” (BRASIL, 2019b).

Logo, como a própria nomenclatura ressalta, o Acordo de Não Persecução Civil tem o fim de impedir o início de uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Para isso, haveria a necessidade de impor algumas condições, como a aplicação de eventuais sanções aos sujeitos responsáveis pelas condutas ímprobas, não afetando as eventuais responsabilizações nas outras instâncias, objetivando tornar mais célere e efetiva a reparação do dano causado ao erário, em âmbito civil. Ocorre que houve o veto presidencial do dispositivo supramencionado, deixando a LIA deficiente. Isso trouxe dúvidas no que tange à sua operacionalização, isto é, faltam referenciais mínimos para a instrumentalização e aplicação das ferramentas trazidas pela Lei nº 13.964/19.

O cenário foi substancialmente alterado com a edição da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, que modificou quase que integralmente a Lei de Improbidade Administrativa. Entre tantas mudanças, como a legitimidade ativa exclusiva do Ministério Público e a aproximação da ação de improbidade ao procedimento comum previsto no Código de Processo Civil de 2015, o legislador, no artigo 17-B, finalmente regulamentou o Acordo de Não Persecução Civil, o que deve trazer mais segurança jurídica quanto ao tema.

Todavia, embora a lei tenha trazido parâmetros mínimos, ainda há espaço para dúvidas que, uma vez não dirimidas, poderão acarretar insegurança jurídica e na frustração do instituto. Logo, faz-se necessário discutir como está ocorrendo o ANPC, uma vez que é latente a necessidade do uso de tal artifício legal como forma de combater a corrupção de uma forma mais célere, além de ser menos custoso e, consequentemente, mais vantajoso à Administração Pública.

À vista do exposto e em respeito ao princípio da eficiência, torna-se essencial o uso do Acordo de Não Persecução Civil para ajudar no combate aos atos ímprobos e à corrupção, sendo o mais importante, na seara civil, o ressarcimento aos cofres públicos do eventual dano ao erário. Para isso, deve ser seguido um procedimento padrão objetivando a segurança jurídica.

Diante desse problema, o presente trabalho foi estruturado em quatro capítulos. No primeiro capítulo, foi realizada revisão bibliográfica com o objetivo específico de descrever a mudança de paradigmas no conceito de interesse público, e por consequência, na sua indisponibilidade, já que, como será visto, a consensualidade, em um primeiro momento, pode representar um óbice ao interesse público. Logo, para não restar dúvida sobre a utilização de mecanismos negociais no microssistema de tutela da probidade administrativa, no qual se insere o acordo de não persecução civil, torna-se essencial investigar a evolução da consensualidade no ramo do direito público.

Já no segundo capítulo, será apresentado as principais características do Direito Administrativo Sancionador (“DAS”), pois, na hodiernidade, ante a proximidade entre direito penal e administrativo, como as sanções administrativas estão configurando um instrumento para que o Estado influencie nas condutas sociais, de forma a ordenar a convivência e coibir a prática de atos contrários ao interesse público. Nesse cenário, insere-se o ANPC, tornando-se essencial estudar os paradigmas que permeiam o Direito Administrativo Sancionador, em especial, os princípios que o norteiam, haja vista que o ente legitimado para a propositura de eventual avença deverá seguir tais paradigmas, por expressa previsão legal, o art. 1º, § 4º da Lei de Improbidade Administrativa.

No terceiro capítulo, o objetivo foi apresentar o impacto da Lei n.º 14.230/2021 na Lei n.º 8.429/92, destacando as mudanças estruturais ocorridas no campo das improbidades administrativas, principalmente nos atos que configuram improbidade e as suas respectivas sanções, objetos de eventual ANPC.

Por fim, no quarto capítulo, dando especial atenção à inclusão do artigo 17-B à Lei n.º 8.429/1992, que estabelece o novo regime jurídico do acordo de não persecução civil, com fulcro de averiguar a procedimentalização da avença, ante a limitação espacial do presente trabalho, foi apresentado alguns aspectos básicos inerente a propositura do Acordo de Não Persecução Civil, a saber: (i) breve contextualização da aplicabilidade do acordo, dado os limites objetivos e subjetivos; (ii) de quem seria a legitimidade para a propositura da avença; (iii) necessidade de anuência ou não do ente público interessado; (iv) o momento da propositura do acordo e, por fim, (v) a homologação do juiz. A partir disso, traçar parâmetros úteis à delimitação dos acordos celebrados no domínio das improbidades administrativas, a serem observados na prática forense.

A relevância do tema se evidencia, em um primeiro momento, pelos riscos que a ausência de um procedimento a ser seguido pode oferecer à dinâmica do instituto consensual. Esses riscos, pode-se dizer, têm o condão de inviabilizar a atuação da consensualidade no trato da

probidade administrativa, em razão da insegurança jurídica a ser gerada nos casos reais, desaguando no descrédito dos meios autocompositivos de resolução de conflito, jurando de morte o instituto.

Em contrapartida, pode-se dizer que o tema é importante em razão da sua atualidade, uma vez que a Lei n.º 14.230/2021 foi promulgada em dia 25 de outubro de 2021. Nessa senda, as discussões acadêmicas e jurisprudenciais, sobre grande parte das alterações normativas ocorridas ainda são embrionárias; aliás, ao longo de 2022, diversas ações que envolvem a nova normativa tramitaram pelo Supremo Tribunal Federal, ante a amplitude da reforma realizada. Em razão disso, o presente trabalho não se limita tão somente ao estudo do acordo de não persecução civil, mas investiga também outras importantes modificações ocorridas no microsistema de tutela da probidade administrativa.

Por fim, em razão do tema ser inaugural, como dito, as discussões doutrinárias ainda estão no estágio de amadurecimento, em razão dos poucos posicionamentos consolidados sobre os assuntos abordados. Dito isso, não se pretende apresentar conclusões concretas e finalizadas, mas sim iniciar e contribuir para algumas discussões, traçando e relacionando perspectivas de análise que possam ser úteis ao enfrentamento do problema de pesquisa proposto, em um futuro próximo.

1. CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO E A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

O Acordo de Não Persecução Civil representa um instrumento consensual no Direito Administrativo, conforme previsto no art. 17-B da Lei de Improbidade Administrativa. Ocorre que, por muito tempo, era extremamente rechaçado pela doutrina e jurisprudência pátria qualquer tipo de consensualidade que envolvesse, de certa forma, o patrimônio público, expressão do interesse público e, por consequência, a sua disponibilidade.

Nessa senda, para melhor compreender as implicações decorrentes da Lei n.º 14.230/2021, que introduziu e melhor regulamentou os requisitos do Acordo de Não Persecução Civil, compete ao presente capítulo discorrer, por meio de análise e comparações doutrinárias, em especial os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira Mello, sobre o interesse público, sua suposta indisponibilidade pela administração pública e as implicações oriundas de eventual confronto com o consensualismo. Além de descrever a evolução dos instrumentos consensuais ao longo dos anos até o presente momento, com a positivação do ANPC.

1.1. O princípio da indisponibilidade do interesse público

1.1.1. Do interesse público

O princípio da indisponibilidade do interesse público é a norma-base que tende a entrar em conflito com os meios consensuais da Administração Pública. Entretanto, antes de adentrar no assunto com mais afinco, deve-se averiguar o interesse público, o seu conteúdo e a sua natureza jurídica no direito positivo brasileiro.

Como bem se sabe, pelas lições de Di Pietro (2022) o regime jurídico administrativo é abrangido pelo conjunto de traços que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública em uma posição privilegiada na relação jurídico-administrativa. Isto significa que, na prática, a administração possui prerrogativas e sujeições. Dito isso, tem-se, ao lado da tentativa de proteger os direitos individuais frente ao Estado, “a necessidade de satisfação dos interesses coletivos, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública” (PIETRO, 2022, p. 105).

Segundo Cretella Júnior (1962, p. 13), as prerrogativas públicas são “as regalias usufruídas pela Administração, na relação jurídico-administrativa, derogando o direito comum diante do administrador, ou, em outras palavras, são as faculdades especiais conferidas à Administração, quando se decide a agir contra o particular”. Por outro lado, observa-se as restrições a que está sujeita a Administração, que, uma vez não cumprida, torna o ato administrativo nulo, dentre elas, Di Pietro (2022, p. 105) afirma “a observância da finalidade pública, bem como os princípios da moralidade administrativa e da legalidade, a obrigatoriedade de dar publicidade aos atos administrativos”.

Realizadas tais considerações iniciais, nota-se que, como bem afirma a doutrina majoritária, o interesse público é considerado o instituto-chave do regime jurídico-administrativo, isto é, o interesse público é um filtro pela qual todos os institutos e ferramentas do Direito Administrativo devem ser interpretadas. Diante disso, percebe-se a origem dos dois princípios estruturantes de todo o regime jurídico-administrativo: a supremacia do interesse público e o da indisponibilidade do interesse público.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 59), em sua clássica obra, afirma que “ninguém duvida da importância da noção jurídica de interesse público”. Apenas em relação ao conteúdo do instituto que o autor considera não ser “tão simples que se imponha naturalmente, como algo de per si evidente que dispensaria qualquer esforço para gizar-lhe os contornos abstratos” (MELLO, 2016, p. 59). Ocorre que a conceituação do “interesse público” é de extrema dificuldade pela doutrina e jurisprudência pátria.

Aliás, a título de exemplo, os juristas portugueses conferiram diversos significados para o termo “interesse público”. Conforme aponta, Antonio de Souza (1994, p. 20), há uma definição estritamente política, sem vinculação jurídica, como se interesse público fosse uma mera diretriz para a atuação política do administrador. Não só, mas como também posicionamentos que classificam o interesse público, em maior ou menor grau, como um instrumento discricionário da Administração, até representações que o classificam como um poder estritamente vinculado ao ordenamento jurídico.

Ou seja, “a imprecisão conceitual da pedra de toque que norteia, rege e conduz as relações entre Estado, de um lado, e a coletividade e os indivíduos, de outro” (HAEBERLIN, 2017, p. 25) é um dos maiores problemas que ainda tangenciam a atividade administrativa, por isso, deve-se perquirir o tema, buscando entendê-lo. No mesmo sentido advoga Eros Roberto Grau (2014, p. 171), “a questão do interesse público, contudo, permanece, sem dúvida, sendo a grande questão do direito administrativo”. Dito isso, passa-se a compreender o conteúdo jurídico do interesse público.

A priori, cabe destacar que antes de adentrar no aspecto jurídico, o interesse público era visto muito mais pelo aspecto religioso e filosófico, sendo taxado como “bem comum”. Como bem menciona Hachem (2011, p. 70), em sua obra “Princípio constitucional da supremacia do interesse público”, considerava-se como bem comum aquilo que o Rei, enquanto representante de Deus na Terra (aspecto religioso), assim classificasse. Isto posto, o rei ao interpretar e aplicar concretamente os desígnios divinos, realizava o “bem comum”, não sobrando aos súditos nada senão o dever de cumprir suas ordens, pois a vontade do soberano, era a vontade de Deus.

A posteriori, com fim dos regimes absolutistas e a instituição dos Estados Democráticos de Direito, a vontade divina e, por consequência, o bem comum, deixou de ser, único e exclusivamente, decorrente dos desígnios pessoais do monarca. Muito pelo contrário, passou-se a entender o interesse público como algo voltado à realização dos interesses da coletividade que, enquanto titular da soberania, legitima qualquer atuação do Estado (SIQUEIRA, 2016, p. 20). Dessa forma, com a instituição do estado liberal burguês, diante da necessidade de afastar os entraves cometido no período anterior, o interesse público assumiu uma posição individualista, pois, como o indivíduo assumiu posição central, o Estado deveria apenas proporcionar a observância à autonomia individual e evitar invasões na esfera individual de liberdade. Em suma, sobre o período, Daniel Hachem (2011, p. 70) insiste que, em relação à coletividade, a atuação do Estado era meramente para garantir a defesa da segurança pública e realização de atividades específicas que não era de interesse da iniciativa privada.

Surge, então, o princípio da legalidade formal como fundamento central da atividade administrativa, um verdadeiro mecanismo desenvolvido para garantir a liberdade dos indivíduos, após a observância da vontade geral da nação, por meio da eleição daqueles que exercerão a atividade legiferante. Em outras palavras, o interesse público do Estado Liberal, por haver uma relação intrínseca entre o interesse privado e o interesse público, era visto como fundamento da “existência do Estado de Direito, assegurado pelo constitucionalismo moderno francês: a proteção do individualismo” (HACHEM, 2011, p. 94).

Ocorre que, com o advento do Estado Social de Direito e a sua internalização no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Constituição de 1988, muda-se a noção de interesse público vigente até então, uma vez que, o conceito de interesse público deve ser preenchido em função do sistema constitucional que se encontrar vigente em um determinado espaço e tempo, sendo algo mutável de tempos em tempos (MUÑOZ, 2006, on-line).

Ou seja, diante do Estado Social, a administração passa a ser não mais meramente a garantia da esfera privada de liberdade dos indivíduos, muito pelo contrário, a administração começa a promover a igualdade material entre os indivíduos, por meio da prestação de serviços públicos e da efetivação de direitos sociais. Para isso, surge a necessidade de um papel ativo do Poder Público. Logo, no contexto brasileiro, com o advento da Constituição Federal de 1988, “a essência do interesse público como tarefa suprema do Estado revela-se na centralidade da dignidade do ser humano, visto que a função básica do Poder Público consiste na melhora das condições de vida da população, notadamente no que se refere ao pleno desfrute dos direitos fundamentais por cada um dos cidadãos” (HACHEM, 2011, p. 332).

Em outras palavras, existe uma nítida relação entre a noção de interesse público e os valores sociais elencados na Magna Carta como objetivos fundamentais da República. Nesse sentido:

(...)Constituição Federal de 1988, que elege a solidariedade como um de seus valores centrais. Por isso, a Constituição não coaduna com posições que pretendem substituir o interesse público, enquanto noção central do Direito Administrativo, pelo respeito se não exclusivo, ao menos primordial dos direitos individuais. Ainda que os direitos individuais estejam compreendidos dentro do conteúdo de interesse público juridicamente aferível a partir do texto constitucional, este não se resume a eles. Uma mudança teórica nesse sentido é uma mudança de valores – o que, em última análise, confronta com a normativa constitucional (FARIA, 2022 p. 64)

Sabe-se que, Celso Antônio Bandeira de Mello (2016) influenciou de forma considerável o direito administrativo, ao conceituar, em suas obras, o interesse público. Segundo o administrativista, considera-se interesse público o resultado da “dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da

sociedade” (MELLO, 2016, p. 60). Ou seja, interesse público é a comunhão dos interesses que os indivíduos possuem enquanto integrantes de uma sociedade. Logo, pode-se concluir que o interesse público “não se confunde e também não é algo contrário ao interesse dos indivíduos” (MELLO, 2016, p. 61), tratando-se do resultado do conjunto da dimensão pública dos interesses dos indivíduos; além de “não se identifica, sempre, com o interesse do Estado” (MELLO, 2016, p. 61), já que este possui interesses de dimensão pública e particular.

Assim sendo, compreende-se que em relação ao titular, o interesse público pode ser ostentado tanto por um indivíduo isoladamente considerado, quanto por uma coletividade, a qual, por sua vez, pode ser determinada ou indeterminada, majoritária ou minoritária (SIQUEIRA, 2016, p. 26). Ou seja, uma vez compreendidas as linhas fundamentais que cercam a noção de interesse público, pode-se reconhecer que particulares individualmente considerados também ostentam interesses públicos.

Em outras palavras, o interesse público não é apenas o interesse anunciado pelo Estado, ainda que na defesa da coletividade. Posto isto, no momento em que o particular está trabalhando para defender a efetividade de algum dispositivo do ordenamento jurídico que lhe beneficie, ele está agindo em nome de um interesse público. Pode-se concluir, portanto, que ao observar o interesse de particulares, o Estado não está se afastando do interesse público. Isto acaba legitimando a autocomposição para a resolução de conflitos na órbita do direito público, pois, não é porque o particular está se “beneficiando” com o acordo que não se está observando o interesse público.

Na hodiernidade, como bem defende parte da doutrina, como Daniel Hachem (2011), o sentido do interesse público deve ser extraído do direito positivo, pois fundamentações meta-jurídicas de interesse público, como “vontade do povo” ou a “solidariedade social”, podem levar a arbitrariedades injustificadas e à insegurança jurídica, nos dizeres do autor “será público todo o interesse protegido pelo ordenamento jurídico, cuja satisfação deva ser assegurada pelo Estado, direta ou indiretamente, e que constitui uma barreira negativa para a sua atuação, impedindo-o de agir de maneira a contrariá-lo.” (HACHEM, 2011, p. 162). Logo, pode-se resumir que:

O interesse público para o Direito, portanto, é resultado de uma escolha político-normativa. Será de interesse público aquilo que o legislador assim definir como tal. Da Constituição às leis ordinárias, o interesse público é condensado nas mais diversas esferas de atuação legislativa. Juridicamente (e essa é a perspectiva que importa aqui), a “solução de interesse público” é aquela adotada pela Constituição e pelas leis infraconstitucionais elaboradas em consonância com esta. Ainda assim, há casos em que o Poder Legislativo não define com precisão qual a atitude a ser tomada pela Administração Pública em uma determinada situação concreta. Não por uma questão de falha na atividade legiferante – o que, a bem da verdade, também ocorre em certos casos –, mas, sim, por um reconhecimento lúcido e racional de que determinados

temas devem ser deixados para apreciação da própria Administração Pública (FARIA, 2022, p. 32).

Percebe-se, então, que em muitos casos, o interesse público é um conceito jurídico indeterminado, cabendo ao administrador/intérprete estabelecer um sentido, observando as características e demandas do caso concreto. Nesse ponto, torna-se imprescindível a devida observância ao princípio da motivação dos atos administrativos. Ocorre que, mesmo com o sentido de interesse público decorrer da lei e, em alguns casos, haver a necessidade do administrador/intérprete fundamentar de forma clara e coesa o sentido ali posto, em razão de ser um conceito indeterminado, Faria (2022, p. 34) relata:

A verdade é que nunca haverá uma resposta absolutamente clara, indubitável, extraível direta e imediatamente do texto normativo sem necessidade de interpretação e sempre com um mesmo sentido a ser aduzido. Em maior ou menor grau, a aplicação do Direito sempre irá exigir uma tarefa de interpretação do operador jurídico. E isso significa, no âmbito do tema explorado nesse trabalho, que, por mais densificação legislativa que houver, de uma forma ou de outra sempre caberá à Administração Pública o dever de apreciar o interesse público presente de modo específico em um determinado caso concreto, identificando-o com base nos parâmetros jurídicos existentes no ordenamento e nos valores constitucionais de realização do bem-comum.

In concreto, na prática, o administrador encontrará situações em que haverá um suposto embate de interesses, devendo existir um juízo de ponderação. Dito isso, já se adianta que, em razão deste arbitramento, pode aparentar, como se verá adiante, a existência de uma incompatibilidade entre o princípio da indisponibilidade do interesse público e os instrumentos consensuais do Direito Administrativo Sancionador, entretanto, tal alusão está equivocada.

Por ora, com o fim em adentrar no capítulo da indisponibilidade, cabe destacar que a manutenção do interesse público como ponto basilar de toda atividade administrativa decorre de um posicionamento ideológico sobre as funções do Estado brasileiro, já que a própria Constituição Federal de 1988, ao adotar o modelo de Estado Social para a República Federativa do Brasil, colocou o interesse público de forma indissociável a esse modelo. Logo, na administração pública, em todos seus setores, o interesse público deve ser a categoria jurídica a funcionar como norte da atividade administrativa.

1.1.2. Da indisponibilidade do interesse

Como já asseverado anteriormente, assim como ocorreu com a própria noção de interesse público, o reconhecimento do princípio da indisponibilidade no Direito Administrativo brasileiro se concretiza com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 100). Para o autor, a indisponibilidade do interesse público é a base estrutural de todo o regime jurídico-administrativo no Brasil, validando-se como “fonte-matriz do sistema”, pois “dá-se-

lhes importância fundamental porque se julga que foi ordenamento jurídico que assim os qualificou.” (MELLO, 2016, p. 57)

Ocorre que, não se pode dizer que foram as lições de Bandeira de Mello que “criaram” a noção de indisponibilidade do interesse público, muito pelo contrário, antes disso já podiam se encontrar ensinamentos doutrinários sobre o tema, a título de exemplo, em meados dos anos 60, José Cretella Júnior (1962, p. 263) defendia que a satisfação do interesse público era “o fim máximo a que devem atender os agentes administrativos”, sendo que “se o agente, levado por móveis outros que o interesse público, edita o ato administrativo, este leva um vício grave de origem, informado que foi por finalidade incompatível com aquela que impulsiona o pessoal do Estado” (CRETELLA JÚNIOR, 1962, p. 240).

Entretanto, foi Bandeira de Mello que realizou uma sistematização lógica das normas fundamentais que regiam o Direito Administrativo no país, sendo o responsável por trazer à tona o termo “indisponibilidade do interesse público”, uma expressão do vocábulo jus-administrativo brasileiro.

Dito isso, como marco inicial para se estudar o conteúdo jurídico da indisponibilidade do interesse público, deve-se investigar a lição de Bandeira de Mello. Para o autor, o significado da indisponibilidade reside no fato de que “sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público -, eles não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis” (MELLO, 2016, p. 76). Nesse sentido, continua o administrativista, “o próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que também é um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*” (MELLO, 2016, p. 76).

Ocorre que, da mesma forma que acontece com a definição de interesse público, apesar da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello e dos demais supracitados, ainda não existe um consenso na doutrina pátria acerca do conteúdo do princípio da indisponibilidade do interesse público. Em relação a isso, cabe destacar o posicionamento de Mariana de Siqueira (2016, p. 202):

preponderam os trabalhos destinados a repensar a supremacia do interesse público sobre o privado, sendo demasiado escassos aqueles destinados a refletir especificamente sobre a indisponibilidade do interesse público. A indisponibilidade costuma aparecer nas obras sobre a supremacia a título de ‘carona’ nas arguições teóricas ali construídas, não como objeto principal a constar do título, mas sim como elemento teórico analisado internamente ao longo dos escritos, de maneira pontual e a título acessório.

Como visto, o Estado costuma ser visto como um ente abstrato que plana acima da sociedade, com o qual existe uma relação de alteridade, isto é, visto como um “outro” sujeito. Todavia, como pode ser observado em diversos estudos recentes da Teoria Geral do Estado no Ocidente, a razão de ser do Estado Moderno é o homem, sendo concebido em função da coletividade. Nesse sentido, tem-se Gazda (2006, p. 133):

É por isso e para isso que o Estado existe, constituindo-se a pessoa humana, de forma individual e coletiva, em seu princípio, seu meio e seu fim. Princípio porque quem lhe constitui são seus próprios integrantes. Meio porque é a pessoa humana integrante do Estado que deve lhe dirigir e conduzir, tanto pela participação direta como agente do Estado, como especialmente pela participação política. Fim em razão de o Estado estar constituído para assegurar aos seus membros a sobrevivência, convivência, socialização e pleno desenvolvimento.

Dito isso, o interesse público e a sua eventual indisponibilidade deve ser encarado, na hodiernidade, em prol dos membros da coletividade *in concreto*, levando em conta, entre tantos princípios, a eficiência, previsto no art. 37 da CRFB/88. Entretanto, antes de adentrar em tais pormenores, deve-se trazer à baila a pesquisa realizada por Moretti (2012), que declama que a indisponibilidade do interesse público possui algumas dimensões, a saber: indisponibilidade da finalidade legal; indisponibilidade do dever de agir; indisponibilidade de bens e serviços públicos; indisponibilidade das competências administrativas.

A priori, tem-se a indisponibilidade da finalidade legal, segundo ela, na administração pública, “o bem não se entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir” (LIMA, 2007, p. 37). Em outras palavras, o agente administrativo não pode tomar decisão que não se destine à satisfação dos objetivos estatais manifestados por meio da atividade legislativa. Isto posto, para essa dimensão da indisponibilidade, “a Administração não pode se desvencilhar dos comandos e direcionamentos que lhe foram impostos pela Constituição e pelas normas infraconstitucionais” (MORETTI, 2012, p. 72).

Continuando, Moretti (2012) observa também a existência da indisponibilidade do dever de agir que se relacionado com o dever da Administração Pública em empreender todos os esforços em prol da execução do interesse público. Nesse sentido, Edmir Netto de Araújo (2010, p. 75) ressalta que “a atividade administrativa é compulsória para a Administração e exigível pelo administrado, se o exercício da competência é obrigatório, pois do interesse público o agente não pode dispor ao seu alvedrio, mas cumprir seu dever, usando do poder que a lei lhe atribuiu”.

Uma outra dimensão é a indisponibilidade de bens e serviços públicos, que, como o próprio nome revela, determina que o administrador não pode dispor da coisa pública, em razão de não ser proprietário. As hipóteses de exceção, devem estar previstas no próprio ordenamento jurídico. Por fim, tem-se a indisponibilidade das competências administrativas, o que impossibilita a Administração Pública de deixar cumprir com os deveres impostos pelo legislador e de utilizar-se das prerrogativas decorrentes do regime jurídico-administrativo, na busca do interesse público. Dito isso, cabe pontuar Di Pietro (2022, p. 67), para ela, “precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes seja atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder por omissão”.

Outrossim, ainda sobre as últimas duas dimensões da indisponibilidade do interesse público proposto por Moretti (2012), tem-se:

Seu conteúdo é bastante semelhante ao sentido atribuído à indisponibilidade do dever de agir, com a única diferença que quando se refere à indisponibilidade das competências administrativas existe alguma previsão normativa (constitucional, legal ou mesmo administrativa) imbuindo à Administração de uma prerrogativa a ser utilizada em hipóteses objetivamente descritas pela legislação para a persecução do interesse público. No primeiro caso, a indisponibilidade atua de modo mais genérico – isto é, ainda que não haja previsão de competência específica –, como forma de direcionar a atividade *praeter legem* da Administração à realização do interesse público. (FARIA, 2022, p. 73)

Realizadas tais observações sobre as dimensões defendidas por Moretti (2012), percebe-se que se trata, tão somente, de uma divisão didática da indisponibilidade do interesse público. O importante é esclarecer que, como visto em tópico anterior, o conteúdo do interesse público é mutável, devendo ser considerado na análise o tempo e espaço, logo, a indisponibilidade, por decorrência lógica, também será mutável conforme o contexto fático de cada caso concreto.

Nesse cenário, a doutrina defende que, por força do princípio da indisponibilidade, a Administração Pública não pode agir com a mesma liberalidade que o fazem os particulares no alcance de seus interesses individuais, pois, caso tente, irá “trair sua missão própria e sua própria razão de existir” (MELLO, 2016, p. 73). Nesse sentido, cabe apontar a doutrina de Hachem (2011, p. 49), o princípio da indisponibilidade do interesse público “consiste na impossibilidade de o agente público atuar livremente, e na sua consequente submissão ao dever de realização das finalidades cogentes que lhe são encomendadas pelo ordenamento jurídico”.

Fato é, da mesma forma que ocorre com princípio da segurança jurídica, da proporcionalidade e da razoabilidade, o princípio da indisponibilidade do interesse pública não está previsto constitucionalmente de forma explícita. Nesse sentido, Siqueira (2016, p. 195)

afirma que, apesar de não ser “texto expresso nas disposições da Constituição de 1988, nem por isso, todavia, carece de proteção jurídica”. O mesmo ocorre em Hachem (2011, p. 118):

(...) não há dúvidas que a indisponibilidade dos interesses públicos, como ideia-síntese das sujeições especiais da Administração Pública em prol do cidadão, pode ser identificada como um princípio implícito no tecido constitucional, sendo que o dever da Administração de obedecer a todos os seus desdobramentos (...) resulta diretamente da sua submissão à Constituição.

Dito isso, Romeu Felipe Bacellar Filho (apud ROCHA, 2009, p. 196) destaca que o princípio da indisponibilidade estaria previsto no art. 3º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, pois, o agente administrativo não pode ter como objetivo central de sua atividade o atingimento de interesses particulares, nas palavras do autor:

Com efeito, o princípio geral que domina toda a atividade estatal, exercida através da Administração Pública, é o bem comum. Este não representa a soma de todos os bens individuais, mesmo porque os bens individualmente considerados podem conflitar com aquele. Pelo contrário, aqui está o limite negativo: a Administração Pública não pode objetivar interesses particulares. O administrador que transgrida este preceito convulsiona, desarmoniza e desacredita a ação administrativa (ROCHA, 2009, p. 196).

Sabendo disso, objetivando melhor estruturar a procedimentalização do Acordo de Não Persecução Civil, que por tratar da probidade administrativa, deve seguir, em menor e maior grau, as premissas da indisponibilidade do interesse público, cabendo aqui investigar as consequências de tal princípio no ordenamento pátrio. Em relação a temática, deve-se ter como norte as consequências previstas por Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 77), que são: (a) o princípio da legalidade e suas decorrências como a finalidade, a razoabilidade e a proporcionalidade e a motivação; (b) a obrigatoriedade do desempenho da atividade pública/continuidade dos serviços públicos; (c) o controle (interno e externo) dos atos administrativos; (d) o tratamento isonômico dos cidadãos em face da Administração; e, por fim, (e) inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos.

Em relação a primeira consequência, o princípio da legalidade, como já visto anteriormente, é “uma decorrência natural da indisponibilidade do interesse público” (MELLO, 2015, p. 78), pois o conteúdo do interesse público é aquilo previsto pelo legislador. Dessa forma, nasce a obrigação do agente público em promover este interesse público, por meio do respeito e observância a legislação, subordinando a atividade às normas jurídicas consagradas. De tal princípio, decorre outros atributos, que, para melhor concatenamento de ideias, será visto, ainda que de forma geral e sucinta.

A priori, como bem dispõe Celso de Mello (2016, p. 100), há o atributo da finalidade dos atos administrativos, para o administrativista “não se aplica uma lei corretamente se o ato de

aplicação carecer de sintonia com o escopo por ela visado” (MELLO, 2016, p. 80). Assim, os atos jurídicos que correspondam as manifestações de vontade da Administração Pública devem ser editados objetivando o cumprimento de determinada finalidade prevista em lei. Caso isso não ocorra, o ato firmado terá sua invalidade jurídica decretada.

A posteriori, outro atributo da legalidade que será muito importante para a análise do Acordo de não persecução civil, como será visto no tópico 2.4.1, é o da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que, nos casos em que o agente público possui de certa margem de discricionariedade para identificar um dado interesse público, como é no caso da ANPC, a indisponibilidade do interesse público exige que essa decisão seja razoável e proporcional em relação aos direitos e interesses do caso em concreto. Desse cenário, decorre o tributo da motivação dos atos administrativos, que é o dever que o agente público possui de demonstrar, de forma devidamente fundamentada, todas as razões que levaram a tomar determinada decisão, já que os bens e direitos são públicos. A consequência prática é fazer com que os cidadãos e os órgãos de controle verifiquem se o ato objetivou a perseguição de uma finalidade pública ou não.

Uma outra consequência do princípio da indisponibilidade prevista por Celso de Mello (2015) é o dever de continuidade de execução das atividades administrativas. Isto significa que o agente público não pode, de forma deliberada, deixar de cumprir determinada demanda oriunda de sua competência administrativa, pois “no momento que o Estado toma para si a titularidade da prestação de determinado serviço, parece lógico deduzir que dele se espera uma prestação contínua, sob pena de, não satisfazendo as necessidades presentes naquela situação, violar a dignidade dos cidadãos atingidos” (FARIA, 2022, p. 104).

Somado ao exposto, tem-se a submissão da atividade administrativa ao controle externo e interno, consequência jurídica que será muito observado nos Acordos de Não Persecução Civil. Por ora, cabe pontuar que o controle da Administração é uma necessidade intrínseca ao Estado de Direito, pois a lógica aqui é diametralmente oposta ao dos Estados Absolutistas, na qual vigorava o princípio da irresponsabilidade. Na hodiernidade, como bem dispõe Rogério Leal (2005, p.125), o controle da Administração Pública vigora como ponto basilar, por ser um instrumento jurídico ideal para se efetivar a submissão do Estado à ordem jurídica e garantir a harmonia do sistema entre os Poderes do Estado.

Além disso, existe controle interno, exercido pela própria Administração, como na homologação pela Instância Superior do Ministério Público dos Acordos de Não Persecução firmados pelos *Parquets*, como será melhor exposto no item 4. Ora, somente com o controle, através das diversas técnicas, há a possibilidade de correção de atos administrativos que não

fizeram jus ao cumprimento do interesse público. Dessa forma, impõe-se à Administração, de forma coercitiva, a obrigação de executar decisões que caminham em prol da coletividade.

Outrossim, como consequência, observa-se a necessidade de haver o tratamento isonômico dos cidadãos em face da Administração e o princípio da impessoalidade administrativa. Para Celso de Mello (2016, p. 86) “sendo encarregada de gerir interesses de toda a coletividade, a Administração não tem sobre estes bens disponibilidade que lhe confira o direito de tratar desigualmente àqueles cujos interesses representa”. Ou seja, como o agente público é apenas um gestor, ele não pode privilegiar ou prejudicar alguém por razões de cunho privado. Dito isso, trazendo para a celebração de Acordos de Não Persecução Civil, de modo algum se poderia admitir que o Ministério Público estivesse autorizado a firmar o acordo com determinado agente público e se negar a realizá-lo com outro que se encontrasse exatamente nas mesmas condições.

Já findando as consequências identificadas por Bandeira de Mello (2016), tem-se a inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos. Para o administrativista, “sendo a administração atividade serviente, desenvolvida em nível infralegal, não pode alienar ou ser despojada dos direitos que a lei consagrou como internos ao setor público” (MELLO, 2016, p. 88).

Nesse ponto, reside o principal entrave do Direito Administrativo Brasileiro hodierno, o suposto entrave entre os meios consensuais de resolução de conflito, como o Acordo de Não Persecução Civil, e sua suposta ofensa ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Como bem se sabe, os bens e direitos da Administração Pública não estão à “livre” disposição do administrador. Entretanto, em determinadas situações a situação fática exige a disposição de algum bem ou direito em específico, desde que previsto pelo próprio ordenamento. Em suma, tem-se:

Verifica-se, assim, que muitas vezes a posição pré-formatada e estanque de indisponibilidade de bens e direitos titularizados pela Administração Pública poderá corresponder, em última análise, a uma violação ao princípio da indisponibilidade (...) é comum que supostos interesses públicos gerais (devidamente garantidos pelo ordenamento jurídico) percam a sua real qualidade de interesse público em determinadas situações concretas, inclusive possibilitando o atendimento, nesse sentido, de interesses individuais ou coletivos stricto sensu. Ou seja, é perfeitamente possível que, diante de um contexto fático e jurídico específico, a Administração esteja autorizada a dispor de parcela de seus bens ou direitos, caso essa se mostre a opção que melhor atenderá ao interesse público identificado naquele caso concreto (FARIA, 2022, p. 106)

Ou seja, a autocomposição na administração pública é plenamente possível, pois eventuais instrumentos não serão introduzidos por mera apreciação livre e subjetiva da vontade

privada do agente público, mas sim pelo que tiver disposto no corpo de normas jurídicas. Dessa forma entende a doutrina e o legislador hodierno, *in verbis*: “permitir, conforme a ordem jurídica e à luz das circunstâncias fáticas, a utilização de instrumentos consensuais para a densificação do conceito de interesse público, bem como para a solução de conflitos administrativos” (MARRARA, 2012, p. 465).

Dito isso, passa-se a analisar, com mais parcimônia, a consensualidade na administração pública, um fenômeno que vem ganhando espaço nos últimos anos, com as sucessivas ferramentas autocompositivas, desaguando no Acordo de Não Persecução Civil.

1.2. A Administração Pública Consensual

1.2.1. O fenômeno da consensualização

O Direito Administrativo brasileiro hodierno é marcado pelo fenômeno da consensualização da atividade administrativa, acarretando diversas construções doutrinárias e legislativas sobre o tema, pois, percebeu-se que a rigidez administrativa, muitas vezes, tende a prejudicar a resolução de controvérsias, pois com a introdução da eficiência no bojo dos princípios da Administração, pretendeu-se romper com a lógica burocrática e perseguir um modelo focado em resultados.

Nessa senda, o princípio da eficiência foi incluído no art. 37 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19/1998. Isto acrescentou um novo parâmetro para a atuação da administração pública, sendo explicitado no texto constitucional a necessidade de observar a eficiência. Dito isso, ao lado da legalidade, da impessoalidade, e da moralidade, há de ser buscada a eficiência. Para Di Pietro (2022, p. 75), o princípio da eficiência apresenta:

(...) na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, do que se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Em consonância ao disposto, Lucas Rocha Furtado (2007) explica que o princípio da eficiência engloba tanto a eficácia, quanto a efetividade. Pode-se dizer que a eficiência é um dos aspectos da economicidade, isto é, a melhor relação custo/benefício. Já a eficácia diz respeito ao exame dos resultados da ação administrativa em prol dos cidadãos. Por fim, para o doutrinador “no exame da efetividade deve ser feita a comparação entre os objetivos ou metas que haviam sido fixadas por ocasião do planejamento e os resultados efetivamente alcançados” (FURTADO, 2007, p. 112).

Ou seja, a administração pública deve não só executar suas atribuições com perfeição, mas também necessita atender a critérios de rendimento. Logo, deve-se buscar maximizar os resultados para o fim de obter uma boa relação custo-benefício, que nada mais é do que concretização do princípio da eficiência.

Assim, a experiência privada demonstrou que a utilização de métodos autocompositivos para a resolução de controvérsias, isto é, instrumentos consensuais, tende a ser mais frutíferos do que seguir toda a burocracia. Ocorre que, a compreensão da lógica consensual não é algo simples. Como bem dispõe Floriano Marques Neto (MARRARA, 2012, p. 428), existe uma “herança, forte entre nós, de desconfiar sempre do envolvimento dos particulares em qualquer atividade que promova as necessidades coletivas”. Nesse diapasão, no direito público, surgiu uma discussão sobre a incompatibilidade aparente entre o princípio da indisponibilidade do interesse público e as tentativas de resolução consensual dos conflitos envolvendo a Administração Pública.

Como disposto no item anterior, o princípio da indisponibilidade do interesse público, ao ser formulado por Celso de Mello (2016) constitui-se como norma fundamental do regime jurídico-administrativo, por construção doutrinária, jurisprudencial e constitucional. Logo, a vinculação da atividade administrativa ao interesse público é algo inerente, levando ao agente público tomar todas as medidas que melhor atinja este interesse.

Ainda assim, na contemporaneidade, como será apresentado, não é difícil encontrar posicionamentos que impedem a Administração Pública de realizar acordos com particulares, por suposta ofensa à indisponibilidade do interesse público. Para essa corrente, o agente público, por ser mero gestor do interesse público e que, portanto, não lhe sendo próprio o interesse, não pode dele se apropriar, renunciar ou desviar. Nessa senda, foram desenvolvidas diversas críticas à incidência do princípio da indisponibilidade nas relações consensuais. Em resumo, pode-se dizer que:

Para a corrente mais “tradicional”, a indisponibilidade, enquanto princípio cogente do Direito Administrativo brasileiro, impediria boa parte dos acordos firmados pela Administração Pública com particulares atualmente. Para a corrente crítica à noção de interesse público, por outro lado, o princípio da indisponibilidade, por não encontrar fundamento no ordenamento jurídico pátrio e por não possuir conteúdo próprio ou utilidade jurídica, não poderia ser levantado como barreira à realização de tais acordos, devendo-se, portanto, afastá-lo dessa discussão (FARIA, 2022, p. 160)

Parte da doutrina que possui entraves à consensualidade, conforme pontua Hachem (2011), entende que diante do interesse público e privado, existe uma independência absoluta de em relação ao outro, isto é, o interesse público seria observado, apenas e tão somente, a partir

da coletividade em si mesmo considerada. Ou seja, o interesse público seria uma entidade autônoma em relação aos indivíduos que a compõem. Ocorre que, como visto no tópico anterior, é inverídica a compreensão de que o agente público não pode atender interesses privados para atingir a finalidade coletiva, logo, errôneo também a conclusão de que o a indisponibilidade do interesse público seria barreira à consensualidade no direito administrativo.

Outrossim, a doutrina clássica, como Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1963, p. 38) já apontava que “a manifestação da vontade do Estado, internamente, se faz, de regra, de forma unilateral, tendo em vista o interesse estatal, como expressão do interesse do todo social”. Para o administrativista, como o interesse a ser perseguido deve ser o interesse do “todo social”, a atuação da Administração Pública deve ser unilateral como regra para satisfação desse interesse. Ou seja, a inviabilidade da utilização de instrumentos consensuais decorreria da obrigatoriedade de atuação unilateral da Administração Pública.

Dito isso, na prática forense, diversos doutrinadores notaram um completo afastamento de tentativas de consensualização, tanto em âmbito judicial, quanto no administrativo. A título de exemplo, para Odete Medauar (2017, p. 378) “muitas vezes se alega a ‘indisponibilidade’ como barreira para às práticas consensuais na Administração”. No mesmo sentido se posiciona Juliana Palma (2015, p. 59) “corriqueiramente o princípio [da indisponibilidade do interesse público] é apresentado como óbice à celebração de acordos administrativos pela Administração Pública”.

Aliás, a própria Odete Medauar (2017) entende pela não aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público para a realização de acordos. Para a autora tal princípio “constitui fórmula vaga, com ausência de sentido preciso”, além do que seria “tautológico afirmar que na atividade administrativa os bens e os interesses não estão à livre disposição dos agentes públicos” (MEDAUAR, 2017, p. 378). Ou seja, a autora acredita que alegar o princípio da indisponibilidade como uma barreira às práticas consensuais da Administração Pública representa:

(...) negação da realidade e visão desatualizada, de modo que o fato de que hoje reinam várias práticas consensuais na atividade administrativa (acordos, negociação, conciliação, mediação, arbitragem, etc.) até mesmo na esfera sancionadora (termo de ajustamento de conduta, compromisso de cessação, etc.) é visto como um indicativo de que inexiste no Direito Administrativo brasileiro um princípio que demande a indisponibilidade do interesse público (MEDAUAR, 2017, p. 379).

Em posição semelhante à de Medauar (2015), pela não aplicação do princípio da indisponibilidade, tem-se Juliana Palma (2015, p. 178), *in verbis*:

(...) restringir a celebração de acordos administrativos pela invocação da indisponibilidade do interesse público mostra-se, assim, um descompasso, sendo que o principal fundamento para tanto consiste na ausência de previsão normativa do princípio, seja para dispor sobre sua conceituação jurídica, seja para obrigar a Administração Pública a se vincular ao princípio da indisponibilidade (...) a imprecisão conceitual do princípio reforça a dificuldade prática em ser aplicado, corroborando a impossibilidade de o princípio em comento ser colocado como um impeditivo à atuação administrativa consensual (...) a indisponibilidade do interesse público não constitui óbice à celebração de acordos substitutivos de sanção porque também este princípio corresponde a uma construção teórica sem adequada metodologia de aplicação (...) princípio de difícil inteligência e, principalmente, de rasa tradução prática, visto que seu conteúdo jurídico não se apresenta uniforme.

Percebe-se, então, que tanto aqueles que, ao defenderem o princípio da indisponibilidade e denegam a consensualização, quanto aqueles que desconsideram a indisponibilidade em benefício da consensualização acabam por cometer equívoco de índole conceitual sobre o conceito de interesse público, como visto em tópico específico, pois partem de uma “visão cega e apoucada da acepção jurídica de ‘interesse público’, alguns pensam que, por meio de atos administrativos consensuais, a Administração estaria concretizando um interesse privado, quando na realidade é o próprio interesse público que está a preponderar” (BACELLAR FILHO, 2010, p. 112)

Em outras palavras, os doutrinadores ao adotarem uma concepção simplória de “interesse público” acabam afastando do conceito a proteção dos interesses individuais, prevalecendo-se indiscriminadamente dos interesses do Estado, invertendo-se a lógica que rege o princípio da indisponibilidade. Afinal, diante desse ponto de vista, no caso concreto, pode acabar legitimando um interesse que, apesar de ser ostentado pelo Estado, não necessariamente é de dimensão pública, em detrimento de um interesse titularizado por um indivíduo particular, que corresponda ao interesse coletivo.

Em suma, com base no já visto, pode-se dizer que o princípio da indisponibilidade do interesse público é plenamente possível ante os instrumentos consensuais, pois os interesses individuais juridicamente tutelados também compõem o interesse público, além de que o interesse público a ser tutelado pela Administração Pública não se confunde com o interesse próprio e individual do Estado enquanto ente coletivo. Dito isso, pode-se concluir que:

(...) o princípio da indisponibilidade do interesse público não pode ser encarado como barreira à realização de acordos pela Administração Pública. Os acordos, na realidade, servem como instrumento para a Administração melhor alcançar o interesse público (daí porque não haveria qualquer problema em relação à indisponibilidade). E isso por três principais motivos: (i) não há, a priori, uma diferença estabelecida de conteúdo ou finalidade dos acordos e dos atos administrativos unilaterais, tratando-se, isso sim, de uma diferença procedimental, de meios para a realização de determinado fim; (ii) os acordos tendem a ser mais eficientes, visto que há uma diminuição da probabilidade de descumprimento de seus termos por parte do particular envolvido na avença do que em relação a decisões administrativas tomadas unilateralmente; (iii) os acordos

administrativos são frutos da valorização de direitos e valores consagrados constitucionalmente, como o devido processo legal e a proporcionalidade das decisões da Administração Pública, que representam, junto de outras disposições, o conteúdo do interesse público (FARIA, 2022, p. 173)

Assim sendo, não há dúvidas que o fenômeno da consensualização no Direito Administrativo é uma realidade, principalmente, levando em consideração os preceitos introduzidos pelo legislador originário e demais na Constituição de 1988. Ou seja, ante os anseios, perspectivas e necessidades da sociedade hodierna, diversos métodos de resolução de controvérsias e conflitos devem estar disponíveis ao agente público para a solução do caso, na melhor forma possível, visando à instituição de uma sociedade livre, justa e solidária, uma vez que “a Administração Pública, no âmbito do Direito Administrativo, jamais cogita de negociar o interesse público, mas, sim, de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência (MOREIRA NETO, 2003, *on-line*).

1.2.2. A evolução da consensualização no direito brasileiro

No Estado Democrático Brasileiro, o Poder Público está constitucionalmente obrigado a perseguir a consecução dos interesses públicos. No entanto, diante da complexidade do mundo dos fatos, não necessariamente a busca deste interesse ocorrerá de maneira unilateral, como se fosse o único titular ou o único ente capaz de definir o que é matéria de interesse público. Assim, em diversas oportunidades, o legislador iniciou o processo de consensualização, com a permissão e fomento da participação da sociedade civil na resolução do conflito.

Cabe mencionar que tais inovações representam formas alternativas de resolução de conflitos, como já dito, assunto primordial na hodiernidade. Isso se comprova pela constatação extraída dos Relatórios do CNJ (BRASIL, 2022a, p. 102) de que a judicialização não é o ideal para solucionar conflitos, afinal, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2020 com 75,4 milhões de processos em tramitação, uma redução de 2 milhões de processos em comparação como ano base de 2019. Parte disso decorre do fato de diversas áreas do direito terem aderido meios alternativos para a resolução de conflitos, formas menos burocráticas e consensuais para resolver as suas questões. Em âmbito cível, destacam-se a conciliação, a mediação e a arbitragem; na área trabalhista são comuns a autocomposição e a autodefesa; no direito penal, recentemente, por meio do Pacote Anticrime, surgiu a figura do acordo de não persecução penal.

No Brasil, em âmbito administrativo, até pouco tempo havia consenso na doutrina de que inexistia autorização genérica possibilitando a Administração em firmar acordo. O cenário alterou-se com a promulgação da Lei nº 13.655/18. Referida lei foi editada para alterar o

Decreto-Lei nº 4.657/42, também conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (LINDB). Dentre as diversas modificações causadas na LINDB, a que deve ser destacada no presente trabalho é a inserção do novo art. 26, que possui a seguinte redação:

para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial (BRASIL, 2018^a, *on-line*)

Nota-se, então, que o dispositivo retro funciona como um permissivo genérico de realização de acordos pela Administração Pública. Sobre o tema, aponta Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma (2018, p. 146) “a Lei nº 13.655/18 expressamente confere competência consensual de ordem geral ao Poder Público brasileiro”, isto quer dizer “que qualquer órgão ou ente administrativo encontra-se imediatamente autorizado a celebrar compromisso”.

Aliás, parte da doutrina infere que, diante do tom de generalidade que caracteriza o art. 26 da LINDB, existe a autorização para que qualquer ente da Administração Pública possa realizar acordos, mas também sobre qualquer objeto e a qualquer momento. Dito isso, a Administração está autorizada a firmar acordos tanto em processos administrativos, processos judiciais, ato de cunho preparatório para a edição de algum ato administrativo posterior, entre outras possibilidades.

A discussão residia no fato da prescindibilidade (ou não) de autorização legislativa específica para a utilização de instrumentos consensuais, ante a normativa genérica da LINDB. Para Fernando Dias Menezes de Almeida (2012, p. 302), a realização de acordos administrativos “está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício, a opção da Administração por impor a si própria certos condicionantes de sua ação, importando obrigação para com o destinatário da decisão”. No mesmo sentido aponta Juliana Bonacorsi de Palma (2015, p. 273) ao afirmar que “basta a determinação da regra de competência para transacionar as prerrogativas públicas para que o Poder Público se encontre legitimado a terminar consensualmente o processo administrativo, em detrimento da atuação administrativa típica”.

Ocorre que, para a presente análise, é desnecessária aprofundar tal discussão, uma vez que, o legislador ordinário, nos últimos anos, em várias searas tem autorizado expressamente, em leis específicas, a utilização de ferramentas consensuais para a resolução de conflitos e, em última instância, atingir o interesse público. A título de exemplo, pode-se mencionar a Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos) e a Lei nº 13.988/2020 (Transação tributária em âmbito federal).

No atual cenário licitatório, em meados de 2021, foi editada a Lei n° 14.133/2021, que, em suma, apresenta importantes inovações no universo das contratações públicas, principalmente por criar regras para União, Estados, Distrito Federal e Municípios e estabelecer como modalidades de licitação a concorrência, o concurso, o leilão, o pregão e o diálogo competitivo, sempre norteados pelos princípios da transparência, da moralidade, da eficácia e da eficiência na prestação dos serviços públicos, bem como sendo conferido tratamento isonômico entre todos os licitantes. Entre as principais novidades, a Lei 14.133/2021 excluiu de seu rol de modalidades a tomada de preços e o convite, como também deu margem à utilização de uma nova forma, o diálogo competitivo, além de incluir o capítulo XII do Título III “dos meios alternativos de resolução de controvérsias”.

A nova modalidade prevista na normativa busca promover, no âmbito do próprio procedimento licitatório, uma negociação entre poder público e particulares objetivando a construção conjunta da solução técnica mais adequada para um objeto contratual especialmente complexo e inovador sendo dividido em três fases principais, a saber: pré-qualificação; dialógica; e competição. Por fim, o diálogo competitivo pode ser uma excelente alternativa criada para resolver as demandas mais complexas da administração pública nas quais esteja presente incerteza ou indeterminação quanto a solução a ser alcançada (SANTOS; OLIVEIRA, 2022).

Outrossim, em matéria tributária, em meados de 2020, foi regulamentado a Lei n° 13.988/2020 que foi alterada pela recente Lei n° 14.375/22, ambas disciplinaram a transação tributária no âmbito federal, um instrumento consensual na administração pública federal. Sabe-se que as referidas transações configuram instrumento de acordo entre contribuinte e o fisco, permitindo a quitação do crédito em litígio administrativo sob condições especiais e a emissão de certidão de regularidade fiscal. Nessa senda, no dia 12 de agosto de 2022, foi publicada no Diário Oficial de Justiça (“DJE”) a Portaria RFB n° 208 que regulamentou a transação de créditos tributários sob administração da Secretaria de Receita Federal do Brasil (“RFB”), estabeleceu as suas modalidades e requisitos para sua realização. Com o advento da Portaria, as transações dos créditos tributários em contencioso administrativo fiscal poderão ser feitas: (i) por adesão à proposta da RFB, realizada mediante edital previamente publicado; e, (ii) por propostas individuais realizadas pelo devedor ou pela própria RFB.

À vista disso, pode-se afirmar que, no ramo do direito público, houve uma mudança paradigmática sobre a utilização de meios autocompositivos para a resolução de conflitos, o que antes era extremamente vedado, na hodiernidade, é estimulado, ante as autorizações e incentivos legislativos.

Feitas tais considerações, antes de se analisar com mais afinco o Acordo de Não Persecução Civil, instituto consensual na seara da Improbidade Administrativa autorizado pelo Pacote Anticrime em meados de 2019, e, após, regulado pela Lei nº 14.230/2021, que modificou substancialmente a Lei de Improbidade Administrativa, cabe dispor sobre o Direito Administrativo Sancionador, seara na qual a tutela da probidade está inserida.

2. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Com o advento da Lei nº 14.230 de 2021, restou estabelecido, em seu art. 1º, §4º, que se aplica, ao sistema da improbidade administrativa e por decorrência lógica, aos eventuais acordos de não persecução civil, os princípios norteadores do direito administrativo sancionador. Dito isso, para a melhor estruturação do procedimento a ser seguido na elaboração das avenças, torna-se essencial averiguar a evolução histórica desse regime jurídico administrativo e seus princípios norteadores.

A priori, utilizando-se do conceito de Osório (2000, p. 54), cabe destacar que Direito Administrativo seria um ramo do Direito Público constituído por normas de organização e normas de comportamento, que se aplicam às Administrações Públicas, ao Poder Executivo, em suas esferas, regulando suas relações entre si, com os demais Poderes, órgãos estatais e com os administrados. Não só isso, mas também incide sobre a função materialmente administrativa de qualquer entidade pública ou privada.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 70), somente é possível falar em direito administrativo quando presentes os princípios que lhe são peculiares e que guardam entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime (MELLO, 2016, p. 53). Já para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2022, p. 90), que adota o critério da Administração Pública, o direito administrativo é “o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens e meios de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública”.

Nessa senda, o direito administrativo sancionador seria um domínio do regime jurídico administrativo que vem chamando atenção da doutrina e jurisprudência no pós-Constituição de 88. Em linhas gerais, pode-se dizer que ele seria “a expressão do efetivo poder de punir estatal, que se direciona a movimentar a prerrogativa punitiva do Estado, efetivada por meio da Administração Pública e em face do particular ou administrado” (GONÇALVES; GRILO, 2021, p. 468).

Nesse sentido, o direito administrativo sancionador permeia todos os campos do direito em que a Administração expressa a prerrogativa punitiva. Por exemplo, há a expressão dele no direito tributário quando o contribuinte deixa de praticar uma obrigação acessória, pois, diante do descumprimento da norma, o Fisco impõe uma multa ao contribuinte. Outro exemplo de simples constatação é quando a Administração imputa ao poluidor uma multa ambiental, por meio dos órgãos administrativos ambientais competentes.

Ou seja, as obrigações tributárias e a proteção ao meio ambiente não são expressões do poder de punir do Estado, mas o descumprimento dos preceitos ali estabelecidos que autorizam a Administração Pública a aplicar sanções do direito administrativo sancionador. Isto posto, o Estado não pune nenhuma conduta, mas detém o poder ou a prerrogativa de punir, o Estado detém a prerrogativa de punir, mas é a Administração que, de forma efetiva, pune o particular.

Pode-se inferir, portanto, que a sanção equivale à resposta do Estado contra a não observância de um comando normativo, sendo prevista com a finalidade de coibir esse tipo de comportamento. Nos dizeres de Daniel Ferreira (2001, p. 25), a sanção é “a direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, determinada pela norma jurídica a um comportamento proibido nela prevista, comissivo ou omissivo, dos seus destinatários”.

Assim, a realização de acordo de não persecução civil na seara da Improbidade Administrativa, nada mais é, do que mais uma manifestação do direito administrativo sancionador, pois, o ente legitimado, diante de um agente improbo, irá impor sanções objetivando impedir eventual ação de improbidade administrativa. Ocorre que, como bem dispõe José Oliveira e Dinorá Grotti (2020, p. 84), ainda há discrepâncias no entendimento sobre o campo material do Direito Administrativo Sancionador, isto é, quais são as sanções e as funções que devem existir em sua sistematização, além dos princípios constitucionais que devem ser observados em sua estrutura jurídica fundamental e, o mais importante, como devem ser aplicados, tanto no aspecto material, quanto no formal.

O reconhecimento do sistema da improbidade administrativa como parte do direito administrativo sancionador, apenas demonstra que o crescimento dele é um fenômeno atual, sendo de extrema necessidade o estudo das mudanças e tendências ocorridas. Isto porque, a gravidade das sanções previstas na Lei 8.429/1992, alterada pela Lei nº 14.230 de 2021 deixa claro, ao operador, que deve haver um núcleo comum de garantias, pois as sanções decorrem do processo de imputação de responsabilidade em razão da prática de ilícitos e muitas vezes, a depender do juízo de valor, conseguem ser mais graves do que as previstas no direito penal.

Nessa seara, observa-se uma certa aproximação entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, pois, em ambos o Estado expressa, por meio dos órgãos públicos competentes, o seu poder de punir condutas antijurídicas. A distinção reside no fato do primeiro buscar eventual punição na órbita administrativa, enquanto o segundo materializa o *ius puniendi* na seara judicial, nos juízos criminais. Aliás, o próprio direito administrativo sancionador, por sofrer influência da evolução do Direito Penal, era denominado como Direito Penal Administrativo (NIETO, 2012, p. 172).

Sobre o tema, aponta Gonçalves e Grilo (2021, p. 469):

Em essência qualitativa, não há diferença alguma da punição administrativa para a sanção penal: em ambos os casos o Estado expressa, por meio dos órgãos públicos competentes, o seu poder de punir condutas antijurídicas. É por isso que deve existir um núcleo mínimo de garantias aplicáveis à expressão punitiva do Estado, seja ela exercida e efetivada pelos órgãos administrativos, seja pela justiça criminal.

Assim sendo, para compreender a aplicação do acordo de não persecução civil, por fazer parte do sistema da improbidade administrativa, deve-se, em um primeiro momento, apresentar uma breve contextualização histórica do direito administrativo sancionador, pois, para demonstrar a relevância atual, torna-se necessário compreender as origens. Após, será apresentado os princípios norteadores, ante a necessidade de se estabelecer um núcleo comum de garantias, pois, ante o filtro axiológico constitucional a ser seguido. Por fim, será melhor detalhado as características da sanção administrativa e sua individualização, uma vez que são elas que projetam, no plano fático, a manifestação concreta do direito administrativo sancionador, configurando um instrumento para que o Estado consiga influenciar nas condutas sociais e, por isso, deve-se ter uma maior atenção, com o fulcro de proteger o Estado Democrático de Direito.

2.1. Breve introdução histórica do direito administrativo sancionador

O direito administrativo sancionador surge em alguns estados europeus em meados do século XIX, em razão do contexto político ali vivenciado. Ora, é sabido que a evolução do direito administrativo sancionar foi peculiar em cada um dos estados europeus, sendo necessário uma digressão histórica especializada, todavia, não é o objetivo e o propósito de realizar isso neste trabalho. Entretanto, em linhas gerais, conforme leciona García Albero (2001), o surgimento, em síntese, decorre da divisão de poderes e a cisão entre os conceitos de ilícito penal e administrativo, uma vez que, até então, existia uma identificação entre os injustos e era exercido, tão-somente, pelo arbítrio do monarca.

Dito isso, passou-se ao direito penal, como forma de delimitar o poder sancionador dos estados, ante as reformas francesas, àquelas infrações cujas sanções eram consideradas graves.

Ou seja, essa “penalização” dos ilícitos administrativos, acabou reduzindo o âmbito de regulação do direito administrativo. Nessa toada, nos dizeres de Blanca Lozano (1990), o direito administrativo sancionador adquiriu uma posição meramente residual, com o fim de reduzir o arbítrio observado nas monarquias nacionais.

Ocorre que, o fato social decorrente do pós-guerras mundiais forçou a mudança de tal mentalidade, pois o sistema política passou ao do “bem-estar social”, que acabou ampliando o sistema de sanções regulamentadas, conforme as normas administrativas. Nesse cenário, assevera Heinz Mattes (1979, p. 219), a teoria das infrações administrativas ganhou força quando o Estado se viu obrigado a intervir influenciando e configurando a vida econômica para alcançar fins político-econômicos. A título de exemplo, o direito sancionador na Alemanha foi extremamente necessário para enfrentar as infrações econômicas que eram prejudiciais ao sistema econômico do Estado, especialmente no contexto crise econômica na Europa, nos anos 30. (MATTES, 1979, p. 222).

Ou seja, ao contrário do que aconteceu no século das luzes, no pós-guerras, houve reversão da tendência de criminalização de condutas administrativas, que marcou as legislações penais após a revolução francesa, um profundo processo de descriminalização. Conforme menciona Garcia Albero (2001, p. 322, tradução nossa)¹: “a partir de 1939 até os dias atuais, sua evolução implicará na ampliação do poder sancionador a todas as áreas de atuação administrativa”. No mesmo sentido, Alejandro Nieto (2012, p. 144, tradução nossa)²: “entre nós, quase de repente, chegamos a um direito administrativo sancionador de características originais”.

Pode-se dizer, então, com as devidas ressalvas, que no decorrer do desenvolvimento do direito administrativo sancionador na Europa, há uma passagem entre a criminalização de condutas pelo direito penal e depois pelo direito administrativo sancionador, a depender das opções políticas de um determinado lugar e tempo. Em suma, há uma transição de condutas do direito penal para o direito administrativo e vice-versa. Entretanto, cabe elencar que:

(...) hoje há um cenário de sobreposição no qual podemos verificar que a transferência da conduta descrita como tipo penal para o Direito administrativo sancionador não significa sua descriminalização, senão o reforço da norma penal (muitas vezes sob a alegação da relevância do bem jurídico protegido). Também muitas vezes a incorporação de proibições administrativas ao catálogo de sanções penais não reflete

¹ No original: “A partir de 1939 hasta nuestros días, su evolución comportará la expansión del poder sancionador a todos los ámbitos de actuación administrativa”.

² No original: “entre nosotros se ha llegado, casi por salto, a un Derecho administrativo sancionador de caracteres originales y en nada tributario del Derecho extranjero”.

a eliminação desta conduta do conjunto do Direito administrativo sancionador (OLIVEIRA, 2012, p. 91)

Em suma, é tendência o crescimento do direito administrativo sancionador e sua eventual semelhança com o direito penal, conforme o interesse do legislador em uma determinada época e espaço. A título de exemplo, com o advento do Pacote Anticrime, a atividade legiferante passou a permitir o ANPC, o que antigamente era veemente vedado. Por isso, deve-se observar como tutelar, resguardar as garantias, princípios e regulamentar a sua aplicação na prática. Dito isso, passa-se a observar a evolução do direito administrativo no ordenamento brasileiro.

2.2. Direito Administrativo sancionador brasileiro

O constituinte originário de 1988, ao dispor o Título III, Capítulo VII deixou em evidência a crescente expansão da atuação da Administração Pública nos mais diversos setores da sociedade, tudo com fundamentação na estruturação democrática do Estado Brasileiro. Assim sendo, não é novidade que o exercício da função administrativa se espalhou em todos os relevantes segmentos da vida social, nos diversos níveis federativos.

É basilar que a Magna Carta consagrou o princípio constitucional da liberdade, como direito individual, em seu art. 5º, inciso II, da CRFB/88. Dito isso, consignou-se, da forma clássica, que o particular poderia fazer tudo aquilo que a lei não proibisse e, por outro lado, a Administração Pública deve fazer somente aquilo que a lei lhe permite. Em outras palavras, para o particular, a liberdade deve ter como norte as proibições normativas e, para a Administração Pública, a liberdade está estritamente conformada às disposições expressas da lei.

Ocorre que, como bem preceitua Luís Roberto Barroso (2006, on-line), no paradigma do Estado Constitucional, o neoconstitucionalismo, a liberdade de conformação à Lei assume uma nova ótica, que abandona as fórmulas puramente liberais, pois se supera a ideia de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, reformulando a função administrativa. Nesse sentido, tem-se:

É certo dizer que a Constituição atual remodelou a forma pela qual o exercício da função administrativa se cristaliza, à luz do direito, por órgãos e entes da Administração Pública de todos os Poderes e de todas as esferas federativas, incluindo nesta afirmação os Tribunais de Contas e o Ministério Público, considerados Órgãos Constitucionais, dotados de autonomia, em face dos três Poderes. Inaugurou o período de vigência do modelo de Estado Social e Democrático de Direito no ordenamento brasileiro, o que é plenamente justificado em razão das profundas desigualdades sociais e territoriais (OLIVEIRA; GROTTI, 2020, p. 85).

Ou seja, a mudança de paradigma normativo é notável, acarretando diversas consequências, na medida em que se consolidou a supremacia constitucional como

característica indissociável do Estado Democrático. Uma das evidentes consequências de tal mudança, como bem advoga Celso Antônio Bandeira de Mello (2016) é a observância aos princípios expressos e implícitos que confere uma sistematicidade e racionalidade ao Direito Administrativo e, por decorrência lógica e jurídica, ao Direito Administrativo Sancionador. E isso é substancial para a proteção do interesse público que a atividade administrativa está juridicamente destinada a perseguir no plano fático.

Aliás, a firme formação teórica do Direito Administrativo está vinculada ao interesse público, conforme exposto no capítulo anterior. Por ora, leciona Ruy Cirne Lima (1982, p. 16):

(...) forma-se o direito administrativo do acúmulo de regras de direito sobre o princípio de utilidade pública. Logo, porém, é suplantado o princípio básico pelas normas jurídicas que já sobre ele se amontoam, relativas ao Estado, em cuja atividade encontra a utilidade pública, por excelência, o veículo de sua realização.

Nessa senda, o agente público, muito mais que uma escolha, deve atuar tendo por fundamento, ou filtro axiológico, a Constituição Federal de 1988, independentemente, em muitos casos, de qualquer literalidade do legislador ordinário. Dessa forma, percebe-se, tão somente, a subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem. Em outros termos, a realidade fática, em razão do complexo e heterogêneo conjunto de problemas sociais, o agente não pode mais estar estritamente atrelado aos ditames estritos da lei, devendo atuar conforme a eficácia normativa principiológica da Constituição, conforme visto anteriormente.

O Ministro Luís Roberto Barroso (2006), declama que a fase atual é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, na qual, por meio do filtro axiológico, deve-se ler todas as relações jurídicas e eventuais legislações. Isto posto, cabe mencionar que:

Esta presença constitucional significa que aos intérpretes não é dado ignorar ou reduzir sua relevância no sistema jurídico, devendo cumprir a função de demonstrar as suas projeções normativas no processo de concretização constitucional. A Constitucionalização expandiu o campo da legalidade administrativa formal e material (conforme os termos expressos no artigo 37, caput), na defesa da cidadania, mas fincou a relevância da plena associação umbilical e republicana entre as atividades do Estado e a realização dos interesses públicos. A legalidade material incorpora todas as normas constitucionais que devem demarcar a juridicidade da atividade administrativa, que se impõe como inabalável limite para o adequado delineamento, densificação, implementação e efetividade dos interesses públicos, na forma singular ou pluralizada, em cada intervenção administrativa na vida social. (OLIVEIRA; GROTTI, 2020, p. 87)

Ocorre que, este novo paradigma é uma faca de dois gumes, pois da mesma forma que aumentou o grau de atuação, na mesma medida, deve-se observância aos direitos e garantias fundamentais previstos na própria Constituição. Nos dizeres do Ministro Benedito Gonçalves

e Renato Grilo (2021, p. 471): “se a ação do administrador pode ter por fundamento direto a própria Constituição, toda a sua ação, tenha por parâmetro a Lei ou a Constituição, precisa necessariamente estar conformada com os limites assegurados pelas garantias fundamentais”.

Em suma, o agente público está vinculado ao núcleo duro de direitos e garantias individuais previsto na Magna Carta, ao limitar ou regular a ação dos administrados. Isto ganha relevância quando o agente visa à impor uma sanção ao particular, ou seja, quando se transita no campo do direito administrativo sancionador. Logo, não há dúvidas de que foi reconhecida a constitucionalização das bases normativas fundamentais dele.

Conforme será melhor exposto a seguir, em se tratando de sanções, há a necessidade de submissão às garantias previstas na Constituição Federal, pois a imposição não difere em razão da natureza jurídica, penal ou administrativa.

Assim sendo, a normatividade dos princípios e garantias previstos constitucionalmente foram paulatinamente se disseminando no campo sancionatório, influenciando a estruturação progressiva do direito administrativo sancionador, sob algumas balizas, como o devido processo legal, emergindo na defesa da cidadania e da Sociedade, que são vitais ao Estado Democrático de Direito.

Realizadas tais observações, em um primeiro momento será analisado os pormenores da sanção administrativa em si, decorrente da teoria do poder administrativo sancionador do Estado defendido por Fábio Osório (2000) e, logo após, o estudo dos princípios basilares que nortearão o direito administrativo sancionar e, por consequência, o agente público ao aplicar o Acordo de Não Persecução Civil.

2.3. Sanção administrativa

No âmbito de incidência do Direito Administrativo Sancionador, torna-se substancial delimitar e conceituar sanção administrativa. Para Daniel Ferreira (2001, p. 25), a sanção é “a direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, determinada pela norma jurídica a um comportamento proibido nela prevista, comissivo ou omissivo, dos seus destinatários”. Isto é, sanção equivale-se à resposta do Estado contra a não observância de um comando normativo, sendo prevista com a finalidade de coibir esse tipo de comportamento.

Sobre tal perspectiva, percebe-se uma similitude entre o direito administrativo e o direito penal, sendo espécies normativas designadas à tentativa de pacificação social e ao cumprimento de diretrizes necessárias para o desenvolvimento da sociedade. Nesse sentido, para que haja a aplicação de uma determinada sanção, ela deve estar prescrita em lei, em consonância com os princípios da legalidade, pois, não existe fato típico considerado crime ou infração

administrativa sem prévia disposição legal e não será válida a pena aplicada antes da ocorrência do crime ou infração administrativa.

Outrossim, cabe destacar o posicionamento de Suay Rincón (1989, p. 55, tradução nossa)³ sobre sanção administrativa, para o clássico autor, sanção é “qualquer dano infligido pela Administração a uma pessoa (física ou jurídica) em decorrência de conduta ilícita em decorrência de procedimento administrativo e com finalidade puramente repressiva”. Ou seja, para o Autor, haveria quatro elementos fundamentais da sanção administrativa: i) autoridade administrativa (elemento subjetivo); ii) efeito aflitivo da medida em que se exterioriza (elemento objetivo), que, por sua vez, subdivide-se em: ii.1) privação de direitos preexistentes e ii.2) imposição de novos deveres; por fim, iii) finalidade repressora (elemento teleológico) consistente na repressão de uma conduta e no restabelecimento da ordem jurídica; por fim, iv) natureza administrativa do procedimento (elemento formal).

Sobre tal classificação, cabe fazer um adentro sobre o elemento subjetivo. Observa-se que, pela Lei de Improbidade Administrativa, mais especificamente, a homologação dos acordos de não persecução civil, a autoridade que homologa o acordo – por sentença - e, por consequência, quem sanciona o sujeito não é propriamente uma autoridade administrativa, mas sim uma judicial. Logo, a visão de Suay Rincón (1989) é um tanto quanto limitada nesse ponto.

Dito isso, ante a complexidade do tema, a doutrina brasileira, em especial Fábio Medina Osório (2000) procurou formar uma teoria própria do Direito Administrativo Sancionador, que acabou profundando a análise do instituto da sanção, acarretando na melhoria do sistema, uma vez que, começa-se a observar garantias próprias e, por consequência, o melhoramento do grau de punibilidade do Estado, desaguando na evitação e reprimendas de práticas que levam à ineficiência da Administração Pública.

Sabendo disso, cabe mencionar, *ipsis litteris*, o entendimento firmado por Fábio Medina Osório sobre a teoria do Direito Administrativo Sancionador:

Devemos mencionar, desde logo, a defesa de um conceito autônomo de sanção administrativa para o Direito brasileiro, redimensionando e redefinindo alguns de seus elementos tradicionais, a partir de uma conexão mais profunda com o Direito Administrativo, no lugar de atrelar-nos à ideia de função. O conceito de sanção administrativa aqui sustentado vem sendo abertamente defendido desde 1999, num trabalho que publicamos sobre má gestão pública à luz do Direito Administrativo Sancionador brasileiro, na Europa. Ali, pela primeira vez escrito, tivemos a oportunidade de sustentar a necessária vinculação da sanção administrativa às dimensões material e formal do Direito Administrativo, rompendo à lógica vigente em torno à predominância exclusiva da dimensão formal, como se a sanção estivesse ligada conceitualmente à função administrativa. Em nossa ótica, no lugar de conectar a sanção à atividade da Administração Pública, com exclusividade, é necessário

³ No original: “cualquier mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal a resultar de un procedimiento administrativo y con una finalidad puramente repressora”.

conjugar tal instituto estatal, o que implica as já mencionadas interfaces com o Direito Penal. Assim, à ideia de ilícito, disciplinado pelo Direito Administrativo, associa-se a sanção. (OSÓRIO, 2000, p. 86/87)

A sanção administrativa, portanto, nos dizeres de Osório (2000) terá como ponto de distinção a presença da Administração Pública em um dos polos como pessoa lesada, além da ausência de natureza penal e de pena privativa de liberdade, em razão da posição legislativa e discricionária, em um determinado lugar e tempo.

Em sentido semelhante, tem-se Alice Voronoff (2018), para a doutrinadora, o Direito Administrativo Sancionador seria um instrumento do Estado Democrático de Direito para atingir as finalidades previstas no próprio ordenamento jurídico, não tendo um preceito especificamente finalístico. Logo, o Direito Administrativo Sancionador seria, tão somente, um mecanismo a ser utilizado para garantir a efetividade de certos valores sociais, objetivando atingir o interesse público, pois:

Como instrumento que opera de modo primariamente prospectivo, com vista a assegurar e promover a conformação da conduta dos particulares em prol da satisfação de interesses e necessidades sociais, a sanção administrativa é uma ferramenta *sui generis*. E é diferenciada justamente por causa disso. Porque só se justifica se tiver aptidão para produzir esses resultados dela esperados, o que pressupõe um conjunto específico de incentivos necessários para direcionar a conduta dos participantes numa ou noutra direção (VORONOFF, 2018, p. 104)

Sucedese que, uma parte da doutrina defende que a interpretação do direito administrativo sancionador faz parte do conjunto do poder punitivo do Estado, estabelecendo um verdadeiro paralelo ao Direito Penal, em razão da norma constitucional, em especial o art. 5, inciso LV, *in verbis*: “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]”

Em outras palavras, não haveria tanta diferenciação entre as sanções penais e administrativas. Nesse sentido, merece destaque o posicionamento de Regis Fernandes de Oliveira (1995, p. 32):

Não há diferença de conteúdo entre crime, contravenção e infração administrativa. Advém ela da lei, exclusivamente. Inexiste diferença de substância entre pena e sanção administrativa. Inexistindo diferença ontológica entre crime, contravenção e infração e entre pena e sanção, deve o jurista buscar, em dado formal, o critério diferenciador. Crime e contravenção são julgados por órgão jurisdicional, enquanto a infração, por órgão administrativo. A decisão jurisdicional tem eficácia própria de coisa julgada, enquanto a decisão administrativa tem caráter tão-só de estabilidade, é presumivelmente legal, imperativa, exigível e executória. Crime e contravenção são perquiríveis através da polícia judiciária e devem submeter-se a processo próprio previsto pela legislação processual; a infração é apurável por qualquer forma de direito, desde que prevista em lei, independentemente de rigorismo formal, à maneira do

processo civil ou penal. Em suma, o fundamental para a distinção é o regime jurídico e, em especial, a específica eficácia jurídica do ato produzido.

De forma similar, defende Marçal Justen Filho (2012, p. 571), “[a]s sanções administrativas apresentam configuração similar às de natureza penal, sujeitando-se a regime jurídico senão idêntico, ao menos semelhante. Os princípios fundamentais de direito penal vêm aplicados no âmbito do direito administrativo repressivo”. No plano concreto, portanto, verifica-se que o poder punitivo do Estado tende a se expressar nas esferas penal e administrativa, o que difere, em síntese, é a escolha legiferante. E diante da atuação da punitiva do Estado, deve-se observar os direitos fundamentais e as garantias constitucionais.

Assim sendo, adota-se, neste trabalho, o posicionamento instituído por Fábio Medina Osório (2000, p. 80):

Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, agente público, indivíduo ou pessoa jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo.

Fincado essa definição de sanção administrativa, deve-se, agora, perquirir o alcance dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador, que deverão guiar o ente autorizado na elaboração e eventuais tratativas do Acordo de Não Persecução Civil. Ressalta-se que, no tópico 3.2.3 será apresentado quais sanções administrativas devem ser observadas em tais avenças, conforme a Lei de Improbidade Administrativa.

2.4. Princípios que norteiam o Direito Administrativo Sancionador

No ordenamento jurídico brasileiro, para que haja o conhecimento do sistema jurídico administrativo, torna-se necessário conhecer os princípios que o ordenam, uma vez que, desconhecer os princípios significa desconhecer o próprio Direito Administrativo e, por consequência, o Direito Administrativo Sancionador. Como afirma Carlos Ari Sundfeld (1996, p. 136), “[...] os princípios são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se”, ou “[...] são fórmulas nas quais estão contidos os pensamentos diretores do ordenamento, de uma disciplina legal ou de um instituto jurídico” (LARENZ *apud* MEDAUAR, 2015, p. 147).

Em consonância, tem-se o entendimento firmado por Miguel Reale (2014, p. 303), para ele, os princípios são “[...] ‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de

ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis”.

Dito isso, os princípios tendem a condicionar e orientar a compreensão da respectiva área do direito para sua aplicação e integração, não só, mas como também auxiliam na elaboração legislativa. Os princípios, portanto, são parte integrante do ordenamento jurídico. Carlos Ari Sundfeld (1996, p. 140) afirma que o princípio é “[...] norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico. Deve haver coerência entre os princípios e as regras, no sentido que vai daqueles para estas”. Assim sendo, os princípios informam o próprio Direito e fazem dele uma estrutura lógica e coerente.

Nessa senda, sabe-se que na segunda metade do século XX, conforme indica Lenio Streck (2017, on-line), começou-se uma ampla discussão sobre a constitucionalização do direito, e por consequência, da categorização dos princípios como norma jurídica, uma vez que, com as atrocidades vivenciadas pelo mundo durante as guerras, verificou-se que a legislação não é capaz de prever todas as hipóteses de aplicação, muito pelo contrário, a letra fria da lei poderia causar injustiças gravíssimas.

Diante disso, a Constituição Federal de 1988 adotou como marco filosófico, nos dizeres de Barroso (2006, on-line), o pós-positivismo, que vai além da legalidade estrita, sem desprezar ao direito posto. Isto é, eleva os valores na interpretação jurídica, reconhecendo a normatividade dos princípios, diferenciando-os qualitativamente das regras, que, por sua vez, produz uma nova hermenêutica constitucional, desenvolvida em face de uma teoria dos direitos fundamentais edificada na dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, no caso concreto, pode surgir um suposto conflito de princípios e regras. Sobre isso, estuda Robert Alexy (2008, p.90), os princípios são “mandamentos de otimização”, isto é:

Normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (...) caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Já em relação às regras, Alexy (2008, p. 90) prepondera que são “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”. Em suma, a distinção entre regra e princípio seria apenas em grau qualitativo.

Assim sendo, no plano concreto, afirma Carlos Ari Sundfeld (1996, p. 141) que, havendo contradição explícita ou implícita com os princípios na interpretação das regras, será incorreta a sua interpretação, pois quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se adequar com os princípios. Outrossim, quando a regra tiver sido redigida de modo tal que resulte mais extensa ou mais restrita que o princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou restritiva, com o fim de calibrar o alcance da regra com o princípio. Por fim, diante da ausência de regra específica para regular uma determinada situação faz com que a regra faltante seja construída pelos princípios. Dito isso, defende Berwig (2019, p. 60) “a observação dos princípios, sejam eles explícitos ou implícitos, escritos ou não. Deve-se ter noção de que são os princípios que ordenam o Direito Administrativo e não o contrário”.

Feita tais considerações iniciais, conclui-se que, para uma melhor exposição do tema, os princípios serão considerados como normas. Outrossim, como bem rememora Fábio Osório (2000), os princípios possuem maior ou menor densidade normativa. Dessa forma, em se tratando dos princípios que são basilares ao Direito Administrativo Sancionador, há a presença de um considerável grau de normatividade, portanto, podem ser aplicados, de forma direta, pelos operadores do direito, sem a necessidade de eventual regulamentação (OSÓRIO, 2000).

Como disposto anteriormente, na hodiernidade, o direito constitucional estabelece o *modus operandi* do Estado, cabendo ao direito administrativo a condução na realidade concreta. Dito isso, toda atividade administrativa deve obediência aos princípios e regras constitucionais, em especial, nas situações na qual a Administração Pública pretende punir o particular. Em outras palavras, diante do poder de punir do Estado, o agente público, caso não siga os princípios e garantias, acaba jurando de morte o Estado democrático.

É por essa causa que deve ser cravada um robusto mecanismo de garantias ao particular. Conforme advoga Binenbojm (2014, p. 468):

Toda atividade administrativa deve observância, primeira e precipuamente, aos princípios e regras constitucionais. Como já afirmei, a Constituição representa o cerne da vinculação administrativa à juridicidade. O mesmo se passa em relação ao exercício de poder punitivo pela Administração Pública. Aliás, essa é uma das searas em que o grau de impregnação constitucional é dos mais intensos. E há razão para tanto. Ao sancionar os particulares, a Administração lhes impõe gravame que afeta de forma severa a sua esfera de direitos fundamentais. Daí a importância de se reconduzir essa atividade repressiva à lógica garantística da Constituição, da qual se extrai um robusto sistema de princípios e regras voltados à proteção dos administrados contra o exercício do poder punitivo estatal.

Ou seja, a natureza administrativa da sanção não afasta a necessidade de aplicação de garantias constitucionais ao sujeito passivo, pois, ambos, direto administrativo e penal, recebem a mesma carga axiológica. Dito isso, deve-se observar tanto os princípios constitucionais

explícitos, quando os implícitos, a título de exemplo, o devido processo legal, a proporcionalidade, legalidade, a tipicidade, entre outros. Isso se extrai do entendimento firmado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Consoante precisas lições de eminentes doutrinadores e processualistas modernos, à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina (BRASIL, 2010, *on-line*).

Não menos importante, tem-se um princípio implícito de que não está expresso em norma nenhuma, defendido por Fábio Osório (2000), muito importante para a concretização de eventual ato ilícito, o princípio da "reprovação jurídico-administrativa". Para o doutrinador, tal princípio decorre da unidade do ordenamento jurídico e da própria legalidade substancial e global dos comportamentos autorizados pelo direito. Nas palavras do autor,

(...) a tipificação formal de um comportamento como proibido há de encontrar correspondência no ordenamento jurídico globalmente considerado, ou seja, é necessária a efetiva reprovação da ordem jurídica sobre essa conduta (...) uma conduta será ilícita quando, além de se ajustar ao comando típico proibitivo, se revelar nociva ao bem jurídico e aos valores especialmente tutelados pela norma repressiva. Além disso, a conduta será ilícita se não houver incidência de normas permissivas, ou seja, de alguma causa de justificação que autorize o comportamento do agente (OSÓRIO, 2000, p. 269).

Ainda sobre os princípios que norteiam o Direito Administrativo Sancionador, cabe destacar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na qual, em Recurso Especial, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques declara que “a aplicação e a execução das penas se limitam aos transgressores”, firmando a compreensão pela não transcendência no direito sancionador, ou do caráter pessoal do direito sancionatório, *in verbis*:

Pelo princípio da intranscendência das penas (art. 5º, inc. XLV, CR88), aplicável não só ao âmbito penal, mas também a todo o Direito Sancionador, não é possível ajuizar execução fiscal em face do recorrente para cobrar multa aplicada em face de condutas imputáveis a seu pai. Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano. (BRASIL, 2012, *on-line*)

Dito isso, cabe mencionar que a atual redação da Lei nº 8.429/1992, alterada pela Lei nº 14.230, de 2021, materializou o princípio supramencionado, como se observa no art. 8: “o sucessor ou o herdeiro daquele que causar dano ao erário ou que se enriquecer ilicitamente estão sujeitos apenas à obrigação de repará-lo até o limite do valor da herança ou do patrimônio transferido”.

Assim sendo, além dos princípios e garantias já mencionados, para Binenbojm (2014), há diversas outras garantias que compõem o núcleo do direito sancionador, como as cláusulas do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIII, LIV e LV), além do princípio da legalidade (arts. 5º, II e XXXIX, e 37, caput), os princípios da segurança jurídica e da irretroatividade (art. 5º, caput, XXXIX e XL), os princípios da culpabilidade e da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV); o princípio da individualização da sanção (art. 5º, XLVI); e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (arts. 1º e 5º, LIV).

Neste trabalho, por uma questão metodológica, como o objetivo principal é a análise do acordo de não persecução civil, torna-se mais racional, ao invés de estudar todos os princípios e garantias constitucionais supramencionadas, investigar àqueles que estão mais relacionados à própria concretização das avenças, a individualização da conduta ilícita, a proporcionalidade e razoabilidade. Isto porque, não menos importante, de acordo com José Roberto Pimenta Oliveira, a individualização da conduta nas sanções administrativas vincula-se nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Sancionatório (PIMENTA, 2006, p. 495).

2.4.1. Da razoabilidade e da proporcionalidade

O princípio da razoabilidade, como bem afirma Di Pietro (2022, p. 124), é “aplicado ao Direito Administrativo como mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário”. Como bem asseverado anteriormente, como a aplicação axiológica pode conceder ao agente uma maior discricionariedade, a razoabilidade vem para frear e impedir possíveis abusos.

Outrossim, Bandeira de Mello (2016, p. 105) declama que a razoabilidade visa à execução da lei em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Em complemento, Moreira Neto (2014), em observância à razoabilidade, eventuais atos administrativos, entrando aqui o acordo de não persecução civil, deve considerar a questão da justiça, da decisão correta dentro do contexto apresentado, não sendo uma questão puramente técnica. Ou seja, realça o aspecto teleológico da discricionariedade na qual deve haver uma relação de pertinência entre oportunidade e conveniência, de um lado, e a finalidade, de outro. Para Moreira Neto (2014, p. 40),

(...) a razoabilidade, agindo como um limite à descrição na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à descrição na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida.

Sob esse prisma, condutas desarrazoadas estão revestidas de ilegalidade absoluta, sendo plenamente possível a reparação judicial e nulidade do ato praticado sob sua regência. Aplicando-se, ao caso, o Acordo de Não Persecução Civil que não são razoáveis, tende a ser nulo, podendo ser revisto pelo Poder Judiciário, o que será visto no tópico 4.6.

Por seu turno, o princípio da proporcionalidade, princípio constitucional implícito, revela-se na adequação exata da medida à finalidade pública a que está adstrita, isto é, a lesão do bem jurídico tutelado deve ser proporcional ao direito atingido pela sanção. Logo, qualquer medida que ultrapasse essa medida, no sentido de justeza, é fadada à nulidade e passível de correção judicial.

Dito isso, os princípios incidem nos momentos de fixação da norma sancionadora e de sua aplicação prática, como bem pontua Alexy (2018), no dever de observar os postulados de adequação, necessidade e proporcionalidade (adequação axiológica-normativa), *in verbis*:

A natureza dos princípios como comandos de otimização conduz diretamente a uma conexão necessária entre os princípios e o exame da proporcionalidade. A máxima da proporcionalidade, que nas últimas décadas tem obtido um reconhecimento internacional cada vez maior na prática e na teoria da jurisdição constitucional, consiste em três máximas parciais: a máxima parcial da adequação, a máxima parcial da necessidade e a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito. Todas as três máximas parciais expressam a ideia de otimização. Por essa razão, a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade e vice-versa. As máximas da adequação e necessidade se referem à otimização no que diz respeito às possibilidades fácticas. A otimização referente às possibilidades fácticas consiste em evitar custos evitáveis. Porém, custos são inevitáveis quando princípios colidem. A ponderação torna-se então necessária. A ponderação é o objeto da terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade, a saber, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Essa máxima expressa o que significa a otimização no que diz respeito às possibilidades jurídicas (ALEXY, 2018, p. 03)

Como já asseverado, a inobservância de tais princípios, pode ser contestada perante o Poder Judiciário, em outros termos, Acordos de Não Persecução Civil que sejam desproporcionais e que não seja razoáveis podem ser contestadas perante o magistrado.

Nota-se que, o ente legitimado, apesar de certa discricionariedade na atuação da estipulação de sanções no ANPC, está devidamente vinculado ao dever de ponderar a extensão da sanção a ser aplicada ao fato típico e equilibrar isso no ordenamento jurídico, pois uma conduta improba menos gravosa, do ponto de vista do resultado, não devem sofrer impacto sancionatório tão grave, aliás, pela mudança estrutural ocasionada pela Lei nº 14.230/2021, isto fica em evidência, como será colacionado no item 3.2. Outrossim, como será melhor detalhado em capítulo 4, do ponto de vista da consensualidade da avença, não seria lógico que o particular aceitasse um acordo tão gravoso, ante a sua conduta, ou, caso aceitasse, o mesmo poderia ser considerado nulo pelo Juízo, frustrando o instituto do ANPC, de uma forma ou de outra.

Em síntese, a aplicação da sanção deve ponderar o resultado do fato danoso causado pela ação do agente improbo, consoante critérios de adequação e proporcionalidade. Ocorre que, na prática, isso tende a ser laborioso, pois há uma dificuldade prática quando o agente público, como o ente legitimado para a propositura do ANPC, se depara com tipos jurídicos indeterminados, por ausência de explicitação legiferante, ou quando os fatos se enquadram em zonas conceituais de incerteza ou lacuna. Nesse sentido, tem-se:

Com efeito, tendo em vista os bens jurídicos protegidos com a atividade sancionatória, há situações paradigmáticas que permitem, com certeza objetiva, sua alocação nas zonas onde cabe ou não cabe a concretização do tipo administrativo; todavia, outras existem que, sendo casos de duvidosa configuração jurídica, por impossível a eliminação objetiva da admissibilidade de duas qualificações razoáveis da situação, alocam-se na zona circundante da incerteza, cabendo à Administração a titularidade da decisão, mediante um juízo disjuntivo, de reconduzir o caso a uma das zonas de certeza. Nestas operações interfere diretamente um juízo de razoabilidade-proporcionalidade na valoração dos fatos e definição do critério administrativo de formulação da norma concreta (OLIVEIRA, 2006, p.478)

Em síntese, em se tratando de Direito Administrativo Sancionador, a sanção proporcional guarda correlação entre o fato praticado pelo particular e os dados objetivos previstos na norma e sua adequação na justa medida aplicada ao caso. Entretanto, como asseverado, nem sempre isso será uma tarefa de fácil de se realizar na realidade concreta. Assim sendo, instrumentos devem ser utilizados para melhor aplicar a sanção, como a individualização da conduta do particular, que também configura uma garantia constitucional.

2.4.2. Da individualização da conduta

Em relação à individualização da conduta, para posterior sancionamento, caso se vislumbre uma ação contrário ao ordenamento positivado, deve-se observar o artigo 5º, inciso XLV da CRFB/88, na qual “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. Logo, pode-se inferir que os processos sancionatórios devem discriminar e individualizar a conduta imputada a cada um dos envolvidos.

Nesse sentido, o princípio da individualização da pena se tornou um dos pilares na proteção do direito da dignidade da pessoa humana, pois o arbítrio estatal é limitado na medida em que lhe incumbe regular a aplicação da sanção de forma proporcional entre a conduta individual do agente e a gravidade do ato cometido (BITENCOURT, 2012). Para José Roberto Pimenta de Oliveira (2006), a individualização da conduta nada mais é do que uma extensão do princípio da tipificação da infração e cominação da respectiva sanção ponderados com o princípio da razoabilidade. Nesse sentido, tem-se:

A garantia fundamental de individualização da pena é imposta pela Constituição ao regime sancionatório, tendo como destinatário principal o próprio órgão legislativo que tem a competência para instituir as sanções. Há significativa margem de decisão

na conformação da espécie (aspecto qualitativo) e intensidade (aspecto quantitativo) que o ato sancionatório deve ostentar para cumprir sua finalidade. Mas, no inexcedível alerta de Régis Oliveira: “Em Direito, os fins não justificam os meios. Entende-se que, como corolário da proporcionalidade, devem reputar-se inconstitucionais as normas legais que deixam em branco o limite das sanções correspondentes a cada infração, por significar atribuir à Administração a faculdade onímoda de amplo ou irrestrito sancionamento, independentemente dos pressupostos de cada infração, e exercitável ao alvedrio da autoridade pública de plantão, e não com base em critérios legais, como o exige o Estado de Direito (*rule of law*). Estabelecer limites significa, sob pena de invalidade, necessário delineamento de critérios de dosimetria punitiva, abarcando o dever de indicar os limites mínimos e máximos da sanção, bem como o de definir os fatores qualitativos sobre os quais deverá alicerçar-se sua graduação in concreto. (OLIVEIRA, 2006, p.482-483)

A importância de tal garantia é impedir a padronização na aplicação de sanções de forma mecânica ou indiscriminada. Ou seja, impede-se que condutas particulares deixem de ser levadas em conta na aplicação de penas preestabelecidas sobre os fatos apurados. Nesse sentido, aponta Nucci (2019, p. 28), que “a individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus”.

Em outras palavras, o agente improprio ao praticar as condutas ilícitas deve receber dos agentes públicos incumbidos de aplicar a sanção, o preciso descritivo dos fatos que lhe são particularmente imputados, para que se efetive o exercício ao direito de defesa e, posteriormente, para que haja um melhor controle dos órgãos de controle, até mesmo do Poder Judiciário.

O Ministro Cezar Peluso, no julgamento do HC 82.959/SP, julgado em 23.02.2006, descreveu o princípio da individualização da conduta nos seguintes termos:

É, pois, norma constitucional que a pena deve ser individualizada, ainda que nos limites da lei, e que sua execução em estabelecimento prisional deve ser individualizada, quando menos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. Evidente, assim, que, perante a Constituição, o princípio da individualização da pena compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII). (BRASIL, 2006, *on-line*)

Realizado esse paralelo com o Direito Penal e o Processual Penal, deve o ente legitimado, ao descrever os fatos que narrarão a inicial ou que irão compor o ANPC, sopesar os fatos que geraram a tipicidade da conduta irregular ou ilegal e, ao aplicar eventual sanção, considerar as

situações fáticas, como a praxe administrativa, a participação direta do sancionado, a medida de sua influência na tomada de decisão.

Ainda sobre a garantia da individualização da conduta, merece destaque os apontamentos realizados por Michael Foucault, em sua obra “Vigiar e punir: história da violência nas prisões”, na qual sublinha que tal garantia é um importante marco na evolução do direito punitivo:

Vemos aí ao mesmo tempo a necessidade de uma classificação paralela dos crimes e dos castigos e a necessidade de uma individualização das penas, em conformidade com as características singulares de cada criminoso. Essa individualização vai representar um peso muito grande em toda a história do direito penal moderno; aí está a sua fundamentação; sem dúvida em termos de teoria do direito e do acordo com as exigências da prática cotidiana, ela está em oposição radical com o princípio da codificação; mas do ponto de vista de uma economia do poder de punir, e das técnicas através das quais se pretende pôr em circulação, em todo o corpo social, sinais de punição exatamente ajustados, sem excessos nem lacunas, sem “gasto” inútil de poder mas sem timidez, vê-se bem que a codificação do sistema delitos castigos e a modulação do par criminoso-punição vão a par e se chamam um ao outro. A individualização aparece como o objetivo derradeiro de um código bem adaptado. (FOUCAULT, 2006, p. 83)

Ocorre que, diferentemente do Direito Penal, na qual existe, para eventual individualização da conduta, um caminho a seguir, com os critérios objetivos e subjetivos previsto no próprio Código Penal e Processual Penal, no Direito Administrativo Sancionador não há, na base ordinária da legislação, qualquer disposição quanto ao passo-a-passo a ser seguido pelo aplicador da sanção. Nesse cenário, diante de cada caso concreto, afirma Pimenta Oliveira (2006) deverá ser verificada na própria legislação de regência a previsão de eventuais dosimetrias; na ausência, deve-se ater ao disposto nos paradigmas da seara penal; ou a aplicação da sanção necessita observar às limitações decorrentes da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, tem-se “o grau de restrição de direitos deve revelar perfeita simetria com a intensidade demandada para realização da finalidade pública resguardada pelo provimento” sancionatório (OLIVEIRA, 2006, p. 497).

Desta forma, não resta dúvida de que a individualização da sanção administrativa está intimamente ligada ao direito fundamental indicado no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição da República, como projeção do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Assim sendo, como o Acordo de Não Persecução Civil é um instrumento pertencente ao sistema que tutela a Probidade Administrativa, não há dúvida de que o ente legitimado, ao iniciar as tratativas do acordo e estabelecer eventuais sanções, diante de lacunas interpretativas ou ausência de regulação pela Lei nº 14.230/2021, deve observar os princípios que norteiam o Direito Administrativo Sancionador. Não só na ausência e lacuna, mas também na interpretação do disposto naquela lei, pois, na hodiernidade, a Constituição é vista como filtro axiológico,

nos termos aqui expostos. Do contrário, não se respeitará o Estado Democrático de Direito, tornado nula qualquer avença realizada.

Em seguida, ante a amplitude da reforma consumada pela Lei nº 14.230/2021, antes de adentrar de fato no ANPC propriamente dito, cabe analisar as principais mudanças da Lei de Improbidade Administrativa, em especial no tocante à exclusão da culpa, à especificação do dolo e às sanções a serem observadas nos casos concretos. Isto porque, para aplicar com maior destreza a avença, deve-se conhecer quais atos e consequências são tutelados pelo microsistema da probidade administrativa.

3. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1. Aspectos gerais da improbidade administrativa

O Constituinte originário, ao estabelecer as balizas do Estado Democrático Brasileiro, estimulou a ideia de honestidade na administração pública. Isto é, o agente público, na gestão da coisa pública, não deve apenas seguir legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei, mas também agir de forma proba, seguindo uma moralidade administrativa, observando os princípios de boa-fé e éticos, desaguando numa administração pública saudável.

A improbidade administrativa, portanto, é todo o ato realizado por agente público que fira os princípios fundamentais da Administração Pública, sendo esses a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. Tais princípios marcam a constitucionalização do Direito Administrativo, conforme se observa no art. 37, §4º da CRFB/88, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (BRASIL, 1988, *on-line*).

Nesse interim, a improbidade administrativa pode ser entendida como a desonestidade daquele que exerce função na Administração Pública. Em outros termos, pode-se dizer que a expressão “probidade” significa integridade, honra e honestidade, já a “improbidade” provém:

[...] do latim improbitas (má qualidade, imoralidade, malícia), juridicamente, liga-se ao sentido desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter. Desse modo, improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente, por não ter caráter, que não atua com decência, por ser amoral” (SILVA, 1984, p. 431)

Dito isso, existem cerca de três correntes que buscam explicar a questão moralidade-probidade, a saber: (i) a probidade provém do princípio da moralidade administrativa; (ii) a probidade seria mais ampla do que a moralidade administrativa; e, por fim, (iii) a probidade e a moralidade se equivalem.

Para a primeira corrente, o princípio da probidade administrativa é:

(...) decorrência do princípio da moralidade administrativa e informado pelos mesmos valores que incidem neste. Mas adquire contorno próprio, por sua função instrumentalizadora da moralidade administrativa, desempenhando uma atuação sensível de garantia da eficácia (ainda que no sentido negativo, de proibição ou vedação) dos princípios da Administração Pública. Para o agente público, surge como ônus ou dever de boa administração, exigindo que os atos por ele praticados demonstrem sua habilitação moral guiada pelo senso ético no exercício de cargo, função ou emprego público.” (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 114)

Já para a segunda corrente, defendida por Magalhães Júnior (2019, p. 80), a probidade administrativa é mais ampla que a moralidade administrativa, associando com outros princípios previsto na Magna Carta, como a legalidade, a impessoalidade, a eficiência e a própria moralidade administrativa. Por fim, tem-se a terceira corrente sustentada por Carvalho Filho (2010, p. 60), para ele, a moralidade administrativa e a probidade administrativa se equivalem, isto é, em um primeiro momento, a Constituição Federal de 1988 aponta a moralidade como princípio e, em um segundo momento, a improbidade como lesão a este princípio, como se pode observar no art. 37, caput e § 4º, respectivamente.

Conforme prescreve Rafael Costa e Renato Barbosa (2022, p. 50), com a mudança de redação conferida ao artigo 1º, § 4º, da Lei n. 8.429/1992, pela Lei n. 14.230/2021, pode-se dizer que o legislador ordinário encampou a segunda corrente no ordenamento pátrio, ao estabular a aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador ao sistema de improbidade administrativa. Assim, como já vista em capítulo próprio, incide no campo da improbidade administrativa os princípios da legalidade da Administração Pública, da segurança jurídica, da proibição do excesso ou proporcionalidade, entre outros.

Ou seja, nota-se que eventual análise do elemento subjetivo característico da improbidade é de enorme importância nesse tema, uma vez que não se pode confundir ilegalidade com improbidade. Pelo exposto, nem todo ato ilegal é ímprobo. Ademais, pela ideia de justiça, o legislador não se preocupou em punir o agente público incompetente, mas, sim o agente desonesto. A vontade do agente público, portanto, é essencial para a correta imputação e tipificação segundo à lei.

Ocorre que, pela simples leitura do art. 37, §4º da CRFB/88, nota-se que se trata de uma norma constitucional de eficácia limitada. Ou seja, há a necessidade de uma lei específica que

apresente como será definida a improbidade administrativa e quais são as punições previstas para tais atos.

Nessa senda, após a promulgação da Constituição, no dia 2 de junho de 1992, o então presidente Fernando Collor sancionou a Lei nº 8.429, que ficou conhecida como a Lei de Improbidade Administrativa (“LIA”), que definia os atos e punições àqueles que exercessem seus cargos públicos com má-fé.

A Lei de Improbidade Administrativa existe porque todo funcionário público é obrigado a trabalhar honesta e fielmente na administração pública para servir ao interesse público, não a seus próprios interesses ou interesses ocultos. Dessa forma, a lei pune não apenas aqueles que se aproveitam de seu cargo para obter alguma vantagem ilícita para si ou para outrem, mas também aqueles que são negligentes e omissos no interesse público ou na boa-fé pública, colocando a integridade da gestão em risco.

Posteriormente, em 25 de outubro de 2021 foi sancionada a Lei nº 14.230, que deu nova redação a vários dispositivos da Lei nº 8.429/92, promovendo alterações no regime legal da improbidade administrativa que têm ampla repercussão geral. Logo, pela quantidade e profundidade das modificações que a normativa promoveu, essa legislação ficou conhecida como “Nova Lei de Improbidade Administrativa”.

Dentre tais alterações, como já visto anteriormente, uma das mais significativas é a determinação de aplicar os princípios do Direito Administrativo Sancionador ao sistema da improbidade. Em linhas gerais, com essa modificação, percebe-se que o poder sancionador evolui para o direito punitivo e esse em direção a uma especialização funcional, diversificando-se em direito penal e direito administrativo sancionador. Dito isso, o direito administrativo sancionador se expande a partir da ideia de que o Estado carece de sanções para viabilizar sua própria e direta atuação. As proibições, inerentes às funções de polícia, necessitam da ameaça das sanções (MEDINA, 2000).

Nessa senda, entre as mudanças verificadas, destaca-se neste esboço a problemática anteriormente introduzida pelo Pacote Anticrime acerca da possibilidade da celebração de acordo de não persecução civil (ANPC), cuja redação primitiva do §1º do artigo 17 da LIA expressamente excluía tal possibilidade.

Ocorre que, como a Lei nº 14.230/2021 mudou ou revogou significativamente mais de 20 artigos, além de ter gerado calorosas discussões no Supremo Tribunal Federal, cabe aqui, analisar as principais alterações promovidas pela nova lei e, em próximo tópico, ater-se às mudanças que envolvem o ANPC.

3.2. Alterações decorrentes da Lei n. 14.230/21

3.2.1. *Exclusão da forma culposa e demonstração de perda real*

A priori, uma grande mudança advinda da normativa foi a necessidade do elemento subjetivo doloso para que se caracterize a improbidade. Em outras palavras, na hodiernidade, para caracterizar a atividade improba do agente público, exige-se o dolo para configuração do ato, com exclusão da conduta ou omissão culposa, antes prevista nos artigos 5º e 10. Não só isso, mas como também, o dolo genérico perde espaço, e passa a ser preciso que se demonstre dolo específico.

Na antiga redação da LIA, conforme a interpretação mais pacífica da Lei nº 8.429/1992, existiam três formas, tipificadas legalmente no diploma, de improbidade, modalidades que persistiram no atual texto: (i) atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); (ii) atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10) e (iii) atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

Cabe esclarecer que, “embora a lei fale em ato de improbidade, tem-se que entender que o vocábulo ato não é utilizado, nesses dispositivos, no sentido de ato administrativo” (PIETRO, 2022, p. 1032), mas sim, o ato de improbidade pode corresponder tanto a um ato administrativo, quanto uma omissão ou uma conduta. Outrossim,

Esse ato tem que ser praticado no exercício de função pública, considerada a expressão em seu sentido mais amplo, de modo que abranja as três funções do Estado; mesmo quando praticado por terceiro, que não se enquadre no conceito de agente público, o ato tem que ter algum reflexo sobre uma função pública exercida por agente público. Difícil conceber ato de improbidade praticado por terceiro que não esteja em relação de cumplicidade com agente público. (PIETRO, 2022, p. 1032)

Como era pacificado, todos esses artigos de lei contemplavam a necessidade de dolo na conduta do agente, entretanto, o art. 10, também poderia ser caracterizado pelo elemento culpa, segundo a antiga redação da Lei nº 8.429/1992. Como advogava Spitzcovsky (2019), a improbidade administrativa pode ser entendida como desonestidade administrativa, razão pela qual se apresenta como uma imoralidade qualificada, caracterizada pela existência de dolo como elemento comum a todas as modalidades de improbidade previstas em lei. A exceção residia no art. 10, que contemplava a modalidade culposa nas hipóteses de improbidade que causam danos ao erário.

Ocorre que, como visto, em razão da reforma, tal razão não permanece. Na prática, significa que condutas culposas, como a imprudência, imperícia e negligência, deixam de ser consideradas improbidade. O objetivo do legislador reformador, então, foi deixar claro no

ordenamento jurídico que meras ilegalidades, atecnias ou imperfeições ocorridas no exercício da função pública não devem ser tuteladas pela via da improbidade (SANTOS, 2022).

Dito isso, observa-se que a exigência do dolo já se manifesta no parágrafo primeiro do art. 1º da LIA, *in verbis*: “§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais” (BRASIL, 2021a). Igualmente, ao analisar os artigos 9, 10 e 11º da nova normativa, onde se encontra descrição dos atos de improbidade, tem-se uma mudança de redação, priorizando o dolo e retirando a modalidade culposa, como se pode observar, a título de exemplo:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei. (BRASIL, 2021a, *on-line*)

Ademais, a nova normativa também exige que se demonstre a perda real de patrimônio, e não apenas o dolo genérico e presumido. Em razão disso, alguns atos previstos em lei tiveram sua redação modificada, para tornar esse aspecto claro, como, a título de exemplo, acontece no inciso VII, do Art. 10: “VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva” (BRASIL, 2021a)

Nesse íterim, como bem preceitua Gajardoni, Cruz e Favreto (2022), o dolo específico, especialmente para os fins de caracterização de ato de improbidade, nada mais é do que o ato eivado de má fé. Isto quer dizer que, o mero erro grosseiro, a falta de zelo com a coisa pública, a negligência não caracteriza mais ato de improbidade, todavia, como existe a separação entre esferas, nada impede que sejam punidos em outra esfera, de modo que não ficarão necessariamente impunes. Em outras palavras, não basta mais, segundo correta interpretação da LIA, alegar que um ato é doloso, ou demonstrar que ele é ilegal, torna-se necessário evidenciar a má-fé, uma intenção de lesar, alguma forma de conluio entre agentes.

Ou seja, para Guimarães (2022, p. 22) deve-se seguir a seguinte fórmula para toda e qualquer conduta tipificada na lei de Improbidade Administrativa: “consciência + vontade + finalidade de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade”.

O Ministério Público do Estado de São Paulo foi uma grande figura crítica à reforma da Lei de Improbidade Administrativa, com a campanha “Juntos contra o PL da Impunidade”, para o ente, em artigo publicado por Mario Sarrubbo, Wallace Paiva Martins Junior e Beatriz Lopes de Oliveira, respectivamente Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, Subprocurador-Geral de Justiça e Promotora de Justiça:

Não obstante a corrupção e a improbidade serem endêmicas no Brasil, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 10.887/2018, que modifica a Lei da Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92), um dos principais instrumentos para o combate das graves chagas que imolam a Nação. Norma que institui um verdadeiro código da moralidade na administração pública brasileira, a função da Lei da Improbidade Administrativa é cumprir a Constituição federal de 1988, que manda punir atos de improbidade administrativa: condutas que caracterizam enriquecimento ilícito na função pública, causam prejuízo ao erário ou atentam contra os princípios da administração pública (SARRUBBO; MARTINS JUNIOR; OLIVEIRA, 2021, p. 01).

E assim continua os membros do MPSP:

Em outras palavras, resta evidente que a lógica que conduz o processo legislativo é a seguinte: mesmo grassando no atacado e no varejo a corrupção lato sensu, a normativa que torna viável e assegura a sua punição deve ser arrefecida, abrandada, diminuindo seu potencial. Não é ocioso perguntar: “*Cui bono? Cui prodest?*” (A quem beneficia? A quem aproveita?). A preocupação é sensível e intensa. O que se pretende é a *reformatio in peius* – ou seja, a mudança para pior – de uma lei que “pegou”, justamente num país onde a corrupção é frequente e estruturada (SARRUBBO; MARTINS JUNIOR; OLIVEIRA, 2021, p. 03)

Fato é, a nova normativa vem sofrendo severos ataques e críticas, pois, facilitaria, em tese, conforme posicionamento do MPSP, práticas de corrupção e daria espaço para impunidade. Entretanto, cabe evidenciar que, apesar de tal afirmação parecer válida em uma rápida análise da normativa, é necessário lembrar que o Superior Tribunal de Justiça, em alguns momentos entendeu que para que seja caracterizada a improbidade administrativa é necessária a presença de má-fé, como se observa: "De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado" (BRASIL, 1999).

Nessa senda, não há dúvidas de que a eliminação dos tipos culposos na Lei de Improbidade Administrativa foi decorrência de uma soberana decisão do legislador. Ainda que se possa defender que a estrutura constitucional da improbidade contemple o ilícito culposos, isso não significa que a atividade legiferante não possa livremente conformar ilícitos legalmente previstos como exclusivamente dolosos, inclusive com previsão de dolo específico na modelagem dos tipos sancionadores.

A razão disto é o princípio democrático, uma das normas mais importantes no plano constitucional e desta norma decorre a prerrogativa de o legislador exercer a livre conformação dos ilícitos e das penas. Não há, na Constituição, nenhuma previsão no sentido de obrigatoriedade de tipificação de ilícitos culposos de improbidade administrativa, mas apenas, no posicionamento de Fábio Medina (2000, p. 110), a exigência mínima de erro grosseiro ou culpa grave na hipótese de eventual tipificação setorial. O legislador, não obstante, optou por

eliminar os tipos culposos da Lei nº 8.429/92 e, ao fazê-lo, agiu também em conformidade com a Constituição (FREITAS, 2022, on-line).

Ademais, como a culpa, por seu turno, é caracterizada pela prática de ato sem a devida atenção ou cuidado que se deveria ter ou prever para evitar o ato ilícito. E, sob o império da antiga Lei nº 8.429/92, permitia uma abertura de interpretação dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10) muito larga e, por vezes, no caso concreto, eventual punição engendrava em injusta (FREITAS, 2022, on-line).

Isto porque, como entendido pelo legislador reformador, a LIA não deve responsabilizar quem praticou ato imprudente e ineficaz na condução do exercício natural de uma função pública. Nem mesmo o ato impensado em suas consequências lesivas, ainda que voluntário e consciente. O objetivo é enquadrar, apenas e tão somente, agentes desonestos e dispostos a ferir e infringir a lei. Nesse sentido:

A LIA vem, assim, sob a ótica do dolo específico, ao mesmo tempo que punir os agentes comprovadamente ímprobos, garantir que o exercício da administração pública não fique paralisado sob o risco de que a Lei de Improbidade Administrativa ao disciplinar com exagerado rigor o regime da probidade tornasse os agentes públicos inertes e inoperantes, ou, no mínimo os "pouco inovadores" no trato das políticas públicas, por medo de consequências legais de atos naturais da administração pública (CINTRA, 2022, on-line).

Por enquanto, resta aguardar se a mudança legislativa realmente atingirá o interesse público, ou apenas favorecer atitudes de agentes públicos desonestos. Dito isso, ainda é muito cedo para tirar conclusões sobre a eficácia ou não, em termos positivos e negativos, de tal alteração legislativa, fato é, houve o respeito ao princípio democrático, e, portanto, deve ser respeitado. Assim sendo, somente poderá existir a pactuação do acordo de não persecução civil, em condutas dolosas – inclusive com a demonstração de dolo específico-, pois, caso se vislumbre a culpa, eventual punição não será tutelada pela Lei de Improbidade Administrativa.

3.2.2. Dos atos de improbidade após a Lei nº 14.230/21

Conforme esclarecido anteriormente, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, devidamente alterada Lei nº 14.230, de 25 de outubro 2021, elenca três tipos de atos de improbidade administrativa, realizando uma gradação nos artigos 9º ao 11 quanto à sua gravidade, nos dizeres de Rafael Costa e Renato Barbosa (2022, p. 100).

Dito isso, no artigo 9º está previsto as condutas mais gravosas, aquelas que importam enriquecimento ilícito. Em seguida a normativa fixa, no artigo 10, os atos que causam dano ao erário e no artigo 11 aqueles que violam princípios da Administração Pública. De modo geral, cada gênero compreende uma seção do Capítulo II da lei.

Assim sendo, deve-se analisar os principais atos de improbidade previstos na legislação tendo em vista as mudanças significativas trazida pela nova normativa, pois, sobre tais atos, poderá o ente legitimado enquadrar a conduta do agente público e, eventualmente, propor um acordo de não persecução.

Por ora, como já disposto no tópico anterior, vale salientar que a caracterização do ato de improbidade administrativa depende, a partir do advento da Lei nº 14.230/21, da presença do elemento subjetivo dolo na conduta perpetrada pelo sujeito ativo. Conforme resume Costa e Barbosa (2022, p. 69):

Dolo é a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei. Não basta, portanto, a voluntariedade do agente. É necessário que o agente público deseje praticar a conduta e alcançar determinado resultado, sendo insuficiente, por exemplo, assinar um documento sem realmente conhecer seu teor. Com efeito, o dolo é componente subjetivo da conduta, composto por dois elementos: o volitivo, ou seja, a vontade de praticar a conduta prevista na norma, e o intelectivo, traduzido na consciência da conduta e do resultado.

A lei estabelece, no primeiro rol de atos de improbidade, que é ilícito ao agente público enriquecer de forma ilícita por conta do seu cargo público, utilizando a Administração Pública como meio para o enriquecimento. Como visto, o art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa, modificado pela Lei nº 14.230/21, descreve que o enriquecimento ilícito ocorrerá por meio da obtenção de vantagem patrimonial indevida em razão do cargo exercido pelo agente. Além disso, deve, necessariamente, ter ocorrido por meio de prática dolosa.

Entretanto, a necessidade de conduta dolosa não é novidade em tal modalidade, pois sempre se entendeu que, em se tratando de enriquecimento ilícito, somente era punível mediante dolo. A título de exemplo, cabe expor o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. [...]. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO. [...] 3. Relativamente às condutas descritas na Lei n. 8.429/1992, esta Corte Superior possui firme entendimento de que a tipificação da improbidade administrativa, para as hipóteses dos arts. 9º e 11, reclama a comprovação do dolo e, para as hipóteses do art. 10, ao menos culpa do agente. [...]. (BRASIL, 2021b, *on-line*)

Nessa senda, pode-se dizer que os requisitos para que se configure o ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito são os seguintes: a) recebimento de vantagem patrimonial pelo agente público, direta ou indiretamente; b) cuidar-se de vantagem dissociada dos subsídios ou vencimentos; c) tratar-se de vantagem indevida; d) nexo de causalidade; e) presença do elemento subjetivo, que no caso é somente o dolo (COSTA; BARBOSA, 2022).

Ademais, boa parte da jurisprudência, até o advento da Lei nº 14.230/21, entendia que o enriquecimento ilícito do agente público não necessariamente deve vir acompanhado de decréscimo patrimonial ao erário. Sendo assim, seria possível que em determinado caso prático, um agente público receba dinheiro indevido de um particular para praticar determinada conduta prosrita, sem, contudo, causar efetivo dano ao erário. Como se observa no seguinte julgado:

[...] IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. ART. 9º e 12, I, DA LEI 8.429/92. COMPROVAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO. DESNECESSIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO. DEMONSTRADO. TIPICIDADE DA CONDUTA. [...] (BRASIL, 2016a, *on-line*)

Dito isso, em análise superficial do artigo, nota-se que, além da definição trazida no *caput*, há a previsão de 12 (doze) incisos que descrevem as práticas ilícitas. Aliás, parte da doutrina indica que tais incisos são exemplificativos, em razão da expressão “notadamente” constante ao final do *caput* do referido dispositivo. Nesse sentido, aponta Daniel Neves e Rafael Oliveira (2022, p. 83) a “tipificação dos atos de improbidade administrativa é, em regra, aberta e o rol de condutas elencadas para a sua configuração é exemplificativo.”

Entre os incisos, pode-se destacar: (a) receber dinheiro ou bens para facilitar ou praticar qualquer ato que seja de interesse de terceiros dentro da administração pública; (b) receber propina ou aceitar promessa de vantagem econômica para tolerar a exploração ou prática de jogos de azar, lenocínio, de narcotráfico, contrabando, usurpa ou outras atividades ilícitas; (c) se utilizar, em benefício próprio, de quaisquer bens móveis, ou do trabalho do trabalho de servidores, empregados ou terceiros contratados pela administração pública, utilizar dos bens públicos para aumentar o patrimônio próprio (BRASIL, 1992).

Assim, como indicado, a nova lei de improbidade administrativa alterou a redação de alguns desses incisos, para determinar de maneira mais precisa as condutas dolosas. A título de exemplo, observa-se o inciso VI, na qual se tem que o enriquecimento ilícito pode se dar pelo recebimento de vantagem econômica para “fazer declaração falsa sobre qualquer dado técnico que envolva obras públicas” (BRASIL, 2021a). Antes, a declaração falsa era apenas sobre “medição e avaliação de obras públicas”. Isto significa que não “somente a declaração falsa” sobre medição ou avaliação em obras públicas possui a aptidão para incidir tal dispositivo, mas também a declaração falsa acerca de qualquer dado técnico, como, por exemplo, as características do material utilizado. Sobre o tema, tem-se:

Assim, o primeiro requisito é o recebimento de qualquer vantagem econômica, seja dinheiro, seja outro bem com tal característica – v.g., um automóvel. E essa vantagem pode ser paga diretamente ao agente ímprobo ou por meio de interposta pessoa – p. ex., um parente ou “laranja”. E o segundo requisito consiste na finalidade específica para o pagamento da referida vantagem econômica, pois o particular assim o faz para

que o agente público ateste falsamente acerca de algum dado técnico referente a obra pública ou outro serviço. A declaração falsa também pode se referir a mercadorias ou bens fornecidos à Administração Pública direta ou indireta, atinente a suas características: quantidade, peso, medida, qualidade etc. Exemplos: a) perito que, após receber propina da empresa interessada, atesta falsamente que o asfalto utilizado na construção de uma rodovia é de boa qualidade, conforme exigido no edital, quando, na realidade, o produto empregado é de péssima qualidade; b) servidor público que recebe dinheiro indevido para afirmar falsamente em seu relatório que foi cumprida a entrega total da quantidade de produtos alimentícios destinados a uma escola pública”. (COSTA; BARBOSA, 2022, p. 81)

Por fim, já finalizando as principais alterações no art. 9 da LIA, cabe destacar o inciso VII, que tende a oferecer melhores condições de defesa ao agente público acusado, como se observa:

VII – adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, e em razão deles, bens de qualquer natureza, decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução; (BRASIL, 2021a, *on-line*)

Convém rememorar que antes da reforma, tal dispositivo considerava que era ato de improbidade administrativa adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público. Dessa forma, a doutrina e a jurisprudência majoritária advogavam no sentido de existir uma presunção legal de enriquecimento ilícito, como pode se observar no AgRg no AREsp n. 548.901/RJ:

Na apuração do ato de improbidade, previsto no art. 9º, VII, da Lei 8.429/92, cabe ao autor da ação o ônus de provar a desproporcionalidade entre a evolução patrimonial e a renda auferida pelo agente, no exercício de cargo público. Uma vez comprovada essa desproporcionalidade, caberá ao réu, por sua vez, o ônus de provar a licitude da aquisição dos bens de valor tido por desproporcional (BRASIL, 2016b, *on-line*)

Ocorre que, como visto, com a alteração da redação realizada em 2021, houve a inclusão de novos requisitos, tornando mais difícil a incidência do tipo legal em epígrafe, pois além da aquisição de bens cujo valor é incompatível com a renda ou evolução patrimonial do agente público, é necessário agora que o recebimento de tais bens sejam em razão da função pública, conforme o termo “em razão deles”. Nessa senda, pontua Costa e Barbosa (2022, p. 82):

Tal novo pressuposto, inegavelmente, esvazia o alcance do presente dispositivo, pois exige a ocorrência prévia de outro ato de improbidade administrativa. Com efeito, imagine-se a seguinte situação hipotética: um fiscal municipal, que recebe remuneração mensal de R\$ 5.000,00, ingressou no serviço público sem qualquer bem, mas, após dois anos de trabalho, amealha um patrimônio de R\$ 20 milhões. Por óbvio, esse patrimônio é absolutamente incompatível com sua remuneração – no referido período, sem gastar nada, teria acumulado menos de R\$ 150.000,00. Assim, de acordo com a redação anterior, o fiscal em questão podia ser processado e condenado nos termos do inciso VII em apreço, exceto se comprovasse a origem ilícita desse

patrimônio (p. ex., herança). Todavia, agora, com o novo texto, ele somente será condenado se o Ministério Público comprovar atos antecedentes de improbidade administrativa – apenas do artigo 9o, caput, da Lei n. 8.429/1992 – que ensejaram o incremento de seu patrimônio. Tal conclusão desnatura a razão de ser do inciso VII, já que, desse modo, se trataria de um *post factum* impunível: se se comprovar um ato anterior de improbidade administrativa que rendeu uma propina ao agente público, inexistente sentido em haver um novo ato de improbidade administrativa consistente em seu aumento patrimonial, pois este fato é, na realidade, uma consequência lógica da conduta precedente e, como corolário, não pode ser novamente punido, para se evitar o *bis in idem*.

Ressalvadas as principais alterações legislativas e ressalvas as críticas a elas, de modo geral, portanto, a parte de enriquecimento ilícito da Lei de Improbidade Administrativa ataca diretamente as diferentes formas de “corrupção”. Aliás, como é possível notar, o foco está na corrupção entre agentes públicos que recebem vantagens financeiras de terceiros interessados em subverter a Administração Pública para seus próprios interesses.

Assim sendo, como a primeira classe de atos que são enquadrados na improbidade administrativa tinha como objetivo o enriquecimento ilícito do agente e de terceiros, a segunda parte tem como objetivo punir o agente público que causa prejuízo às finanças públicas. Dito isso, cabe expor o artigo 10, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei. (BRASIL, 2021a, *on-line*)

Tal normativa prevê os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário e, por isso, é a segunda modalidade mais gravosa. Na doutrina pátria, a redação supracitada está gerando diversos conflitos, pois conforme a redação original do caput do citado artigo 10 dispunha que constituía ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que ensejasse perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º da Lei nº 8.429/1992 (FREITAS, 2022).

Por outro lado, como exposto, a Lei nº 14.230/2021 alterou a referida redação, afirmando que constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º da Lei n. 8.429/1992.

Ou seja, para Costa e Barbosa (2022, p. 90) a diferença nas redações são: (i) exclusão da possibilidade de haver conduta culposa; e (ii) inclusão da imprescindibilidade de a lesão ao

erário ser efetiva e comprovada. E, como já retratado anteriormente, a mudança gerou diversas críticas.

Por ora, cabe apenas pontuar que:

(...) “erário” e “patrimônio público” não se confundem. Com efeito, “erário” abrange bens de valores econômico-financeiros pertencentes à União, aos estados, ao Distrito Federal, aos municípios, às entidades da administração indireta e demais entidades apontadas no artigo 1º da Lei n. 8.429/1992. Já “patrimônio público” engloba o conjunto de bens e interesses de natureza moral, econômica, estética, artística, histórica, ambiental e turística pertencentes àquelas mesmas entidades apontadas no referido artigo 1º (COSTA; BARBOSA, 2022, p. 90).

Outrossim, da mesma forma que acontece nos atos que desaguam no enriquecimento ilícito, as condutas elencadas no artigo 10 da LIA são meramente exemplificativas, em razão da expressão “notadamente” constante no final do *caput* do referido dispositivo. Dito isso, os atos que causam prejuízo ao erário previstas nos incisos I a XXII do artigo 10 são exemplificativas. Nesse sentido, tem-se o REsp 1130318/SP:

[...] DANO AO ERÁRIO. ART. 10 DA LEI 8.429/1992. [...] 3. A situação delineada no acórdão recorrido enquadra-se no art. 10, VIII, da Lei 8.429/1992, que inclui no rol exemplificativo dos atos de improbidade por dano ao Erário “frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente”. [...]. (BRASIL, 2011, *on-line*)

Em síntese, portanto, pode-se dizer que os atos do agente público que prejudicam o tesouro público, são (a) facilitar que bens públicos integrem o patrimônio de entes privados; (b) facilitar a venda de bens públicos para entes interessados; (c) realizar operações financeiras com capital público sem respeitar o ordenamento; (d) pagar despesas com dinheiro público não destinado para tal situação; (e) firmar contratos ou parcerias sem seguir as formalidades previstas em lei (BRASIL, 2021a).

Dentre as principais mudanças trazidas pela nova normativa, no que tange aos atos de improbidade que causam prejuízo ao erário, tem-se a alteração de redação do inciso VIII.

Ora, antes da mudança, era tido como improbidade administrativa frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente. Na hodiernidade, para a configuração dessa subespécie de improbidade administrativa, é necessário que tal conduta acarrete “perda patrimonial efetiva”, conforme a exigência expressa incluída pela referida lei ao final do dispositivo em questão, uma mudança paradigmática, afinal, anteriormente à referida alteração legislativa era predominante na jurisprudência o entendimento de que o dano ao erário era presumido nessa situação, como se observa no seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, VIII, DA LEI 8.429/1992. DISPENSA INDEVIDA

DE LICITAÇÃO. ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO ÍMPROBO. DOLO GENÉRICO OU CULPA. ART. 10, VIII, DA LEI 8.429/92. DANO IN RE IPSA. 1. [...] 4. O STJ entende que, para a caracterização de improbidade administrativa por frustração da licitude do processo de licitação, tipificada no art. 10, VIII, da Lei 8.429/1992, o dano apresenta-se presumido, ou seja, trata-se de dano *in re ipsa*. A propósito: REsp 1.624.224/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 06/03/2018; AgInt no REsp 1.671.366/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 01/12/2017; REsp 1.685.214/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/12/2017 [...]. 8. Recurso Especial provido. (BRASIL, 2019a, *on-line*)

Logo, nota-se que a nova redação do dispositivo afastou esse entendimento, logo, exige-se uma real perda patrimonial para o erário, aferível conforme o valor médio praticado no mercado, o que pode dificultar (FREITAS, 2022, *on-line*).

Ademais, também houve alteração no inciso X do artigo 10 da Lei n. 8.429/1992, na qual o legislador reformador trocou a palavra “negligentemente” por “ilicitamente” – assim, para que se enquadre em tal dispositivo, o agente público deve agir ilicitamente na arrecadação de tributo ou de renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público. Tal alteração visou a extirpar a culpa como elemento subjetivo, em razão do “negligentemente” (BRASIL, 2021a).

Por fim, cabe citar também que a Lei n. 14.230/2021 apenas remanejou o antigo 10-A da Lei nº 8.429/1992 para o inciso XXII do artigo 10 do diploma. Em suma, tal conduta consiste na concessão, aplicação ou manutenção de benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do artigo 8º-A da Lei Complementar n. 116/2003.

Dito isso, não há dúvidas que os atos de improbidade administrativa diretamente relacionados ao prejuízo ao erário acabam por apresentar uma gama variada de condutas, devendo existir como elemento subjetivo o dolo.

O terceiro gênero de ato de improbidade é aquele que atenta contra os princípios da administração pública, os quais estão descritos no art. 11 da LIA, *in verbis*: “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade”. (BRASIL, 2021a)

Ora, antes da alteração legislativa, o *caput* do artigo 11 dispunha que constituía ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições. Ou seja, o rol constante nos incisos era meramente exemplificativo, conforme pacificamente compreendido pela doutrina e jurisprudência:

[...] IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. ILÍCITO DECORRENTE DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. [...] IMPOSSIBILIDADE DE ENUMERAÇÃO JUDICIAL EM *NUMERUS CLAUSUS* DE HIPÓTESES QUE CONFIGUREM TAL MODALIDADE DE IMPROBIDADE. ADMISSIBILIDADE DE ROL A TÍTULO EXEMPLIFICATIVO. [...] CARÁTER ABERTO DO ART. 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA 3. Diante do caráter aberto do art. 11 da Lei 8.429/1992, descabe fazer enumeração judicial em *numerus clausus* de modalidades de improbidade administrativa atinentes a afronta aos princípios da Administração Pública. 4. A conduta do agente ímprobo pode, sim, ser emoldurada no próprio caput do art. 11, sem a necessidade de se encaixar, obrigatoriamente, em uma das figuras previstas nos oito incisos que integram o mesmo artigo. Máxime porque os incisos possuem índole claramente exemplificativa e não de *numerus clausus*. Basta conferir o final da redação do caput (nave-mãe) que, após indicar a base normativa da conduta ímproba ofensiva a princípios, realça que esse mesmo núcleo estará também caracterizado, “notadamente” (mas não exclusivamente) nas demais condutas identificadas nos incisos subsequentes. Daí resulta que a conduta ímproba realiza-se não só por infração aos incisos do art. 11, mas, antes até, faz-se reconhecível, igual e autonomamente, no tipo genérico e aberto do próprio caput. O STJ já travou discussão anterior e pacificou o entendimento a respeito do caráter exemplificativo das hipóteses previstas no art. 11 da Lei 8.429/1992 (REsp 1.275.469/ SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 9/3/2015). [...]. (BRASIL, 2020a, *on-line*)

Por sua vez, a Lei nº 14.230/2021 alterou a redação do dispositivo, concluindo que apenas constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das condutas elencadas nos incisos do referido artigo 11.

Para configurar tal modalidade de improbidade administrativa é preciso que a conduta do agente público se amolde em um dos incisos do artigo 11, isto é, passa-se de rol exemplificativo para o rol taxativo. Sobre isso, existe severas críticas, como se pode observar:

Critica-se essa mudança, pois situações graves anteriores que eram punidas conforme o caput do artigo 11 agora não mais configuram improbidade administrativa. É possível mencionar, a título exemplificativo, o assédio moral, o qual, mais do que provocações no local de trabalho – sarcasmo, crítica, zombaria e trote –, é campanha de terror psicológico pela rejeição. A prática de assédio moral enquadrava-se na antiga redação em razão do evidente abuso de poder, desvio de finalidade e malferimento à impessoalidade, ao agir deliberadamente em prejuízo de alguém. Todavia, com o novo texto tal prática abjeta deixou de ser improbidade administrativa (COSTA; BARBOSA, 2022, p. 121).

Ressalvadas tais críticas, da mesma forma que acontece com o art. 9 da LIA, o elemento subjetivo art. 11 permanece sendo o dolo, agora de forma expressa. Aliás, tanto na doutrina quanto na jurisprudência sempre se posicionou no sentido do dolo ser requisito dessa modalidade de improbidade administrativa, “a tipificação do ato de improbidade administrativa descrito no art. 11 somente se aperfeiçoa mediante ação ou omissão dolosa do agente público. Vale dizer: é preciso que o agente pratique a conduta descrita no dispositivo em exame de forma livre e consciente” (ANDRADE; MASSON, 2021, p. 774)

Não menos importante, cabe destacar que a Lei nº 14.230/2021 afasta a configuração de improbidade decorrente de divergência interpretativa da lei, conforme o § 8º incluído ao artigo 1º:

Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário. (BRASIL, 2021a, *on-line*)

Isto porque, antes da alteração de redação acontecia um fenômeno denominado por como “apagão das canetas”, ou seja, o gestor público, com medo de se enquadrar no antigo art. 11 da LIA, ficava receoso dos riscos jurídicos da tomada de uma decisão que poderiam contrariar o posicionamento jurisprudencial. Assim, deixava de praticar o ato administrativo, ainda que amparado em parecer do respectivo órgão de assessoria jurídica e movido pelo interesse público (COSTA; BARBOSA, 2022).

Nessa senda, o legislador reformador inseriu uma série de parágrafos no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, visando a dar objetividade na aplicação do mesmo aos eventuais casos concretos, *in verbis*:

Art. 11. (...) § 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade. § 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei. § 3º O enquadramento de conduta funcional na categoria de que trata este artigo pressupõe a demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública, com a indicação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas § 4º Os atos de improbidade de que trata este artigo exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos. (BRASIL, 2021a, *on-line*)

Assim sendo, não resta dúvida que, para a aplicação do art. 11 aos eventuais casos concretos, o ente legitimado deve observância ao princípio da lesividade, isto porque, os atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos, como bem declara Costa e Barbosa (2022).

Por fim, ainda que de forma perfunctória, cabe descrever as principais condutas, agora taxativas, que caracterizam atos de improbidade contra os princípios da administração pública, a saber: (a) deixar de prestar contas, quando estas são responsabilidade do agente, para ocultar

irregularidades; (b) revelar, antes da respectiva divulgação oficial, o teor de medidas políticas ou econômicas capazes de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço; (c) revelar fato ou circunstância de quem tem conhecimento e que deveria permanecer em segredo (informação privilegiada ou que coloca em risco a segurança); (d) nomear cônjuge, companheiro ou parente (até o terceiro grau) da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão, cargo de confiança ou função gratificada na administração pública direta ou indireta; (e) praticar, com recursos do erário, publicidade que contrarie o disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, para promover ou enaltecer o agente público, com a personalização de atos, de programas, de obras, de serviços ou de campanhas dos órgãos públicos (BRASIL, 2021).

Ora, realizada tal análise das condutas que se enquadram como atos de improbidade administrativa, conforme a Lei nº 14.230/21, o ente legitimado ao fazer a subsunção da conduta do agente público a algum ato de improbidade visto, a depender do caso, e seguindo alguns requisitos, como se observará em tópico próprio, poderá celebrar um acordo de não persecução civil. Assim sendo, passa-se a análise das punições previstas na Lei de Improbidade.

3.2.3. Das punições após a Lei n. 14.230/21

O agente público, ao realizar um ou mais atos de improbidade administrativa previstos nos artigos supramencionados, deve sofrer a incidência de uma ou mais das sanções previstas no artigo 12 da Lei nº 8.429/1992. Aliás, a própria Constituição estabelece algumas sanções, em seu art. 37, § 4º, como: a suspensão dos direitos políticos; o ressarcimento do dano ao erário e a perda da função, na forma e gradação previstas em lei.

Como dito anteriormente, a Lei nº 14.230/21 alterou substancialmente a Lei de Improbidade Administrativa, e na sistemática das sanções isso não seria diferente. Por ora, cabe destacar que foram mantidas as sanções anteriormente previstas no artigo 12, a saber: a) perda de bens e valores acrescidos ilicitamente; b) ressarcimento integral do dano; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos; e) multa civil; f) proibição de contratar com o Poder Público; g) proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (BRASIL, 1992).

Dito isso, nota-se que o legislador ordinário não se limitou às sanções elencadas no § 4º do artigo 37 da Constituição Federal. Começou-se a questionar a constitucionalidade das sanções previstas na LIA, ante a ausência de previsão constitucional da multa civil, da proibição de contratar ou receber benefícios ou incentivos e da perda dos bens acrescidos ilicitamente. Ocorre que, como já era pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, a Carta Magna estabeleceu apenas rol exemplificativo, competindo ao legislador ordinário a fixação de outras penalidades, caso ache necessário, pois “as sanções civis impostas pelo artigo 12 da Lei nº 8.429/92 aos atos

de improbidade administrativa estão em sintonia com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública.” (BRASIL, 2010)

De acordo com o art. 12 da Lei de Improbidade, tem-se que as sanções previstas em lei podem se somar a outras penas aplicadas, em outras instâncias de julgamento. *In verbis*:

Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato. (BRASIL, 2021a, *on-line*)

De modo geral, o dispositivo prevê expressamente: i) o ressarcimento integral do dano patrimonial; ii) a possibilidade de aplicação cumulativa de sanções nas esferas civil, administrativa e penal, em observância ao princípio da independência das instâncias; e iii) a possibilidade de responsabilização do agente, cumulativamente, pela prática de crime de responsabilidade.

A luz do exposto, na letra fria da lei, nota-se que o legislador apenas mencionou o dano patrimonial, logo, poderia influir que a normativa não abarcou as demais formas de reparação. Ocorre que, como defende a maior parte da doutrina, nada impede que haja a reparação de todas as espécies de danos, desde que seja aferível/consubstanciada na realidade concreta os danos praticados pelo agente improbo, ainda mais se tais danos forem materiais, isto porque, pela nova normativa, como já visto, dano material não pode ser mais presumível (GAJARDONI, *et al*, 2022). Assim sendo, tem-se:

Apesar de a nova redação mencionar apenas o dano patrimonial, nada impede que seja determinada a reparação de todas as espécies de danos, inclusive extrapatrimoniais e sociais. Com efeito, o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal garante, dentre outras determinações, a incolumidade de todos os bens de qualquer pessoa, seja física, seja jurídica. E o Código Civil, conforme os dispositivos acima mencionados, reforça esse entendimento. Assim, devem ser alvo de reparação, após pedido do autor da demanda, todos os danos causados pelo réu: danos individuais causados à pessoa jurídica de direito público interessada, dano social causado pelo rebaixamento da qualidade de vida da sociedade, dano moral coletivo, dentre outros”. (COSTA; BARBOSA, 2022, p. 142)

Outrossim, como era de se esperar, a nova normativa manteve a separação entre instâncias, isto é, a aplicação das sanções da Lei de Improbidade Administrativa, seja nos autos da ação de improbidade, seja por meio de um acordo de não persecução civil, não impede, em razão do mesmo fato, a imposição de pena, reparação dos danos e demissão, respectivamente, penal, civil e administrativo (GAJARDONI, *et al*, 2022).

Entretanto, cabe introduzir o § 6º do art. 12, trazido à baila pela Lei nº 14.230/21, que determina que, se ocorrer lesão ao patrimônio público, a reparação do dano deverá deduzir o

ressarcimento ocorrido nas instâncias criminal, civil e administrativa que tiver por objeto os mesmos fatos. Isto porque, a normativa evitou a dupla responsabilização do agente ímprobo, uma vez que, havendo o pagamento ainda que parcial de indenização em outra instância, a medida não pode ser desconsiderada, sob pena, de enriquecimento indevido da entidade lesada, vedado no ordenamento pátrio (COSTA; BARBOSA, 2022).

Aliás, em respeito aos princípios do direito administrativo sancionador, as sanções por ato de improbidade administrativa podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, sopesando-se para tanto a gravidade do fato, isto é, a individualização da pena, como já devidamente exposto no capítulo anterior.

De modo geral, as mudanças mais significativas estão relacionadas à suspensão dos direitos políticos e à perda da função pública e, por isso, receberão um maior enfoque. Em relação à perda da função pública, cabe destacar o art. 12, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 12 § 1º A sanção de perda da função pública, nas hipóteses dos incisos I e II do caput deste artigo, atinge apenas o vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente público ou político detinha com o poder público na época do cometimento da infração, podendo o magistrado, na hipótese do inciso I do caput deste artigo, e em caráter excepcional, estendê-la aos demais vínculos, consideradas as circunstâncias do caso e a gravidade da infração. (BRASIL, 2021a, *on-line*)

Ora, antes da edição da Lei nº 14.230/2021, o Superior Tribunal de Justiça, por meio do EREsp 1.701.967/RS, firmou entendimento no sentido de que a sanção prevista no artigo 12 da Lei n. 8.429/1992 alcança todo e qualquer vínculo jurídico que o agente mantinha com a Administração Pública. Entretanto, como observado no parágrafo supracitado, a sanção de perda da função pública atinge apenas o vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente público ou político detinha com o Poder Público na época do cometimento do ato ímprobo. Ademais, somente em relação ao enriquecimento ilícito, previsto no art. 9º, a normativa possibilitou ao magistrado, ainda que em caráter excepcional, estender a perda da função pública aos demais vínculos, consideradas as circunstâncias do caso e a gravidade da infração (GAJARDONI, *et al*, 2022).

Outrossim, ainda sobre o tema, o C. STJ, nos autos do AgInt no REsp nº 1.496.346, também firmou entendimento no sentido de não ser possível a cassação da aposentadoria, uma vez que não há previsão de tal sanção no artigo 12 da LIA, sendo necessário a observância da legalidade estrita (BRASIL, 2019b).

Encerrando a análise da perda da função pública, não há mais previsão de perda da função para os casos em que houver atentado contra os princípios da Administração Pública, apenas para as situações de enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário.

Já no tocante à suspensão dos direitos políticos, sabe-se que, por serem direitos de primeira dimensão, a Constituição Federal veda a sua cassação, todavia, estabelece algumas exceções, em um rol taxativo, dentre elas, nos casos de Improbidade Administrativa, art. 15, inciso V da CRFB/88, *in verbis*:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I – cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II – incapacidade civil absoluta; III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Dito isso, sabe-se que a Lei nº 14.230/2021 aumentou o prazo máximo de suspensão dos direitos políticos, antes a previsão máxima era de 10 anos, agora pode chegar até os 14 anos. Continuando, a suspensão antes devia estar entre um prazo mínimo e máximo – 8 a 10 anos para enriquecimento ilícito, 5 a 8 anos para prejuízo ao erário -, na hodiernidade, o magistrado pode determinar qualquer prazo de suspensão, desde que não supere os tetos de 14 e 12 anos, respectivamente (BRASIL, 2021a).

Outrossim, finalizando a questão da suspensão dos direitos políticos e da função pública, cabe mencionar que o artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa prevê que “a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória” (BRASIL, 1992). Ou seja, com a manutenção deste dispositivo pela nova normativa, o ente legitimado, ao elaborar os termos do Acordo de Não Persecução Civil não poderá trazer previsões sobre limitações dos direitos políticos dos agentes públicos, por expressa previsão legal e pela teleologia do instituto.

Por fim, da mesma forma que os atos de improbidade são separados, as punições são diferentes, de acordo com a ação cometida e com a finalidade que ela teve.

Em relação às hipóteses de enriquecimento ilícito, o inciso I do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa traz as seguintes punições para os tais atos: (a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; (b) perda da função pública; (c) suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos; (d) pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial; (e) proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, por prazo não superior a 14 anos (BRASIL, 2021a)

Já no tocante às hipóteses previstas no artigo 10 da lei, que trata do prejuízo ao erário, as punições são: (a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio (quando houver); (b) perda da função pública; (c) suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos; (d) pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano; (e) proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de até 12 anos (BRASIL, 2021a).

Findando a presente discussão, nas hipóteses de atentado contra a Administração Pública, tem-se as seguintes sanções: (a) pagar multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente; (b) proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de até 4 (quatro) anos (BRASIL, 2021a).

Assim sendo, diante das diversas mudanças promovidas pela Lei nº 14.230/2021, diversas benéficas aos agentes públicos, ante a natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa, em razão de ser parte integrante do Direito Administrativo Sancionador, e, por isso, devendo aplicar os princípios constitucionais ali postos, passasse a questionar a retroatividade (ou não) da normativa supracitada.

3.3. Da (ir)retroatividade da Lei n. 14.230/21

Em meados de agosto de 2022, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário de Agravo nº 843.989 e, entre outros pontos, decidiu sobre a aplicação retroativa ou não da Lei 14.230/21. Isto porque, como já asseverado algumas vezes nesta pesquisa, o art. 1º, § 4º da nova lei afirma que se aplicam ao sistema de improbidade os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. Dito isso, à luz dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador a nova normativa poderia retroagir a atos passados para beneficiar o agente público.

Ou seja, como aduzido em capítulo anterior, não há dúvidas de que, no âmbito penal, vigora, em sua plenitude, o princípio da retroatividade da norma benéfica, em homenagem a garantias constitucionais expressas, sendo uma razoável e racional política jurídica de proteger valores socialmente relevantes, isto é, a estabilidade institucional e a segurança jurídica das relações punitivas. Ora, se esta é a política do Direito Penal, não haverá de ser outra a orientação do Direito Punitivo em geral, notadamente do Direito Administrativo Sancionador, dentro do devido processo legal (MEDINA, 2000).

Em outras palavras, como defende Fábio Medina (2000), diante de uma mudança nos padrões valorativos da sociedade, por meio da atividade legiferante, nada mais razoável do que

estender essa mudança ao passado, reconhecendo uma evolução do padrão axiológico, preservando-se, assim, o princípio constitucional da igualdade e os valores relacionados à justiça e à atualização das normas jurídicas que resguardam direitos fundamentais. Isto porque, o engessamento das normas defasadas não traria nenhuma vantagem social. Nessa senda, a retroatividade decorre de um imperativo ético de atualização do Direito Punitivo, em face dos efeitos da isonomia (MEDINA, 2000).

Dentro dessa linha, passou-se a defender, no ARE nº 843.989/PR, a retroatividade dos pontos benéficos da lei de improbidade, em razão da extinção da modalidade culposa, tendo por base, o artigo 5º, XL, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que preceitua que a lei penal favorável retroagirá para favorecer o réu e a jurisprudência pátria. O Superior Tribunal de Justiça, em diversos momentos, indicou a possibilidade da retroatividade das normas benéficas posteriores no âmbito do Direito Sancionador, como pode ser observado no Recurso em Mandado de Segurança (RMS) nº 37.031/SP, da relatoria da ministra Regina Helena Costa, julgado em 08.02.2018.

Por outro lado, como defendeu o Ministério Público de São Paulo, nos autos do ARE 843.989, atuando como *amicus curiae*, ainda que se possa identificar feição sancionatória na responsabilização por improbidade administrativa, característica, ademais, não exclusiva ao direito penal, tal circunstância não autoriza subverter a opção do poder constituinte em inserir as ações de improbidade administrativa no âmbito da responsabilidade civil. Além disso, continua o ente ministerial,

A retroatividade das leis é hipótese excepcional no ordenamento jurídico, inexistindo na Lei nº 14.230/2021 disposição expressa admitindo sua aplicação pretérita, incidindo, portanto, o princípio do *tempus regit actum*. Esse entendimento encontra fundamento no art. 5º, XXXVI, da CF e no art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (LINDB), cujas disposições estabelecem que as alterações promovidas por diploma normativo superveniente não alcançam o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. O art. 1º, § 4º, da Lei nº 14.230/2021, ao prever a aplicação ao sistema de improbidade administrativa, “dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”, não afasta a natureza civil das sanções do ato de improbidade administrativa, prevista no art. 37, § 4º, da CF (SÃO PAULO, 2022, on-line).

Pois bem. No ARE 843.989/PR, cujo julgamento restou concluído em 18 de agosto de 2022, o STF pacificou o seu entendimento sobre a aplicação do mencionado artigo 1º, § 4º da Lei nº 8.429/92, alterado pela Lei nº 14.230/21, decidindo pela irretroatividade da lei, exceto para os casos culposos abarcados pela lei de improbidade administrativa e que ainda não tenham transitado em julgado.

Em seu voto divergente, o ministro Gilmar Mendes apontou que o artigo 17-D da nova lei de improbidade administrativa é expressa ao afirmar que a ação de improbidade tem caráter sancionatório, destinando-se à aplicação de sanções pessoais, não sendo uma ação civil. Dito isso, não há razão para não aplicar toda a sistemática dos princípios relacionados com o Direito Sancionador. Dessa forma, posicionou-se pela retroativa das normas materiais da LIA, em especial, aquelas relacionadas com as sanções pessoais. Logo, pode-se dizer que Gilmar Mendes posicionou-se ao que foi severamente defendido e explanado nesta pesquisa.

Sobre a posição adotada pelo E. Supremo Tribunal Federal, cabe destacar o disposto por Lenio Streck (2022, on-line):

Ora, se a retroatividade da lei mais benéfica é um princípio ínsito ao Direito Sancionador — e com assento constitucional — não há (ou pelo menos não deveria haver) margem para dúvida quanto a retroatividade da Lei 8.429/92 em face das alterações promovidas pela Lei 14.230/21. Significa dizer, portanto, que o ponto de partida sobre a discussão acerca da retroatividade da Lei de Improbidade Administrativa deve se dar a partir do princípio de que a lei mais benéfica retroage para beneficiar o réu. Esse é o ponto. O argumento do ministro Alexandre de Moraes de que a corrupção corrói a República é válido no plano da moralidade, mas em uma democracia a moral não pode filtrar o Direito; é o Direito que deve filtrar os juízos morais. É disso que se trata, portanto.

Dito isso, continua o ilustre doutrinador “No Brasil, por vezes um *easy case* (caso fácil) é transformado em um *hard case* (caso difícil). E, pior, por vezes se torna um *tragic case* (caso trágico)” (STRECK, 2022, on-line).

Por fim, assim restou consignado a tese formada pelo E. STF:

1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se – nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA – a presença do elemento subjetivo – DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa –, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei (BRASIL, 2022b, on-line)

Assim, ressalvado as críticas postas sobre o posicionamento do E. STF no ARE nº 843.989/PR, no tocante aos Acordos de Não Persecução Civil, entende-se que, diante da decisão ora aferida, é plenamente possível a sua aplicação para extinguir aquelas ações que ainda não transitaram em julgado, desde que o ente legitimado, ante o interesse público posto, julgue ser frutífero. Dito isso, passa-se a analisar com mais parcimônia o ANPC.

4. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL

Pelo exposto até aqui, notou-se o impacto da reforma legiferante, com as alterações promovidas pela Lei n.º 14.230/2021 na tutela da probidade, em razão da associação aos princípios constitucionais do direito sancionador, e ao reformular normas processuais e materiais, como a supressão da modalidade culposa e a delimitação do conceito de dolo.

Objetiva-se, agora, descrever, com mais detalhes, outra modificação ocorrida e objeto da presente análise, notadamente a inclusão do artigo 17-B à Lei n.º 8.429/1992, que disciplina o acordo de não persecução civil no âmbito da improbidade administrativa. Isto porque, embora a nova normativa tenha tentado estabelecer um procedimento a ser seguido nos ANPC, ainda permanecem um conglomerado de lacunas, das quais despontam uma série de aspectos controvertidos. Dessa forma, será apresentada as novidades legais e suas principais problemáticas.

Para melhor racionalizar o estudo da procedimentalização da avença, após a edição da normativa supracitada, ante a limitação espacial do presente trabalho, será perquirido, neste capítulo, algumas características inerentes e necessários, para a segurança jurídica e eficiência do instituto, na propositura do Acordo de Não Persecução Civil, a saber: (i) breve contextualização da aplicabilidade do acordo, dado os limites objetivos e subjetivos; (ii) de quem seria a legitimidade para a propositura da avença; (iii) a necessidade de anuência ou não do ente público interessado; (iv) o momento da propositura do acordo; (v) os novos requisitos trazidos pela Lei nº 14.230/21 e, por fim, (vi) a homologação do magistrado.

4.1. Do breve retrospecto da aplicabilidade do acordo

Em se tratando de métodos autocompositivos para resolução de conflitos no âmbito da improbidade administrativo, até recentemente, parte da doutrina, em conjunto com a legislação vigente, entendia ser incabível a celebração de acordos, tendo em vista a vedação expressa contida na redação originária do artigo 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992, além de uma interpretação superficial do interesse público e da sua indisponibilidade, como visto em tópico anterior.

Ocorre que, os métodos consensuais foram tomando forma e força em diversas searas do Direito brasileiro, especialmente no Processo Civil, mostrando seu enorme potencial para solução de conflitos. Nesse sentido, no próprio Direito Administrativo foi sendo observado que soluções transacionadas poderiam não só proteger o interesse público, mas também fazê-lo de forma mais eficiente (DRUMMOND, 2022).

Dessa forma, como bem assevera Rafael Costa e Renato Barbosa (2022), diante da eminente busca da efetividade dos direitos e das garantias fundamentais, passou-se a levar em conta a necessidade de superação da tradição demandista de acesso ao Poder Judiciário na esfera da probidade administrativa, para alcançar novas formas de resolução de conflitos, com a utilização de meios autocompositivos, em uma evidente observância à ideia de Justiça Multiportas.

Isto posto, em meados de 2019, foi publicado o Pacote Anticrime que, dentre tantas alterações, previu o Acordo de Não Persecução Civil, que nada mais é do que um instrumento consensual na qual se busca encerrar uma ação de improbidade administrativa ou impedir o seu início, mediante o cumprimento e fixação de algumas condições. Dito isso, o Pacote Anticrime acabou atualizando a redação do artigo 17, §1º da Lei 8.429/92, “§ 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução civil, **nos termos desta Lei**”. (BRASIL, 2019c, grifo nosso). Nessa senda, surgiu a dúvida sobre a aplicabilidade do mesmo, ante o final do *caput*.

Como bem se sabe, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a necessidade de integração entre as normas, uma vez que o Poder Judiciário não pode deixar de julgar uma demanda sob o argumento de que o direito não tem solução para a situação. Isto é, uma clara vedação ao *non liquet*. Ou seja, como a LIA não abordou, em um primeiro momento, nada sobre o procedimento do ANPC, ficou a seguinte dúvida: Caso o Ministério Público ou ente interessado propusesse um Acordo de Não Persecução Civil, o Poder Judiciário poderia homologá-lo ou não?

Na época, a doutrina, em especial o Dr. Gajardoni ([et al], 2020) começou a se movimentar para buscar uma solução a tal indagação. Assim, para o doutrinador haveria, em tese, duas possíveis resposta a tal indagação. Em um primeiro momento, a partir de uma interpretação literal da normativa, o Acordo de Não Persecução Civil não poderia ser aplicado, uma vez que a lei supramencionada, de fato, não trouxe os termos para a aplicação.

Nesse sentido, em meados de 2020, a Segunda Turma do STJ pronunciou, mais especificamente no REsp 1.464.287/DF, a respeito da aplicabilidade dos termos procedimentais previsto na delação premiada e no acordo de leniência, em sede de ação de improbidade administrativa. No recurso, o Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho conferiu interpretação restritiva aos referidos institutos à esfera penal, nos termos do sobredito art. 17, § 1º, da LIA, indicando a inaplicabilidade do Acordo de Não Persecução Civil, enquanto a Lei nº 8.429/92 não dispor os “termos” para que o mesmo seja proposto. Nas palavras do eminente Ministro:

A transação e o acordo são expressamente vedados no âmbito da ação de improbidade administrativa (art. 17, § 1º, da Lei 8.429/1992), ainda que entenda oportuno o debate pelo Congresso Nacional sobre o referido dispositivo legal, a fim de analisar sua atualidade, pertinência e compatibilidade com normas sancionatórias que preveem a possibilidade de acordo de não-persecução penal (BRASIL, 2020d, *on-line*).

Por outro lado, utilizando-se do filtro constitucional na análise das normas, isto é, em se tratando de direito público, a estrita observância aos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade do interesse público, como bem asseverado em tópicos anteriores, o acordo tende a ser mais eficiente para Administração Pública do que o próprio processo judicial, vide a Meta Nacional nº 4 de 2019 do CNJ. Nessa linha seguiu o Ministro Benedito Gonçalves, da 1ª Turma STJ no AREsp 1.314.581/SP (BRASIL, 2021d), em fevereiro de 2021, foi favorável a propositura do ANPC.

Assim, hodiernamente, quando se fala em lacuna no Direito, não se quer dizer que o ordenamento jurídico, como um todo, é lacunoso, haja vista a superação da pretensão de completude lógica, quiçá autopoietica, defendida pela Escola da Exegese (MAGALHÃES FILHO, 2009), mas sim que parte dele o é, sendo possível, portanto, à luz de uma interpretação sistemática, a sua integração.

Logo, na época, a posição predominante, tanto na doutrina, como nas instituições, os Ministérios Públicos Estaduais e da União, foi pela aplicação do Acordo de Não Persecução Civil, no caso concreto. Aliás, um dos primeiros ANPC foi realizado, logo no início de 2020, poucos meses depois da publicação da Lei Anticrime, pelo Ministério Público Federal em Goiás (GOIÁS, 2020, *on-line*).

Nesse acordo, como não se tinha as diretrizes básicas determinadas pela Lei 8.429/92, o MPF utilizou das orientações da Resolução 179/2017 do CNMP, uma vez que o mesmo já admitia os Termos de Ajustamento de Conduta (TACs). Logo, conforme tal Resolução, a autocomposição poderia ser realizada, em respeito à supremacia do interesse público sobre o privado e à indisponibilidade do interesse público, desde que houvesse a reparação integral do dano e a aplicação de ao menos uma das penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa (GOIÁS, 2020, *on-line*).

Dessa forma, os órgãos Ministeriais começaram a elaborar, no decorrer de 2020, resoluções com o intuito de procedimentalizar o ANPC, estabelecendo parâmetros formais e materiais, em observância às demais legislações que versam sobre a autocomposição na Administração Pública, para a propositura. Sucede que, como cada Ministério Público estava elaborando sua própria Resolução, estabelecendo como base a Resolução do CNMP, poderia

acarretar uma “espécie” de insegurança jurídica nos casos concretos, diante de posições diferentes em relação parâmetros a serem observados.

Assim sendo, na ausência de regulação específica, como forma de responder eventuais indagações, restou estabelecido a utilização do microssistema jurídico, que versa sobre a composição na Administração Pública, para suprir as lacunas pontuais, a saber: a Lei n. 12.846/13; a Resolução nº 179/2019 do CNMP; a Lei de Mediação; a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; a Orientação nº 10 do MPF, e, por fim, a Resolução nº 1193/2020-CPJ, que disciplina o acordo de não persecução civil no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo (GAJARDONI ([et al], 2020).

Logo, tanto no campo de atuação do Ministério Público do Estado de São Paulo, quanto no campo do Ministério Público Federal, foram editadas resoluções que trazem parâmetros procedimentais e materiais para a celebração do ANPC. Como aludido, no âmbito do estado de São Paulo tem-se a Resolução 1193/2020-CPJ, e no âmbito federal a Orientação nº 10. Ambas regulamentando o disposto no artigo 17, § 1º, da LIA. Em outras palavras, ainda que a regulação estivesse incipiente, os Ministérios Públicos estavam atualizando-as com o fim de se evitar grandes discrepâncias na aplicação da ANPC.

A Lei nº 14.230/2021, para a efetividade da segurança jurídica, ao alterar significativamente a LIA, acabou regulamentando com mais detalhes o acordo de não persecução civil, fixando as bases do instituto e tecendo limites para sua aplicação. Tal inovação legislativa veio em momento oportuno, pois é de grande interesse para todos os envolvidos em ações de improbidade administrativa, desde o ente público lesado, até as empresas, sócios, acionistas, diretores e colaboradores, já que, em teoria, é uma ferramenta que tende a ser muito útil para a solução de alguns casos.

Assim sendo, por se tratar, em verdade, de negócio jurídico material e processual que objetiva responsabilizar o agente ímprobo pelas condutas praticadas, nos termos defendidos por Gajardoni ([et al], 2020), coube investigar a aplicação do acordo ante as novas premissas estabelecidas pela redação da Lei nº 14.230/2021, tendo em vista a inserção da LIA dentro do Direito Administrativo Sancionador e a efetividade do interesse público. À vista disso, passará a investigar a legitimidade para propositura do acordo, a posição do ente público lesionado, o momento da celebração da avença, os demais requisitos trazidos pela nova normativa e, por fim, a homologação judicial.

4.2. Legitimidade para a propositura do acordo

Como aludido, o Pacote Anticrime permitiu a possibilidade da propositura de um Acordo de Não Persecução Civil. Como bem assevera a doutrina, tal lei, embora muito “acanhado diante da revolução que o instituto iria causar” (PINHEIRO *et al.*, 2020, p. 30) resolvia a questão da legitimidade para a propositura do acordo. O termo “resolvia” está no passado, uma vez que, o Presidente da República, o senhor Jair Messias Bolsonaro, vetou, no sancionamento, o artigo 17-A. No caput de tal artigo, o Ministério Público poderia celebrar, conforme as circunstâncias do caso concreto, realizar o acordo. Em seguida, o artigo, em seus incisos, apresentava os parâmetros mínimos.

Ocorre que, o dispositivo, em sua literalidade, não trouxe a possibilidade da celebração do acordo pelos demais entes públicos interessados, isto é, as pessoas jurídicas de direito público que foram lesionadas com a conduta improba. E essa foi a razão do veto presidencial.

In verbis:

A propositura legislativa, ao determinar que caberá ao Ministério Público a celebração de acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa, contraria o interesse público e gera insegurança jurídica ao ser **incongruente com o art. 17 da própria Lei de Improbidade Administrativa**, que se mantém inalterado, o qual dispõe que a ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa pode ser proposta pelo Ministério Público e/ou pessoa jurídica interessada leia-se, aqui, pessoa jurídica de direito público vítima do ato de improbidade” (BRASIL, 2019c, on-line, grifo nosso).

Segundo o entendimento do Centro de Apoio Operacional da Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa do Estado do Ceará (CEARÁ, 2020), por não haver uma vedação explícita, na letra da lei, existiria a possibilidade da realização de acordo por parte dos entes jurídicos de direito público lesados pelo eventual ato improprio.

No mesmo sentido aponta Humberto Dalla (2020), para o autor o veto do presidente foi equivocado, uma vez que o legislador, ao redigir o *caput* do artigo 17-A, em nenhum momento vedou a possibilidade de propositura do acordo pelas pessoas jurídicas de direito público. Ao contrário, indicou que nos acordos propostos pelo Ministério Público, devem ser observados certos parâmetros. Como bem indica o doutrinador, os parâmetros levantados no artigo vetado são os mesmos mencionados na pelo CNMP, na Resolução nº 179/2017.

Tal posicionamento decorre do apontamento majoritário da doutrina, entre eles, Fernando Gajardoni (2022), Rogério Favreto (GAJARDONI *et al.*, 2020) e Sofia Campelo (2020), em haver a necessidade e permissibilidade, no âmbito da improbidade administrativa, do processamento da ação por parte do Ministério Público e da pessoa jurídica de direito público interessada. Não só da doutrina, mas também da lei, haja vista o caput artigo 17 da Lei 8.429/92.

Diante disso, seria indubitável a legitimidade concorrente para a propositura do Acordo de Não Persecução Civil.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em Recurso em Mandado de Segurança de nº 53.213/RS, concluiu que tal legitimidade decorre da teoria dos poderes implícitos, nas palavras do Relator, o Ministro Riberio Dantas:

[...] uma vez estabelecidas expressamente as competências e atribuições de um órgão estatal, desde que observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ele está implicitamente autorizado a utilizar os meios necessários para poder exercer essas competências (BRASIL, 2020c, *on-line*)

O CAO Cível e Tutela Coletivo do Ministério Público do Estado de São Paulo (SÃO PAULO, 2021, p. 56), ao se manifestar sobre a legitimidade para a propositura do acordo, afirmou categoricamente que os entes legitimados não são os “detentores da moralidade administrativa e do patrimônio público”, uma vez que são interesses transindividuais. Logo tais entes, apenas são “portadores adequados” desses interesses.

Corroborando com a tese firmada, é imprescindível, utilizando da analogia para preencher lacunas, a observação da Lei nº13.140/2015, que veio com o fim de regular a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. No artigo 32 da lei mencionada, tem-se que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, conforme o inciso II e III, respectivamente, “avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público” e “promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta” (BRASIL, 2015a).

Por fim, cabe evidenciar que Fábio Medina Osório (2000) elaborou a tese de que o Lei de Improbidade Administrativa faz parte do direito administrativo sancionador, logo tem caráter sancionatório. Dessa forma, o ANPC dispõe sobre a punição pela prática de atos, veementemente, contra a probidade administrativa. Com razão, a pessoa jurídica de direito privado que eventualmente possua legitimidade para a ação, não a terá para propor o acordo de maneira extrajudicial, afinal, a probidade é matéria de interesse público; logo, a mesma não pode estar sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade de um particular, pois como bem asseverou o MPSP, tanto o Ministério Público, quanto a pessoa jurídica de direito público são os “portadores adequados” da moralidade administrativa e do patrimônio público.

Ocorre que, com o advento da Lei nº 14.230/2021, ao invés de haver a inserção da legitimidade do ente público lesionado no artigo que versa sobre o ANPC, o legislador entendeu que seria melhor investir o Ministério Público na legitimidade exclusiva para a propositura da

ação de improbidade administrativa. Assim, entendeu o legislador reformador que, diante da independência funcional e os instrumentos que lhe foram outorgados pela Constituição – competência para promover o inquérito civil, expedir notificações, requisitar informações e documentos, ajuizar a ação civil pública, dentre outras – o Ministério Público seria o único órgão estruturado, legitimado e apto ao combate à corrupção por meio da referida ação e, por consequência lógica, da propositura do Acordo de Não Persecução Civil (GAJARDONI, *et al*, 2022). Verifica-se, então,

(...) o fortalecimento do Ministério Público, guardião constitucional da probidade, não apenas na atuação jurisdicional e extrajurisdicional, mas também no âmbito estrutural – ampliação dos recursos materiais e humanos agentes ministeriais, na forma do art. 23-A da Lei n. 8.429/1992,³⁶ –, inclusive por meio do fomento à formação continuada dos e do emprego de novas tecnologias da informação, de modo a permitir a célere apuração de violações ao ordenamento e a adoção de medidas em face de agentes ímprobos, vem ao encontro das necessidades da sociedade brasileira, que anseia por um país em que a corrupção não seja a regra. Em suma, fortalecer o Ministério Público significa atender aos interesses da coletividade, tornando mais eficiente o combate à corrupção (COSTA; BARBOSA, 2022, p. 44)

Nesse cenário, a ANAPE - Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e a ANAFE - Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais, por meio das ADIns 7.042 e 7.043, questionaram a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 14.230/21, que alterou a lei de improbidade administrativa, mais especificamente, artigos 17, caput e § 14, e 17-B, caput e §§ 5º e 7º, da Lei federal nº 8.429/1992, alterados e acrescentados pelo artigo 2º da Lei federal nº 14.230/ 2021, e dos artigos 3º, §§ 1º e 2º, e 4º, X, da mesma lei, *in verbis*:

Lei nº 8.429/1992 Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei. (...) § 14. Sem prejuízo da citação dos réus, a pessoa jurídica interessada será intimada para, caso queira, intervir no processo. (...)

Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados: (...) § 5º As negociações para a celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo ocorrerão entre o Ministério Público, de um lado, e, de outro, o investigado ou demandado e o seu defensor. (...) § 7º Em caso de descumprimento do acordo a que se refere o caput deste artigo, o investigado ou o demandado ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 5 (cinco) anos, contado do conhecimento pelo Ministério Público do efetivo descumprimento.

Lei nº 14.230/2021. Art. 3º No prazo de 1 (um) ano a partir da data de publicação desta Lei, o Ministério Público competente manifestará interesse no prosseguimento das ações por improbidade administrativa em curso ajuizadas pela Fazenda Pública, inclusive em grau de recurso. § 1º No prazo previsto no caput deste artigo suspende-se o processo, observado o disposto no art. 314 da Lei nº 13.105, de 16 de março de

2015 (Código de Processo Civil). § 2º Não adotada a providência descrita no caput deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

Art. 4º Ficam revogados os seguintes dispositivos e seção da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992: (...) X - §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 8º, 9º, 10, 12 e 13 do art. 17; (BRASIL, 2021, grifo nosso)

Tais dispositivos violaram, em tese, o disposto nos artigos 23, I, 37, caput e §4º, 129, I, III, IX e § 1º, 131 e 132 da CRFB/88, a saber:

Art. 23. É **competência comum** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; (...)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **obedecerá aos princípios** de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 4º **Os atos de improbidade administrativa importarão** a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (...)

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, **privativamente**, a ação penal pública, na forma da lei; (...) III - **promover o inquérito civil e a ação civil pública**, para a proteção do **patrimônio público** e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...) IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. § 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo **não impede a de terceiros**, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei. (...)

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a **instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente**, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. (...)

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, **exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas**. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (BRASIL, 1988, *on-line*, grifo nosso)

Ora, pela leitura dos dispositivos e pelo alegado pela Anafe e Anape (BRASIL, 2022c), para a guarda da Constituição Federal e dos princípios constitucionais orientadores da

Administração Pública, com destaque para a moralidade administrativa na sua forma qualificada (a probidade), foi constituído diversos órgãos para combater o fenômeno da corrupção, em suas variadas tipologias jurídicas, como os Tribunais de Contas, a Polícia Judiciária, o Ministério Público e a Advocacia Pública. Dito isso, tais atores estatais, até então, atuam juntos na detecção e prevenção e na responsabilização e punição dos responsáveis por atos ímprobos, gerando uma saudável multiplicidade de instâncias que devem harmonicamente tornar efetivo o estatuto punitivo e agora autocompositivo criado pela Lei nº 8.429/1992.

Nesse sentido, na versão original da Lei nº 8.429/1992, o ente público lesado tinha a legitimidade ativa para ação civil pública por ato de improbidade administrativa, inclusive para requerer provimentos cautelares ou antecipatórios de prova. Dessa forma, no exercício da atividade repressiva, os procuradores dos Estados e do Distrito Federal, junto com os membros da AGU e os seus órgãos vinculados promoviam ações civis públicas por improbidade administrativa contra os envolvidos em malversação de verbas públicas.

Entretanto, com a inserção da Lei nº 14.230/2021 no ordenamento pátrio, restou suprimido a legitimidade ativa das pessoas jurídicas de direito público interessadas, transformando os entes públicos lesionados em meros coadjuvantes no combate à improbidade administrativa. Não só isso, mas como também acabou excluindo os lesados da relação negocial de não persecução civil, além de suspender a tramitação das ações ajuizadas pelas Fazendas Públicas e converteu-as em demandas disponíveis e condicionadas ao silêncio ou manifestação de interesse do órgão ministerial no prazo de 1 (um) ano a contar da vigência da normativa (BRASIL, 2022c).

Ao assim proceder, conforme alega as Associações (BRASIL, 2022c) o legislador reformador acabou impedindo o exercício do dever-poder da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de zelar pela guarda da Constituição e das leis e de conservar o patrimônio público, compreendido no seu sentido amplo, que abarca a reserva moral e ética da Administração Pública brasileira, violando, por decorrência lógica e jurídica os artigos 23, I, 37, caput e § 4º, 129, I, III, IX e § 1º, 131 e 132 da CRFB supracitados, cuja combinação impede o inegável retrocesso que nesse ponto a Lei nº 14.230/2021 representa para o combate à improbidade no país.

Isto porque, como bem preceitua José Afonso da Silva (2000), a probidade administrativa ao ser inserida no artigo 37, § 4º, da CRFB/88, acaba configurando forma de moralidade administrativa qualificada constitucionalmente, em razão das graves e simultâneas consequências à credibilidade do ente público e às esferas civil, política e administrativa dos agentes ímprobos. Por isso, os mecanismos institucionais de persecução civil dos atos de

improbidade administrativa devem ser os mais abrangentes, integrados e eficientes possíveis, de modo que Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2006) advogam no sentido de que a legitimação ativa das pessoas jurídicas referidas na versão original do caput do artigo 17 da Lei nº 8.429/1992, uma vez demonstrada a pertinência temática, encontrava fundamento no teor do artigo 23, I, da CRFB/88, que impõe o dever dos entes federados de também zelar pelo patrimônio público, compreendido este no seu sentido mais largo, *in verbis*:

Quais seriam as “pessoas jurídicas interessadas” a que se refere a norma constitucional no art. 17, caput, da Lei nº 8.429/92? A princípio, aquelas mencionadas no caput do art. 1º, quais sejam, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por sua administração direta, indireta ou fundacional, legitimação que decorre do art. 23, I, da Constituição Federal, regra que impõe a tais entes o dever de zelo pelo patrimônio público. Por evidente, estão as pessoas de direito público legitimadas a agir relativamente a condutas ímprobas que tenham repercutido efetivamente em seu patrimônio, material ou moralmente considerado, não guardando qualquer sentido, por exemplo, que a União Federal ajuíze uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa verificado em detrimento do Estado, e vice-versa. É o que a doutrina denomina de pertinência temática, aspecto relacionado, segundo pensamos, ao próprio interesse de agir (GARCIA; ALVES, 2006, p. 639)

Nesse contexto, a exclusividade da ação pelo Ministério Público representaria uma violação ao princípio da vedação do retrocesso, que, em linhas gerais, impossibilita qualquer supressão ou limitação de direitos fundamentais já incorporados ao ordenamento. Essa garantia se coaduna com os princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica e estabelece dever de progressividade mais abrangente que as matérias sociais, econômicas, culturais e ambientais. Nesse sentido, tem-se Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 456)

(...) a proibição do retrocesso em sentido estrito não se manifesta apenas na esfera dos direitos fundamentais sociais (ou das normas programáticas em matéria de justiça social em geral) mas diz com a possibilidade de limitar a autorreversibilidade de medidas do poder público que tenham concretizado direitos fundamentais em ainda geral, ainda que o problema indubitavelmente maior relevância no campo dos direitos sociais e que este tenha sido o enfoque priorizado neste estudo.

Ou seja, a legitimidade ativa concorrente torna-se de suma importância pela busca da concertação institucional que gera segurança jurídica social. Assim, na visão das Associações (BRASIL, 2022c), do ponto de vista da Magna Carta, o Constituinte Originário não pretendeu reduzir legitimados, mas exigir a postura de diálogo e atuação concertada interinstitucional. Por causa disso, o combate a improbidade não deveria sofrer um processo de monopolização.

Por outro lado, nos autos das ações diretas de inconstitucionalidade, após serem devidamente intimados, o Presidente da República e o Senado federal prestaram informações.

Em síntese, o Presidente da República (BRASIL, 2022e, p. 07), afirmou que “as alterações na Lei de Improbidade Administrativa, conforme impugnadas pela requerente, não

passam de mero ajuste na legitimidade ativa para a propositura da ação, com a centralização da competência em favor do Ministério Público”. Diz tratar-se “de dispositivo legal de natureza processual que não impacta na essência do instituto, ou seja, os princípios constitucionais em pauta, especialmente a probidade, seguirão resguardados e sob o olhar atento do parquet”. (BRASIL, 2022e, p. 07). Ademais, não haveria “qualquer dano ao interesse público ou violação a princípios constitucionais, já que o Ministério Público competente manifestará interesse no prosseguimento das ações por improbidade administrativa em curso ajuizadas pela Fazenda Pública” (BRASIL, 2022e, p. 08).

Já o Senado Federal (BRASIL, 2022f, p. 01, grifo nosso) alegou:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. ENTIDADES QUE REPRESENTAM APENAS PARTE OU FRAÇÃO DA CATEGORIA PROFISSIONAL. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MODIFICAÇÕES. CONSTITUCIONALIDADE. ESPAÇO DE CONFORMAÇÃO LEGISLATIVA, PELO NÃO CONHECIMENTO E, NO MÉRITO, PELO JULGAMENTO IMPROCEDENTE. (...) 3. **A preocupação do legislador em atribuir legitimidade exclusiva ao Ministério Público para a propositura das ações de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil foi no sentido de, sem macular a política pública de combate à improbidade administrativa, minimizar os riscos de propositura de ações com desvio de finalidade, diante das graves consequências decorrentes das sanções por ato de improbidade.** 4. A defesa judicial do ato administrativo cuja legalidade foi atestada pelo órgão de assessoria jurídica, e mesmo assim foi questionado judicialmente (art. 17, § 20, da Lei nº 8.924/1992), é providência voltada para evitar o “apagão das canetas”, evitar o comportamento contraditório por parte da advocacia pública, para proteger a boa-fé objetiva dos administradores públicos. 5. A previsão de suspensão das ações por improbidade administrativa em curso ajuizadas pela Fazenda Pública para que o Ministério Público competente manifeste interesse no prosseguimento do feito (art. 3º da Lei nº 14.230/2021) atende ao art. 5º, inciso XL, da Constituição, que determina a retroatividade da lei mais benéfica ao réu. Há precedentes do STF nesse sentido. 6. Pelo não conhecimento e, no mérito, pelo julgamento improcedente.

Assim sendo, após o regular tramite do processo, em 31 de agosto de 2022, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o dispositivo da Lei nº 14.230/21 que assegura apenas ao Ministério Público a legitimidade para ajuizar ação de improbidade e celebrar acordo de não persecução civil, acatando as alegações da Anape e Anafe (BRASIL, 2022c), isto é, a retirada da permissão das pessoas jurídicas interessadas em ingressar com ações em proteção ao patrimônio público é medida que fere a Magna Carta, conforme voto relator do Ministro Alexandre de Moraes (BRASIL, 2022c): “O Ministério Público tem legitimidade extraordinária concorrente às Fazendas públicas para intensificar o combate à improbidade administrativa, jamais para substituir, englobar e diminuir essa proteção”.

Outrossim, cabe destacar o voto divergente do Ministro Nunes Marques, seguido por Dias Toffoli. O ínclito ministro considerou ser constitucional a legitimidade exclusiva ao MP, com

exceção das ações de ressarcimento ao erário, relativas ao art. 10 da LIA. Em sua visão, “quando existir prejuízo ao erário, há subsistência de legitimidade ativa concorrente entre o MP e as pessoas jurídicas interessadas para propositura de ações de ressarcimento e para celebração de acordos de não persecução” (BRASIL, 2022c).

Já para o ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2022c), a legitimidade das pessoas jurídicas interessadas se restringe à propositura de ações de ressarcimento e à celebração de acordos de não persecução civil com essa finalidade, afinal o poder legiferante considerou que o Ministério Público é o ente mais adequado e imparcial para conduzir ações de improbidade, enquanto os entes públicos prejudicados atuam, por diversas vezes, vinculado à eventuais alternâncias no comando do ente.

Assim sendo, com supedâneo no exposto, com os altos e baixos entre a vedação do *caput* do art. 17-A, as alterações promovidas pela Lei 14.230/21 e a declaração de inconstitucionalidade de tais mudanças, no hodiernidade, tanto o Ministério Público, quanto as pessoas jurídicas de direito público que tenham legitimidade para o ajuizamento da respectiva ação de improbidade administrativa, podem celebrar os Acordos de Não Persecução Civil. Por fim, com base no fortalecimento da proteção do patrimônio público e aumento dos instrumentos de controle, pelos motivos já narrados, agiu de forma frutífera o STF, na visão da presente pesquisa, ao corrigir a distorção proporcionada pela nova normativa.

4.3. Anuência do ente público

Superada a questão da legitimidade para a propositura do ANPC, percebe-se um novo embate, a anuência do conteúdo do avença pela pessoa jurídica lesada naqueles acordos que a iniciativa foi do próprio Parquet.

A priori, cabe esclarecer que, para a celebração do acordo extrajudicial, por parte do ente lesado, como bem assevera (PINHEIRO et al., 2020), há a necessidade de um procedimento administrativo formal, em respeito ao artigo 14 da Lei nº 8.429/92. Feitas as diligências corriqueiras para a apuração fática, no momento em que surgir a possibilidade de tratativas para a confecção do ANPC, deve-se garantir a participação obrigatória do Ministério Público em todo o contexto da negociação, uma vez que, por expressa previsão constitucional, no artigo 127 da Magna Carta de 1988, tal órgão é o fiscal da ordem jurídica, sendo necessária a sua participação, sob pena de nulidade. Em consonância, tem-se a Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992), em seu artigo 15 assevera: “A comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade”.

Já em relação ao ANPC proposto no transcurso de processo judicial, pressupõe que o Ministério Público já esteja participando do entrave processual, ao menos, como fiscal da ordem jurídica. Todavia, indica Rogério Favreto (GAJARDONI, *et al*, 2020, p. 372), “a anuência do Ministério Público não é condição para a realização do acordo pela pessoa jurídica de direito público interessada, diante da legitimidade própria conferida pela própria legislação”.

Diante desse posicionamento do doutrinador, caso o *Parquet* não concorde com o ANPC, mas o juiz o homologue, haverá a possibilidade de anular ou reformar tal avença por meio da via recursal. Nesse sentido aponta a Resolução de nº 1193/2020-CPJ do Ministério Público do Estado de São Paulo (SÃO PAULO, 2020, *on-line*):

Art. 5, § 5º. Nas ações por improbidade administrativa promovidas pelos demais legitimados, nas quais se pleitear a homologação de acordo judicial em desconformidade com o disposto na presente Resolução, o membro do Ministério Público que atuar como fiscal da ordem jurídica deverá manifestar-se fundamentadamente contra esta pretensão e, se for o caso, adotar as medidas processuais cabíveis na hipótese.

Em resumo, quando a pessoa jurídica de direito público é a autora de eventual ANCP, tanto a Constituição Federal, quanto a Lei de Improbidade Administrativa expressam a necessidade e obrigatoriedade da participação do Ministério Público, embora a anuência do mesmo não seja condição obrigatória.

Todavia, não há uma posição consolidada em relação a necessidade de anuência da pessoa jurídica de direito público lesionada no Acordo de Não Persecução Civil em que o Ministério Público patrocine exclusivamente, acarretando entendimentos diversos. Nota-se que, o art. 17-B, § 1º, especifica as exigências formais para a celebração do acordo de não persecução civil, uma delas está presente no inciso I, isto é, a negociação depende da “oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação”.

Ora, cabe destacar a posição do Senado Federal – em sua prestação de informações nos autos das ADI’s nº 7.042 e 7.043 - sobre a participação do ente público lesionado nos acordos de não persecução civil:

A opção do legislador foi por não dar ao ente federativo lesado o poder de impedir a geração de efeitos do acordo, tampouco conferir-lhe poder para negociar sozinho o acordo de não persecução civil, diante da natureza sancionatória da ação de improbidade administrativa” (BRASIL, 2022f, p, 17)

No âmbito do Ministério Público Bandeirante, na Resolução de nº 1193/2020-CPJ, preceitua o artigo 5, XIV: “Oitiva do ente federativo lesado, se o caso, não se exigindo, contudo, sua aquiescência como requisito de validade ou eficácia do acordo” (SÃO PAULO, 2020, *on-line*). Nesse teor, o Ministério Público do Estado de São Paulo requer a participação do ente

público lesionado nas tratativas do ANPC, mas não fica dependendo de sua anuência para o acordo ser válido e eficaz.

Entretanto, entendimento diverso possui o Ministério Público Federal, que, em sua Orientação nº 10, art. 17, § 1º, preceitua:

Art. 17 Antes de sua celebração, o Membro do Ministério Público Federal **notificará o ente público ou governamental lesado** pela improbidade administrativa para que, através de sua representação extrajudicial e judicial, se manifeste sobre o ANPC, em prazo razoável. §1º Havendo concordância quanto à solução proposta sobre os fatos objeto do Inquérito Civil, o Ministério Público Federal poderá celebrar o ANPC em conjunto com a entidade lesada, ambas como partes signatárias originárias. (BRASIL, 2020a, *on-line*, grifo nosso).

Ou seja, no âmbito da Justiça Federal, além da expressa necessidade da participação do ente público interessado/lesionado – requisito posto pela Lei nº 14.230/2021 -, no decorrer das tratativas, no Acordo de Não Persecução Civil. Isto posto, ante a anuência da pessoa jurídica lesionada, haverá a celebração da avença em conjunto com a entidade lesionada.

Discorrendo sobre o assunto, o professor Rogério Favreto (GAJARDONI *et al*, 2020) rememora de um precedente que tende a causar um impacto e orientar a presente discussão, usando o instrumento da analogia. Assim, tem-se que, em meados de 2017, o TRF-4 anulou um determinado Acordo de Leniência que foi patrocinado exclusivamente pelo Ministério Público Federal, sem a devida participação dos Órgãos competentes/lesionados da União. Para a Relatora Desembargadora Vânia Hack de Almeida, em âmbito federal:

[...] 10. A autoridade competente para firmar o acordo de leniência, no âmbito do Poder Executivo Federal é a Controladoria Geral da União (CGU). 11. Não há impedimentos para que haja a participação de outros órgãos da administração pública federal no acordo de leniência como a Advocacia Geral da União, o Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas da União, havendo, portanto, **a necessidade de uma atuação harmônica e cooperativa desses referidos entes públicos.** 12. **O acordo de leniência firmado pelo Grupo Odebrecht no âmbito administrativo necessita ser re-ratificado pelo ente competente, com participação dos demais entes, levando-se em conta o ressarcimento ao erário e a multa, sob pena de não ensejar efeitos jurídicos válidos** (GAJARDONI *et al*, 2020, p.371, grifo nosso).

Em outras palavras, o Acordo de Leniência precisou ser ratificado pelos entes da União, pois nas tratativas, o ente lesado não participou e, eventualmente, se sentiu ofendido, levando tal descontentamento ao Poder Judiciário. Logo, a partir de então, os pactos celebrados visando o ressarcimento de atos ímprobos, que envolvam empresas e grupos econômicos da União, passou a ser necessário a participação do ente jurídico lesionado e seu consentimento.

Além disso, o inciso IX do artigo 129 da CRFB/88 veda ao Ministério Público representar judicialmente as entidades públicas, o que reforça a necessidade de incluir a pessoa jurídica de direito público lesada, representada por seu órgão de Advocacia Pública, não apenas no polo

ativo da ação de improbidade administrativa, mas sobretudo na relação negocial estabelecida para o acordo de não persecução civil, sob pena de cercar solução negocial tão séria de insegurança jurídica.

Assim sendo, para o doutrinador em comento, socorrendo da analogia, torna-se essencial, nos Acordos de não Persecução Civil, a presença do ente lesado nas tratativas das avenças, afinal tal ANPC afeta direta e intrinsecamente a pessoa jurídica lesada. À guisa de conclusão, pode-se afirmar que, diante da alteração legislativa, torna-se imprescindível a participação do ente público lesionado, todavia o mesmo não ocorre com a sua concordância. O ideal seria a anuência pela pessoa jurídica, todavia, caso não consiga, ao menos, o membro do Ministério Público deverá colher uma “Não Oposição ao Acordo”, uma vez que, um descontentamento futuro do ente lesionado engendrará num processo judicial, que não é a finalidade deste instituto, haja vista que ele almeja a celeridade na tutela da probidade administrativa.

Entretanto, cabe explicitar que, como a Lei nº 14.230/2021, até meados de agosto de 2022, previa que a exclusividade da ação e da propositura do acordo era apenas do Ministério Público, o que foi alterado pelo STF, nos autos das ADI's nº 7.042 e 7.043, ao que tudo indica, deve-se alterar a o regime da dependência ou não, e eventual subordinação à anuência ou “não oposição” da pessoa jurídica lesada. Dito isso, como já explicitado, pela própria finalidade do instituto autocompositivo, torna-se ideal para o presente trabalho, com o fim de evitar futuras ações judiciais, a anuência ou “não oposição” pela entidade lesionada.

4.4. Momento de celebração

O acordo de não persecução civil, conforme entendimento de boa parte da doutrina, em especial Gajardoni (2020), e do Ministério Público de São Paulo (SÃO PAULO, 2021) e do Ceará (CEARÁ, 2020), tem natureza de negócio jurídico, uma vez que ele depende da clara e livre manifestação de vontade das partes, submetendo-se, então, as condições de existência, validade e eficácia apresentadas na normativa civilista. Todavia, há um limite, por se tratar de direito material público, torna-se imprescindível que o membro do Ministério Público, ou da pessoa jurídica interessada, tenha observância aos princípios da Administração Pública. Isto é, o negócio jurídico será limitado pelo regime do direito público.

Por tais razões, o acordo de não persecução civil tornará específica a forma de incidência da norma a depender do concreto, surgindo a possibilidade da realização do negócio jurídico tanto na fase extrajudicial, durante os procedimentos de investigação, quanto na fase judicial, a depender do interesse público. Em outras palavras, a título de exemplificação, o Ministério Público poderá, a partir de um juízo de conveniência e oportunidade, ajuizar a ação de improbidade administrativa ou formalizar o ANPC, na fase extrajudicial ou no transcorrer da

ação judicial. Em suma, deve-se verificar qual a situação mais adequada, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Verifica-se, então, duas espécies do negócio jurídico sancionador, ora em estudo, a saber: (i) extraprocessual, cujo arcabouço normativo está na Lei nº 7.347/85 e, no caso do Ministério Público, regulamentado pela Resolução nº 179/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), não só isso, mas também previsto no âmbito do estado de São Paulo na Resolução 1193/2020-CPJ, e no âmbito federal, na Orientação nº 10, além de expressa autorização no art. 17-B, § 4º da Lei de Improbidade Administrativa; (ii) judicial, cuja possibilidade também está explicitamente elencada na redação do artigo supramencionado.

Não resta dúvida que no primeiro caso, o negócio jurídico pode ser celebrado a qualquer momento da fase investigatória, desde que seja observada algumas questões, como bem ressalva, o CAO Cível e Tutela Coletiva do Ministério Público do Estado de São Paulo (SÃO PAULO, 2021, p. 5), o *Parquet* “deverá ponderar previamente e fundamentar se o acordo é mais vantajoso ao interesse público do que o ajuizamento da ação civil por ato de improbidade administrativa ou seu prosseguimento, no caso concreto”.

Nota-se, então, uma natureza discricionária da decisão de celebrar, ou não, o ANPC, que é reforçada pela Resolução 1193/2020-CPJ e Orientação nº 10 e pela própria redação dos dispositivos da Lei nº 14.230/2021. Logo, a propositura do acordo não é um direito subjetivo do acusado, mas sim prerrogativa do legitimado, podendo ser proposto/negociado em qualquer fase do procedimento investigatório. Nesse sentido argumenta o Senado Federal (2022f, p. 16):

O mesmo pode ser dito em relação ao disposto no art. 17-B da Lei nº 8.429/1992 incluído pela Lei nº 14.230/2021. O dispositivo prevê que o Ministério Público poderá celebrar acordo de não persecução civil, trazendo maior segurança jurídica para essa figura. Pela literalidade da norma, trata-se de uma faculdade do Ministério Público (não um dever), dependendo a celebração do acordo da presença das condições mínimas indicadas no dispositivo legal, quais sejam: o integral ressarcimento do dano e a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados.

Outrossim, caso o acordo de não persecução civil seja concluído em momento anterior ao ajuizamento da ação, o inciso II do art. 17-B, § 1º da Lei 8429/92, exige a aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis.

A maior discussão trazida pela doutrina, até a edição da Lei nº 14.230/2021, versava sobre o momento de celebração do ANPC na fase judicial, em razão da antiga redação do § 10-A, do art. 17, da Lei nº 8.429/92. *In verbis*: “Art. 17. § 10-A. Havendo a possibilidade de solução

consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias” (BRASIL, 1992).

Diante disso, havia duas correntes interpretativas da normativa supracitada que foram defendidas pelos juristas e serão explicitadas a seguir.

A primeira corrente era defendida pelo Dr. Igor Pinheiro ([et al], 2020). Segundo o jurista, no curso da ação judicial, o ente público interessado está sujeito a ocorrência de preclusão para a realização de acordo. Afinal, segundo o art. 17, § 10º-A, o legitimado tem até a apresentação da contestação pelo requerido para propor uma ANPC, pois, além da literalidade do dispositivo, o acordo de não persecução civil adentrou no ordenamento jurídico com o fim de se ter uma resolução célere das demandas.

Nessa perspectiva, nas palavras do promotor cearense, não é nada econômico e muito menos célere:

Permitir que o réu se valha de toda a marcha processual, com os recursos e incidentes quase intermináveis, para, após uma instrução desfavorável, mostrar-se “aberto ao acordo” que antes refutava por certeza de sua inocência ou por conveniências pessoais (como a proximidade de uma eleição), seria algo contra a própria essência do instituto e um prêmio a recalcitrância e comportamento contraditório (PINHEIRO et al., 2020).

Tal situação é perfeitamente factível, uma vez que, é da essência do ANPC ser muito mais vantajoso, afinal, caso não propicie ao acusado alguma vantagem, o instituto será inviabilizado nos casos concretos e esse não é o objetivo do legislador. Assim, nessa linha de raciocínio, caso o Réu perceba que irá perder a ação, depois de demandar toda a máquina do Judiciário, com o exercício pleno e incondicionado do contraditório e ampla defesa, engendrando vultuosos gastos para manter a máquina pública, poderia demonstrar interesse em um acordo. Diante disso, o espírito do instituto seria jurado de morte.

Nesse sentido, tem-se o AgInt no REsp n. 1.659.082/PB de 15/12/2020, na qual a Primeira Turma do STJ, que teve como Relator o Ministro Gurgel de Faria, defendeu o posicionamento supramencionado. Nas palavras do Relator:

Examinando o dispositivo em destaque, vê-se, sem dificuldades, que o legislador ordinário limitou a possibilidade da celebração de acordo no curso da ação de improbidade até a apresentação da contestação, evidenciando o esvaziamento da pretensão formulada pelo recorrente, à vista do atual momento processual (BRASIL, 2020b, on-line)

A segunda corrente, defendida por Gajardoni (*et al*, 2020), e a seguida pelo legislador reformador na Lei nº 14.230/2021, enfatiza que o ANPC poderia ser proposto e celebrado a qualquer momento do processo, uma vez que a modificação perpetrada pela Lei Anticrime, visa a aplicar na seara da improbidade administrativa o princípio da consensualidade punitiva, uma

diretriz expressa do atual sistema processual brasileiro. Partindo de uma interpretação sistêmica, o posicionamento defendido pelo Dr. Gajardoni é consentâneo com o sistema processual, afinal o próprio Código de Processo Civil, além de reafirmar expressamente a inafastabilidade de jurisdição (art. 3º, caput), também estimula a resolução consensual dos conflitos, haja vista a redação do art. 3, § 2º do CPC

Logo, nessa toada, não faria sentido, portanto, limitar temporalmente a aplicação desse instituto, afinal, cabe ao ente legitimado, em juízo de conveniência e oportunidade propor o acordo, não sendo um direito subjetivo do agente público. Ao que tudo indica, esse é o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, em leitura do art. 17-B, § 4º da Lei de Improbidade Administrativa. Segundo a Corte: “O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória” (BRASIL, 2021c).

Em 23/02/2021, na AREsp 1.314.581/SP, foi decidido que é possível acordo de não persecução civil no âmbito da ação de improbidade administrativa em fase recursal. Na ocasião, o Ministro-Relator Benedito Gonçalves afirmou que o entendimento anteriormente fixado no AgInt no REsp n. 1.659.082/PB se restringiria, apenas, ao prazo limite para requerer a suspensão do processo, isto é, do prazo para contestar, o que não impede, em tese, a homologação de acordo realizado, mesmo que o processo já esteja em fase recursal. Em tal julgado foi aberto vistas tanto ao Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, quanto ao Ministério Público Federal e ambos foram favoráveis à homologação, mesmo em fase recursal.

Já em meados de abril de 2022, sob a vigência da Lei nº 14.230/2021, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por meio do EAREsp 102.585, de relatoria do Ministro Gurgel de Faria, reviu o seu posicionamento, homologando um acordo de não persecução civil no âmbito de ação de improbidade administrativa em fase recursal. Com a decisão unânime, o colegiado homologou a avença entre o Ministério Público do Rio Grande do Sul e uma empresa condenada pela prática de ato de improbidade previsto no artigo 10 da Lei 8.429/1992 (BRASIL, 2022g).

Diante disso, pode-se afirmar, com a devida cautela, que o atual entendimento da Corte é no sentido de ser possível a propositura e homologação do ANPC em qualquer fase, ainda que já esteja em grau recursal. Nos dizeres do Ministro Gurgel Faria:

Não é demais ressaltar que a Lei n. 14.230/2021, que alterou significativamente o regramento da improbidade administrativa, incluiu o art. 17-B à Lei nº 8.429/92, trazendo previsão normativa explícita quanto à possibilidade do acordo em exame até mesmo no momento da execução da sentença” (BRASIL, 2022g, *on-line*).

Esse entendimento também está sendo defendido no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo e no Ministério Público Federal, afinal eles foram favoráveis ao acordo em âmbito recursal no AREsp 1.314.581/SP, além de haver, no caso do MPF, expressa previsão na Orientação nº 10. *In verbis*: “art. 27. O ANPC poderá ser celebrado [...], encontrando-se o processo **em fase de apelação ou reexame necessário** no Tribunal Regional Federal competente [...]” (BRASIL, 2020a, grifo nosso)

Por fim, ante a consensualidade entre os posicionamentos da doutrina, legislação e jurisprudência, pode-se dizer que há um consenso sobre a possibilidade de celebrar acordo em qualquer fase.

Cabe aqui, entretanto, ressaltar o argumento aduzido por Igor Pinheiro (2020). Ora a aplicação consensual das sanções é uma opção do ente legitimado, mas não um direito subjetivo do acusado. Dito isso, deixar transcorrer toda a fase investigatória e toda fase processual, a depender do caso, para ao final o acusado optar pelo acordo, tende a configurar o uso da máquina judicial como estratégia, que é antagônico a finalidade do instituto, além de atacar a boa-fé.

Entretanto, como disposto em todo corpo do presente trabalho, a nova dinâmica estabelecida pelo ordenamento jurídico brasileiro é pelo incentivo da consensualidade em qualquer momento, haja vista que resolver uma lide na base da consensualidade, tende a ser mais proveitoso na execução, pois as partes tendem a cumprir ao pactuado voluntariamente, ao contrário do que ocorre com uma eventual imposição judicial. Assim, instigar o acordo em qualquer fase judicial é, em outras palavras, efetivar a real reposição e restituição do erário vilipendiado aos cofres públicos, que foi um dos interesses primordiais do legislador.

4.5. Dos requisitos positivos e negativos para celebração do acordo após a Lei nº 14.230/2021

O membro do Ministério Público ou o ente público lesionado, legitimados para a celebração do acordo, em observância ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal, deve, inicialmente, verificar se o ANPC é mais vantajoso ao interesse público do que o ajuizamento da ação civil de improbidade administrativa ou a continuidade dela. Em tal análise, deve-se considerar, dentre os principais fatores, a provável duração do processo, a efetividade das sanções aplicáveis e a abrangência da responsabilização de agentes públicos e demais envolvidos no ilícito (GAJARDONI, *et al*, 2022).

Não resta dúvida, portanto, que, embora o ordenamento jurídico privilegie a resolução consensual do conflito, inexistente direito subjetivo à celebração do ANPC. O próprio Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

não há razão para retirar o feito da pauta virtual, uma vez que, além de não ser o acordo de não persecução cível um direito subjetivo do réu, o presente processo já ultrapassou a fase de análise dos fatos e provas (primeira e segunda instâncias), já tendo sido até mesmo julgado o agravo em recurso especial submetido a exame desta Corte Superior (que não ultrapassou sequer a admissibilidade recursal). (BRASIL, 2021c, *on-line*)

Uma vez ultrapassada essa primeira etapa, a celebração de acordos de não persecução civil deve seguir o disposto no art. 17-B, incisos I e II, da Lei de Improbidade Administrativa a, alterada pela Lei nº 14.230/2021. Dito isso, é preciso que do ANPC advenham, ao menos, os seguintes resultados: a) integral ressarcimento do dano; e b) reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados (BRASIL, 2021a).

Aliás, cabe destacar que não há intervenção do juiz na fase de celebração do acordo, mas apenas em um segundo momento, na sua homologação, que será melhor estudado no tópico 4.6. Em outras palavras, as negociações para a celebração do acordo ocorrem entre o Ministério Público e/ou ente público lesionado, de um lado, e, de outro, o investigado ou demandado e seu defensor, na estrita observância do artigo 17-B, § 5º, da Lei de Improbidade Administrativa.

Outrossim, da mesma forma que acontece no acordo de não persecução penal, aqui, na celebração do ANPC, devem ser considerados os seguintes aspectos previstos no artigo 17-B, § 2º, da LIA: i) a personalidade do agente; ii) a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade; e iii) as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso (BRASIL, 2021a).

Conforme preceitua Rafael Costa e Renato Barbosa (2022), no tocante aos requisitos para sua celebração, há duas categorias: positivos e negativo.

No que tange aos requisitos positivos – previstos no artigo 17-B, § 1º, da LIA – devem estar presentes cumulativamente na celebração: a) oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação; b) aprovação, no prazo de até sessenta dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação; c) homologação judicial, que será analisada no tópico seguinte.

Por outro lado, o requisito negativo constitui-se na vedação para que o investigado ou o demandado celebre novo acordo pelo prazo de cinco anos, contado do conhecimento pelo Ministério Público do efetivo descumprimento de acordo anteriormente celebrado, nos termos

do artigo 17-B, § 7º, da Lei de Improbidade Administrativa). Isto para evitar fraudes e falcaturas e objetivar a boa-fé na utilização dos métodos autocompositivos (GAJARDONI, *et al*, 2022).

Assim sendo, tecendo comparativo entre as recentes alterações promovidas na Lei nº 8.429/1992, em consonância com a Resolução n. 179/2017-CNMP e a Resolução n. 1193.2020-CPJ--MPSP, em uma leitura conjunta com os princípios e garantias do Direito Administrativo Sancionador, pode-se dizer que, para a celebração do acordo, deve ser estabelecido: a) o cessamento do envolvimento com o ato ilícito; b) o agente público deve assumir a responsabilidade pela reparação integral do dano sofrido pelo erário (artigo 1º, § 2º, da Resolução 179/2017-CNMP), tendo em vista a natureza irrenunciável do direito tutelado, inclusive no que tange à reparação do dano moral coletivo e do dano social, nota-se que, a própria Lei de Improbidade – art. 17-B, § 3º - exige que, para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deve ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de noventa dias; c) a realização de transferência não onerosa, em favor da entidade lesada, da propriedade dos bens, direitos e/ou valores que representem vantagem ou proveito direto ou indiretamente obtido da infração, se for o caso (artigo 1º, § 2º, da Resolução n. 179/2017-CNMP); d) submeter-se a uma ou algumas das sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, sob o critério da proporcionalidade e razoabilidade, após haver a devida individualização da conduta (artigo 1º, § 2º, da Resolução n. 179/2017-CNMP; e artigo 5º, inciso VIII, da Resolução n. 1193/2020-CPJ-MPSP);.

Aliás, por ser um instrumento autocompositivo, o ente ministerial ou o ente lesionada, podem estabelecer outros critérios, a título de exemplo: que o agente assuma a obrigação de colaborar amplamente com as investigações, promovendo a identificação de outros agentes, partícipes, beneficiários, localização de bens e valores e produção de outras provas, durante o curso do inquérito civil ou do processo judicial; ou, especificar, se for o caso, quais bens são necessários para a garantia do cumprimento das obrigações assumidas, os quais poderão permanecer indisponíveis, entre outros critérios (GAJARDONI, *et al*, 2022).

Por fim, cabe destacar também que, nos termos do artigo 17-B, § 6º, da Lei de Improbidade Administrativa, quando o ANPC for celebrado com pessoas jurídicas, ele pode contemplar, ainda, a “adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas” (BRASIL, 2021a). Isto porque:

Trata-se de busca pela prevenção da prática de atos de improbidade administrativa e harmonização entre as diferentes instâncias de consensualidade em matéria de ilícitos praticados contra a Administração Pública, sejam as de natureza penal – colaboração premiada e ANPP –, sejam as da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção – acordo de leniência (COSTA; BARBOSA, 2022, p. 200).

Assim sendo, uma vez seguido tais tratativas, passa-se o acordo para a última etapa, a homologação pelo magistrado.

4.6. Homologação

Em âmbito judicial, uma vez realizado todos os trâmites para a formação e confecção do acordo de não persecução civil, nunca houve dúvida para que ele tenha eficácia jurídica, deverá ser considerado como título executivo e, para isso, terá que ser homologado pelo magistrado.

Todavia, a mesmo pensamento não encontrava posicionamento consolidado no âmbito extrajudicial. Humberto Dalla Bernardino de Pinho (2020), asseverava que, caso o ANPC seja formado antes da persecução judicial, havia dois entendimentos extraídos de uma mesma fonte normativa que poderiam reger tema.

Na inteligência do artigo 3º, §2º da Lei de Mediação, haveria a necessidade de submeter o acordo à homologação judicial, tendo em vista a natureza indisponível do direito tutelado. Por outro lado, aplicando o art. 32, §3º, do mesmo diploma legal, haveria a dispensa da homologação, já que considera o acordo um título executivo extrajudicial.

Diante dessa divergência, adotando-se de uma interpretação sistêmica-teleológica, verificou-se que, como o objetivo do instituto, ora em estudo, é justamente a não participação do Poder Judiciário na solução do conflito, com o fim de tornar a resolução célere e vantajosa à Administração Pública, não haveria a homologação pelo magistrado. Dito isso, o Prof. Igor Pinheiro ([et al], 2020), ao estudar a questão à época da edição do Pacote Anticrime, acreditou que toda sistemática do termo de ajustamento de conduta ou compromisso de ajustamento de conduta deveria ser observado no acordo de não persecução civil.

Nessa toada, entendeu-se que o ANPC teria eficácia de título executivo extrajudicial, conforme o entendimento do CNMP, com supedâneo no artigo 784, inciso XII, do Código de Processo Civil, havendo a dispensa de qualquer espécie de homologação judicial, que, porém, pode ocorrer, conforme o entendimento do doutrinador supramencionado, no caso das partes pretenderem modificar a natureza do acordo para título executivo judicial ou se for adicionada qualquer condição/punição não previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Nesse cenário, conforme preceitua Flávia Baracho e Sérgio Henriques Zandona Freitas (2020), para os ANPC celebrados no curso do inquérito civil ou nos procedimentos preparatórios para a ação judicial, basta a homologação do Conselho Superior do Ministério

Público, seja estadual ou federal. No âmbito do estado de São Paulo, a Resolução 1.193/2020, por meio do artigo 5º, inciso XII, preceitua que a “advertência de que a eficácia do acordo extrajudicial estará condicionada a sua homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público, no prazo de até 60 (sessenta) dias e, na sequência, pelo órgão jurisdicional” (SÃO PAULO, 2021, *on-line*). Não só no Ministério Público de São Paulo, mas também no Ministério Público Federal, no artigo 49 da Resolução nº 10, havia a previsão de homologação pela instância superior, nos casos de ANPC extrajudicial.

Entretanto, mesmo com o posicionamento favorável de Igor Pinheiro (*et al*, 2020) e Gajardoni (2020), e pela adoção desse sistema pelos Ministérios Públicos, uma parcela da doutrina admitia ser inconstitucional a homologação pelo Conselho do Ministério Público e não pelo juízo, nos ANPC celebrados extrajudicialmente.

Conforme indica Souza e Freitas (2020, *on-line*), tal questão viola o direito amplo de acesso à justiça dos investigados, bem como impede o controle das avenças que tem como objeto a negociação de interesses públicos. Além disso, a homologação pelo órgão do Ministério Público contraria a vontade inicial do legislador que, ao redigir o art. 17-A, §5º da Lei n.º 8.249/92, posteriormente revogado, exigia a homologação judicial em todos os acordos celebrados.

Com a edição da Nova Lei de Improbidade Administrativa, colocou-se uma “pá de cal” em tal discussão, pois, restou estabelecido que, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa, o inciso III do art. 17-B, §1º condiciona a avença à homologação judicial.

Ocorre que, como já disposto anteriormente, caso o ANPC seja firmado em momento anterior ao ajuizamento da ação, o inciso II exige a aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis e, logo após, deverá passar pelo crivo do Poder Judiciário.

Por fim, em relação ao acordo de não persecução civil realizado no transcurso da ação de improbidade administrativa, conforme artigo 8º da Resolução 174/2017 do CNMP e artigo 4º do Ato Normativo nº 934/15-PGJ-CPJ-CGMP, de 15 de outubro de 2015, o Membro do Órgão Ministerial deverá instaurar um Procedimento Administrativo de Acompanhamento (PAA), referenciado ao respectivo processo judicial, em que serão documentados os atos negociais.

O magistrado, ao ser cientificado da instauração de tal procedimento, poderá, a requerimento do Réu em conjunto com o *Parquet*, suspender o processo até que se conclua às negociações; caso não esteja na fase de contestação, haverá a interrupção do prazo de tal petição

por 90 dias, como se assevera da inteligência do artigo 17, § 10-A; todavia, caso o processo esteja numa fase posterior a contestação, o entendimento do Ministério Público de São Paulo (SÃO PAULO, 2021) é que deverá ser postulado o pedido de suspensão do processo, com fundamento no artigo 313, inciso II e § 4º do referido artigo, do Código de Processo Civil. In verbis: “art. 313. Suspende-se o processo: II - pela convenção das partes; § 4º O prazo de suspensão do processo nunca poderá exceder 1 (um) ano nas hipóteses do inciso V e 6 (seis) meses naquela prevista no inciso II” (BRASIL, 2015a)

Após tais tratativas, não resta dúvida de que o ANPC deva ser homologado pelo magistrado, na qual, uma vez homologado, terá eficácia de título executivo judicial. A principal discussão nesse ponto seria saber o papel do juiz no ato de homologação. Em outras palavras, o magistrado deve fazer um controle meramente formal, analisando apenas quesitos formais, sabendo que, uma vez presentes, o acordo teria efeito automático, conforme se observa no artigo 200 do CPC; ou deveria fazer um controle material, isto é, o juiz atuaria no âmbito de conveniência e oportunidade do acordo, conforme dispõe o artigo 723, parágrafo único do Código Processualista Civil.

Até o momento da redação desta obra, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência não possuem uma posição consolidada sobre o papel do magistrado no ato de homologação de acordo de não persecução civil.

Apenas para efeito de comparação, cabe destacar o acordo de não persecução penal, trazida à baila também pela Lei n.º 13.964/2019. Tal instrumento consensual foi inserido no ordenamento jurídico no artigo 28-A do Código de Processo Penal. Realizando uma simples leitura da normativa, percebe-se que a referida avença, da mesma forma que o ANPC, está condicionada à homologação judicial, mas a regulamentação impõe a realização de audiência para verificação da legalidade do negócio jurídico e da voluntariedade do particular compromissário, que deve comparecer na presença do seu advogado, conforme o artigo 28-A § 4º, do CPP (NUCCI, 2019). Dito isso, caso o magistrado verifique situações consideradas inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições nele estabelecidas, devolve os autos ao Ministério Público para reformulação (art. 28-A, § 5º, do CPP). Por fim, caso os termos não sejam adequados, ou caso não atendam aos requisitos legais, a homologação poderá ser recusada, nos termos do art. 28-A, § 6º, do CPP. Em outras palavras, no ANPP, o juízo, ao homologar, realizará uma análise formal (legalidade do ato) e também material (mérito) do acordo (BITENCOURT, 2020).

A problemática está no fato do legislador reformador da Lei de Improbidade, nada dispor, como já aludido, sobre os termos da homologação. Ora, por decorrência lógica e jurídica, o

efeito de tal omissão é a ausência segurança jurídica às partes, uma vez que, pode acontecer de após o devido processo negocial, e eventualmente com compartilhamento de informações sigilosas, o acordo não ser convalidado pelo magistrado competente para homologá-lo e, assim, seja frustrada a solução consensual. E isto, traz consequências odiosas ao paradigma da consensualidade na Administração Pública.

Ante a similitude do ANPC com os acordos administrativos, mesmo eles sendo realizados pelo Ministério Público, em sua maioria, cabe destacar o posicionamento de Juliana de Palma (2014) sobre a homologação. A doutrinadora infere que no contexto consensualidade, necessariamente deve se estimular à construção de soluções consensuais pela própria Administração Pública. Em suma, como o ANPC está inserido numa realidade do Direito Administrativo Sancionador, em tese, a negociação de tais acordos administrativos deverão obedecer aos princípios que o norteiam, isto é, uma racionalidade processual, na qual se insere, entre tantos princípios, a lógica do devido processo formal e material, razoabilidade e proporcionalidade, entre outros já estudados em capítulo anterior. Diante disso, sustenta a referida autora que o controle da consensualidade deveria assumir um caráter eminentemente procedimental, sem adentrar no juízo de oportunidade e conveniência das cláusulas negociadas entre as partes (PALMA, 2014).

Pois bem. Juliana de Palma (2014) entende ainda que, não há óbice na extensão do controle ao mérito do acordo, desde que seja realizado de forma contida, fundamentalmente para examinar a motivação da decisão final, e a sua adequação no contexto do processo de negociação. Nessa senda, o magistrado, ainda que discorde dos termos acordados, se válidas e suficientes as razões de fato e de direito invocadas para motivá-lo, deverá convalidar o negócio jurídico firmado.

À vista disso, interpretando a forma de como foi realizado o ANPC presente no AREsp 1.314.581/SP, que permitiu a homologação do acordo em sede recursal, em conjunto com as normativas ministeriais, percebe-se que, como para a propositura da avença no curso da ação de improbidade pressupõe a instauração de um Procedimento Administrativo de Acompanhamento, o juiz apenas se atentaria ao parecer do Órgão Ministerial. Em outras palavras, o magistrado deverá fazer um controle formal, não perseguindo o mérito.

Outrossim, tem-se o posicionamento de Wilson Accioli de Barros Filho (2020, p. 62) que estabelece eventual atuação do magistrado na homologação com base na teoria dos negócios jurídicos. Para o autor, o plano de existência dos negócios jurídicos administrativos poderia se manter idêntico à teoria dos negócios jurídicos, isto é, com os mesmos elementos intrínsecos (forma, objeto e circunstâncias negociais) e extrínsecos (agente, lugar e tempo).

A diferença residiria no plano de validade, na qual estaria condicionado à competência e existência de autorização legal prévia à autoridade administrativa, bem como à finalidade do acordo, que deveria ser pública e em consonância com o texto normativo, e ao objeto, que deveria ser lícito, possível e determinado. Por fim, o plano eficácia seria, ao que o autor denominou parâmetros de produção de efeitos jurídicos dos acordos administrativos, a saber: “reserva de consenso; segurança jurídica, estabilidade, confiança legítima e boa-fé objetiva; juridicidade; devido processo legal formal e material; e deferência ao mérito pelos órgãos de controle” (BARROS FILHO, 2020, p. 62).

Fato é, como a normativa não trouxe nenhum elemento concreto para condicionar a homologação do Acordo de Não Persecução Civil. Diante disso, deve-se utilizar o entendimento disponibilizado pelo C. STJ, até então. Assim sendo, para o C. Corte, o papel do magistrado é o de evitar que seja homologado avenças decorrentes de fraudes, simulações e coações. Não só, mas como também, nos dizeres de Serrano (2019, p. 135), a “inobservância de balizadores objetivos de aplicação da sanção previstos em lei ou normas administrativas, bem como a ausência de proporcionalidade são passíveis de correção jurisdicional, não cabendo a escusa da discricionariedade administrativa”.

Nesse sentido, deve-se valorar o que foi acordado entre os interessados, não perpetrando tanto no mérito, mas averiguando se foi respeitado o consentimento do réu, uma vez que o judiciário deve ser útil ao cidadão, o protegendo de eventuais ilegalidades. Tal raciocínio, aliás, é muito parecido com as considerações de Juliana Bonacorsi de Palma (2014) sobre tema, principalmente no que diz respeito à necessidade de que o controle se concentre no processo negocial, e não propriamente no conteúdo do acordo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A elaboração do presente trabalho objetivou a análise de parâmetros úteis, mínimos e necessários à celebração do acordo de não persecução civil, em atenção ao seu novo regime jurídico, disciplinado pela Lei n.º 14.230/2021, objetivando a segurança jurídica na aplicação do instituto.

A priori, para atingir esta finalidade, restou deixar indene de dúvidas de que o consensualismo na administração pública não é diametralmente oposto ao interesse público. Isto porque, como foi possível observar nas lições de Celso Antonio Bandeira de Mello (2016), a categoria jurídica do interesse público é considerada o eixo central do regime jurídico-administrativo, sendo este um termo de difícil conceituação. Entretanto, após breve levantamento bibliográfico, notou-se que é no ordenamento jurídico positivo que se encontram os interesses que, segundo deliberação democrática da sociedade, por meio da atividade

legiferante, são reconhecidos como de dimensão pública. Em outras palavras, o interesse público, portanto, é resultado de uma escolha político-normativa. Todavia, também foi estabelecido que nem sempre é uma tarefa simples encontrar o interesse público no ordenamento. Assim, o instituto, muitas vezes, deve ser valorado no tempo e espaço a ser aplicado.

Nessa senda, nasceu-se a discussão sobre o fenômeno da consensualização do Direito Administrativo, que é uma das mais marcantes mudanças pela qual tem passado essa disciplina no Brasil nos últimos anos, com o incremento de vários institutos autocompositivos, sendo fruto de diversos debates doutrinários, em razão de suposta incompatibilidade com o princípio da indisponibilidade do interesse público. Ocorre que, como asseverado, essa eventual incompatibilidade decorre de uma leitura superficial do interesse público, afinal, tal fenômeno possui o condão de contribuir positivamente com a Administração Pública, ante as necessidades e urgências do mundo hodierno, pois o consensualismo harmoniza-se com os princípios da publicidade e da eficiência administrativa, desaguando na observância ao princípio democrático.

Apesar dos variados aspectos benéficos que podem trazer para a Administração Pública, também foi observado que a consensualidade deve conhecer limites, afinal, como há certo grau de arbitrariedade na utilização dos instrumentos consensuais, em razão da sua natureza, urge a necessidade de traçar limites e condicionantes à atuação administrativa consensual, a fim de evitar tais maleficências, por meio da atividade legiferante. Não só isso, mas como também, eventual procedimentalização decorre da necessidade de se observar a segurança jurídica por parte da Administração quando da realização desses acordos. Não apenas a segurança jurídica no momento de estabelecimento da avença, o que de todo modo já poderia estar abrangido pela isonomia, mas também na execução do acordo.

Viu-se que o Acordo de Não Persecução Civil veio como um novo instrumento para auxiliar no combate à improbidade administrativa, não sendo uma ameaça ao interesse público e sua indisponibilidade, muito pelo contrário. Ocorre que, quando o instituto foi inserido no ordenamento pátrio em meados de 2019, ele veio sem nenhum tipo de regulamentação, o que gerou incertezas e dúvidas sobre sua aplicação, afinal, originalmente, essa autorização vinha acompanhada de um artigo que disciplinava o regime jurídico do acordo de não persecução civil. Entretanto, esse artigo foi vetado pelo Presidente da República, de modo que a regulamentação dos ANPC se limitou, tão somente, ao permissivo legal. Dessa forma, tal circunstância repercutiu em insegurança jurídica, ante as lacunas que se colocaram sobre os requisitos legais e os possíveis efeitos dessas avenças.

Assim, com o advento da Lei nº 14.230/21, houve a regulamentação do acordo, acarretando na necessidade de se analisar tal avença sob o novo prisma trazido pela normativa, pois, o legislador reformador, ainda assim, não conseguiu preencher todas as lacunas e, como visto, tal instrumento é essencial para auxiliar na efetivação do interesse público.

Dito isso, a *posteriori*, para a melhor compreensão da aplicação do acordo de não persecução civil, ante a subsunção e reconhecimento do sistema da improbidade ao Direito Administrativo Sancionador pelo art. 1º, § 4º da Lei 14.230/2021, o presente trabalho procurou estudar os melindres do DAS, não apenas relacionado à função administrativa, mas como parte do poder punitivo do Estado, nos termos da doutrina do poder punitivo, permitindo uma melhor leitura do texto constitucional quanto à efetivação das garantias constitucionais, que deverão ser observadas pelo ente ministerial ou ente público lesionado nas tratativas das eventuais avenças.

Isto porque, como o poder discricionário do aplicador das normas sancionadoras administrativas, *a priori*, tende a ser mais amplo quando comparado às prerrogativas do aplicador da sanção penal, tal poder encontra limites nos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nessa senda, a individualização da conduta de todos os agentes que participaram do ato improbo, torna-se essencial, desde para servir como instrumento para o ente legitimado estabeleça eventuais sanções, até para o controle jurisdicional, assumindo significativa relevância enquanto garantia expressa no texto constitucional, vetores essenciais do Estado Democrático de Direito.

Pois bem. Com isso em mente, passou-se a analisar com mais parcimônia a Improbidade Administrativa em si, pois, somente se entenderá a aplicação do ANCP, caso entenda o objeto em que ele está inserido, isto é, os atos ímprobos. Aliás, tal análise foi fundamental, uma vez, como refletido no decorrer deste trabalho, a Lei nº 14.230/2021 mudou consideravelmente vários aspectos da LIA.

Em síntese, uma das principais alterações foi justamente necessidade da forma dolosa para que se caracterize a improbidade, isto é, a nova normativa excluiu a conduta ou omissão culposa, antes prevista nos artigos 5º e 10º da LIA. Não só, mas como também o dolo genérico perde espaço e passa a ser preciso que se demonstre dolo específico. Em outras palavras, somente será passível de confecção de acordo de não persecução civil para aquelas condutas dolosas que se enquadrem nos arts. 9, 10 e 11 da LIA. Ademais, para os atos contra o erário, deve restar estabelecido o efetivo dano, não sendo isto mais presumido.

Outrossim, sobre tais mudanças benéficas ao agente público, em razão da aplicabilidade dos princípios do direito administrativo sancionador, iniciou-se a discussão sobre a retroatividade da Lei nº 14.230/21, ante a princípio da retroatividade da norma benéfica. Ocorre que, para a surpresa de muitos doutrinadores, por meio do ARE 843.989/PR, o E.STF pacificou o seu entendimento, decidindo pela irretroatividade da lei, exceto para os casos culposos abarcados pela lei de improbidade administrativa e que ainda não tenham transitado em julgado. Por consequência, não há óbice em compactuar Acordos de Não Persecução Civil para extinguir aquelas ações que ainda não transitaram em julgado, desde que o ente legitimado, ante o interesse público posto, julgue ser frutífero.

Após, foi analisado as punições que são passíveis de aplicação e utilização nos acordos, pois o agente público, ao realizar um ato de improbidade administrativa previstos nos artigos supramencionados, deve sofrer a incidência de uma ou mais das sanções previstas no artigo 12 da Lei n. 8.429/1992, conforme o ato cometido. Em síntese, a normativa prevê: i) o ressarcimento integral do dano patrimonial; ii) a possibilidade de aplicação cumulativa de sanções nas esferas civil, administrativa e penal, em observância ao princípio da independência das instâncias; e iii) a possibilidade de responsabilização do agente, cumulativamente, pela prática de crime de responsabilidade.

De modo geral, observou-se que as mudanças mais significativas sobre as sanções estão relacionadas à perda da função pública e à suspensão dos direitos políticos. Além delas serem as únicas que não podem ser estipuladas em Acordo de Não Persecução Civil, ante a literalidade do art. 20 da LIA, no tocante a primeira, a Lei nº 14.230/21 estabelece que não há mais previsão para os casos em que houver atentado contra os princípios da Administração Pública, apenas para as situações de enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário. Já em relação a segunda, foi consignado o aumento dos prazos de suspensão.

Após, foi, enfim, apresentado o novo regime jurídico do acordo de não persecução civil, disciplinado pelo artigo 17-B, recentemente incluído na Lei n.º 14.230/2021, em uma tentativa de averiguar a aplicação do acordo e implicações decorrentes da redação da nova normativa, ante a permanência de algumas lacunas, isto é, problemas analisados.

Antes disso, percebeu-se que, o Acordo de Não Persecução Civil, mesmo antes da edição da normativa supracitada, vinha sendo aplicado pelos Ministérios Públicos dos Estados, Distrito Federal e da União, com o fim de solucionar eventuais litigiosos de uma maneira mais célere e, principalmente, restituir aos cofres públicos aquilo que foi dilapidado por um agente improbo. A principal estratégia utilizada pelos órgãos ministeriais, até então, foi a edição de Resoluções e Orientações que estipularam linhas gerais para orientar os membros ministeriais nas eventuais

tratativas de acordo. Todavia, este cenário, gerou insegurança jurídica sobre a procedimentalização do acordo, isto é, como ele deveria ser aplicado, limites materiais e formais da avença, o seu conteúdo propriamente dito.

Nessa senda, notou-se que o legislador reformador, por meio da Lei nº 14.230/2021 tentou apaziguar algumas questões, trazendo uma regulamentação do ANPC. Ocorre que, como esperado, ao elaborar a normativo, o legislador não conseguiu prever todos os cenários, deixando diversas lacunas na procedimentalização do acordo. Ademais, como a normativa alterou substancialmente a própria Lei nº 8.492/92, invariavelmente, iniciou-se diversas críticas por parte da doutrina, chegando aos tribunais superiores impugnações à própria normativa, como asseverado ao longo da pesquisa. Dessa forma, até que se apazigue e conceda segurança jurídica em nível nacional sobre o tema, cabe ao operador do direito, utilizar-se das analogias e interpretação sistemática do ordenamento jurídico para prosseguir e solucionar eventual impasse, como foi realizado e exposto nesta pesquisa.

Sabendo disso, esta pesquisa não exauriu todo o tema, em razão dos limites impostos, afinal os debates sobre o ANCP ainda são incipientes. Diante disso, na limitação do tema de pesquisa, foi proposto a análise de 5 (cinco) problemáticas gerais, a saber: os requisitos para aplicação do ANPC; a legitimidade para a propositura; a anuência do ente público lesionado; o momento da celebração do ANPC; e, por fim, a homologação da avença. Ou seja, questões como a efetividade dos acordos, isto é, se estão sendo frutíferos para extinguir ações e impedir o início delas não foram abordados, a uma porque o instituto ainda é muito recente, não havendo dados suficientes para isso, a duas, porque nesses primeiros meses de vida da nova normativa, os acordos ficaram em segundo plano, pois se discutiu com veemência, em âmbito judiciário e doutrinário, tão somente as mudanças de índole material, como a extinção da modalidade culposa dos atos ímprobos, a legitimidade exclusiva do Ministério Público, a retroatividade da norma, entre outras questões.

Em relação à aplicação do ANPC, não resta dúvida que ele está sendo aplicado no combate à Improbidade Administrativa. Nessa senda, em um primeiro momento, deve haver um juízo de valorização do legitimado para a celebração do acordo, isto é, verificar se o ANPC é mais vantajoso ao interesse público do que o ajuizamento da ação civil de improbidade administrativa ou a continuidade dela naquele caso concreto. Isto porque, pela simples leitura da normativa e pelo entendimento do C.STJ, inexistente direto subjetivo à celebração do acordo, cabendo apenas o juízo arbitrário do legitimado para a propositura.

Ocorre que, não há dados suficientes para averiguar se esta decisão do legislador foi frutífera ou não, afinal, nos casos concretos, pode-se inferir, em um cenário hipotético, que

haverá legitimados mais propensos à consensualidade e outros menos, prejudicando a isonomia do instituto. Por ora, o legitimado, para a análise, deve considerar, dentre os principais fatores, a provável duração do processo, a efetividade das sanções aplicáveis e a abrangência da responsabilização de agentes públicos e demais envolvidos no ilícito. Aliás, a própria Lei nº 14.230/2021 previu alguns aspectos que devem ser considerados, como: a) a personalidade do agente; b) a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade; e c) as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso.

Dito isso, para evitar infortúnios e haver um melhor controle pelo próprio legitimado, o ideal para o presente trabalho, seria que, em caso de negativa de acordo, houvesse um parecer devidamente motivado.

Sendo cabível a propositura do acordo, o ente legitimado aplicará ao caso aquilo previsto em sua respectiva Resolução/Orientação, afinal, com a edição da Lei nº 14.230/2021, houve o estabelecimento de parâmetros mínimos que já foram inseridos nas respectivas normativas infralegais, isto é, conforme o art. 17-B, incisos I e II, da LIA, é preciso que do ANPC advenham, ao menos, os seguintes resultados: i) integral ressarcimento do dano; e ii) reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados.

À luz disso, em análise comparativa entre as alterações promovidas pela Lei n. 14.230/2021 e a Resolução n. 179/2017-CNMP, a Resolução n. 1193.2020-CPJ—MPSP e a Orientação nº 10 do MPF, em uma leitura conjunta com os princípios e garantias do Direito Administrativo Sancionador, o mínimo exigido para a celebração do acordo é: (i) cessamento do envolvimento com o ato ilícito; (ii) que o agente público assuma a responsabilidade pela reparação integral do dano sofrido pelo erário, conforme o artigo 1º, § 2º, da Resolução 179/2017-CNMP; (iii) a apuração do valor do dano a ser ressarcido, deve ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de noventa dias, nos termos do art. 17-B, § 3º da LIA; (iv) a transferência não onerosa, em favor do ente lesado, da propriedade dos bens, direitos e/ou valores que representem vantagem ou proveito direto ou indiretamente obtido da infração, se for o caso, em observância ao art. 1º, § 2º, da Resolução n. 179/2017-CNMP e, por fim; (v) a submissão de uma ou algumas das sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, sob o critério da proporcionalidade e razoabilidade, após haver a devida individualização da conduta, haja vista o artigo 1º, § 2º, da Resolução n. 179/2017-CNMP; e artigo 5º, inciso VIII, da Resolução n. 1193/2020-CPJ-MPSP.

Não há, contudo, impedimento que o legitimado para a propositura do acordo manifeste outros critérios e sanções que constarão no bojo do avença, ante a necessidade do caso concreto e as próprias características do meio autocompositivo, a convencionalidade.

No tocante à legitimidade para a propositura, *a priori*, com a edição da Lei nº 14.230/2021, foi estabelecido que a exclusividade seria apenas do Ministério Público. Assim sendo, diversas associações levaram a questão ao Supremo Tribunal Federal, por meio da ADIs 7042 e 7043. Após o regular trâmite do processo, o plenário do STF julgou inconstitucional o dispositivo da Lei nº 14.230/21 que assegurava apenas ao Ministério Público a legitimidade para ajuizar ação de improbidade e celebrar acordo de não persecução civil, acatando as alegações das associações, isto é, que a retirada da permissão das pessoas jurídicas interessadas em ingressar com ações em proteção ao patrimônio público é medida que fere a Magna Carta.

Nessa senda, após agosto de 2022, tanto o Ministério Público, como o ente público lesionado podem propor o ANPC, pois ambos são os legitimados a propor Ação Civil Pública. O problema está na anuência. Como o Órgão Ministerial sempre estará presente, seja como autor, seja como fiscalizar da ordem jurídica, torna-se imprescindível a anuência do mesmo, pois do contrário, o *Parquet* poderá interpor eventuais recursos que danificarão a finalidade do acordo. Já em relação a anuência do ente, como não há previsão legal nas avenças elaboradas exclusivamente pelo Ministério Público, é de bom tom, a anuência ou a “não-oposição” do ente público lesionado, com o fim de evitar eventuais judicializações, tendo em vista a natureza célere do instituto autocompositivo.

Outrossim, restou consignado, tanto pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quanto pela Lei nº 14.230/2021, ressalvadas as críticas estabelecidas ao longo da pesquisa, que o ANPC pode ser proposto em qualquer momento, tanto no âmbito extrajudicial, quanto em âmbito judicial, podendo ser proposto, inclusive, em fase recursal.

Por fim, em relação à homologação dos acordos de não persecução civil, existia uma dúvida sobre a necessidade de homologação judicial em acordo realizado extrajudicialmente, que foi resolvida com a edição da Nova Lei de Improbidade Administrativa. Para a normativa, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa, o inciso III do art. 17-B, §1º condiciona o acordo à homologação judicial. Ocorre que, caso o ANPC seja firmado em momento anterior ao ajuizamento da ação, antes de ir ao magistrado, o art. 17-B, inciso II, da LIA exige a aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis e, logo após, deverá passar pelo crivo do Poder Judiciário.

O problema reside na atuação do magistrado em tal homologação, uma vez que, não há regulamentação sobre isso. Fato é, como a normativa não trouxe nenhum elemento concreto para condicionar a homologação do ANPC, com as devidas ponderações realizadas ao longo da pesquisa, ante o certo grau de arbitrariedade que os legitimados possuem para realizar os termos da avença, deve-se utilizar o entendimento firmado pelo C. STJ, que consiste na evitação, pelo magistrado, de fraudes, simulações e coações. Em outras palavras, na visão desta pesquisa, o juiz, deve valorar o que foi acordando entre os interessados, não perpetrando tanto no mérito (juízo de oportunidade e conveniência), mas averiguando se foi respeitado o consentimento do réu, uma vez que o judiciário deve ser útil ao cidadão, o protegendo de eventuais ilegalidades. Ademais, não há, até a elaboração desta pesquisa, posição jurisprudencial e doutrinária firmada sobre o tema, o que deverá chegar muito em breve aos Tribunais Superiores.

Diante do disposto, certamente o legislador da Lei 13.964/2019 inovou, de forma positiva, com a criação do instituto estudado para combater, de uma forma efetiva e célere, a Improbidade Administrativa e restituir o erário dilapidado aos cofres públicos. Ocorre que, falhou por não ter apresentado os padrões mínimos para a propositura, afinal, como disposto ao longo desse trabalho, uma das vertentes doutrinárias retrata que o interesse público é aquilo que está positivado no ordenamento. Assim, objetivando suprir essa ausência, foi editado a Lei nº14.230/2021, que trouxe padrões mínimos para a realização do ANPC, como visto.

Assim sendo, por ser um instituto recente e que causou ruptura, por implementar a consensualidade na tutela do Patrimônio Público, o Acordo de Não Persecução Civil ainda será objeto de muita análise, de confrontações, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Coube nesta pesquisa, trazer um aparato mínimo de como funcionará, em tese, o acordo após a edição da Lei nº 14.230/2021. Entretanto, até que haja uma pacificação mínima, como o papel do magistrado na homologação do acordo, que explicita os termos ideais do acordo ou até que se forme, quiçá, um costume jurídico na sua aplicação, não haverá plena segurança jurídica. Isto porque, além do disposto, é necessário que haja uma formação dos profissionais que realizam os acordos, uma vez que, pela própria formação conservadora dos profissionais do direito, muitas vezes, é instigado a judicialização, ainda mais em matéria de direito administrativo, que até então, havia uma leitura fria e pobre da indisponibilidade do interesse público. De qualquer forma, andou bem o legislador ao permitir tal avença e trazer um regramento mínimo, embora o caminho de sua efetivação será árduo e laborioso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber. **Interesses difusos e coletivos**, 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARROS FILHO, Wilson Accioli de. **Acordos Administrativos Público-Privados: Delineamentos teóricos e prática nos Precatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo - O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. 2006. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20060502.htm>. Acesso em 13 de ago. 2022.

BERNARDINA DE PINHO, Humberto Dalla. O Consenso em Matéria de Improbidade Administrativa: Limites e Controvérsias em torno do Acordo de não Persecução Cível Introduzido na Lei Nº 8.429/1992 pela Lei Nº 13.964/2019. **Revista Interdisciplinar de Direito**, [S.l.], v. 18, n. 1, p. 145-162, jul. 2020. ISSN 2447-4290. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/845>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

BERWIG, Aldemir. **Direito administrativo**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2019.

BINENBOJM, Gustavo. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro (Edição Especial): Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Parte geral – Coleção Tratado de direito penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

_____, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 set. 2022.

_____. Lei 8.429/92, de 02 de junho de 1992. **Lei de Improbidade Administrativa**. 1992 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em: 28 mai. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 213.994-0/MG**. Rel. Ministro Garcia Vieira. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília. 1999. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=161028986&tipo_documento=documento&num_registro=20210624107&data=20220901&formato=PDF>. Acesso em 03 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.959-7/SP**. Relator Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento 23.02.2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=ac&docID=79206&pgI=156&pgF=160>. Acesso em: 11 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 24.559/PR**. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Diário de Justiça Eletrônico em 01.02.2010, Brasília. 2010a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=933506&num_registro=200701653771&data=20100201&formato=PDF. Acesso em: 10 set. 2022

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 598.588**. Rel. Ministro Eros Grau. Diário de Justiça Eletrônico em 25.02.2010, Brasília. 2010. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2669214>>. Acesso em 03 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1130318/SP**. Rel. Ministro Herman Benjamin. Diário de Justiça Eletrônico em 27.04.2011, Brasília. 2011. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1070298&num_registro=200901461676&data=20110831&peticao_numero=201100130386&formato=PDF>. Acesso em 03 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1251697/PR**. Rel. Mauro Campbell Marques. Diário de Justiça Eletrônico em 17.04.2012, Brasília. 2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1135259&num_registro=201100969836&data=20120417&formato=PDF>. Acesso em 03 set. 2022.

_____. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. **Lei de Mediação**. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 ago. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1412214/PR**. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves. Diário de Justiça Eletrônico em 28.03.2016, Brasília. 2016a. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1280154&num_registro=201102839233&data=20160328&formato=PDF>. Acesso em 03 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 548.901/RJ**. Rel. Ministro Assusete Magalhães. Diário de Justiça Eletrônico em 23.02.2016 Brasília. 2016b. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1437447&num_registro=201401739120&data=20160223&peticao_numero=201500082719&formato=PDF>. Acesso em 03 set. de 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Habeas Corpus 127.483/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli, julg. Em 27 ago. 2015, pub. em 4 fev. 2016. 2016c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em 03 ago. 2022.

_____. Lei 13.655, de 25 de abril de 2018. **Lei que Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.** 2018a.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

Acesso em: 28 maio 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 37.031/SP.**

Rel. Ministro Regina Helena. Diário de Justiça Eletrônico em 20.02.2018, Brasília. 2018b.

Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1673868&num_registro=201200167415&data=20180220&formato=PDF>. Acesso em 03 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.771.593-SE.** Rel. Ministro

Herman Benjamin. Diário de Justiça Eletrônico em 09.05.2019, Brasília. 2019a. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1822846&num_registro=201802484984&data=20190523&formato=PDF>. Acesso em 03 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.496.346/SP.**

Rel. Ministro João Otávio de Noronha. Diário de Justiça Eletrônico em 03.06.2019, Brasília.

2019b. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=96451330&tipo_documento=documento&num_registro=201901238343&data=20190603&formato=PDF>. Acesso em 03 set. 2022.

_____. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Pacote Anticrime.** 2019c. Disponível

em: <[L13964 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2023/2019/lei/l13964.htm)>. Acesso em: 28 mai. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos no Recurso Especial nº 1.701.967/RS.** Rel.

Ministro João Otávio de Noronha. Diário de Justiça Eletrônico em 03.06.2019, Brasília. 2019.

Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=110785033&tipo_documento=documento&num_registro=202001130984&data=20200609&formato=PDF>. Acesso em 03 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1193248/MG.** Rel. Ministro Og

Fernandes. Diário de Justiça Eletrônico em 18.12.2020, Brasília. 2020a. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1677661&num_registro=201402203967&data=20201218&formato=PDF>. Acesso em 03 set. 2022.

_____. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão Combate à Corrupção do Ministério Público

Federal. **Orientação n. 10.** 2020a. Disponível

em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/5CCR_OrientacaoANPC.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.659.082 -**

PB (2017/0052752-2). Rel. Ministro Gurgel de Faria. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília.

2020b. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1083622&num_registro=201000390286&data=20120209&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em 06 mai. de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 53.213**. Rel. Ministro Ribeiro Dantas. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília. 2020c. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1894133&num_registro=201700218698&data=20191204&peticao_numero=201900718398&formato=PDF>. Acesso em 06. mai. de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.464.287/DF**. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília. 2020d. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1761624&num_registro=201400917025&data=20200626&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em 06 mai. de 2021.

_____. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. **Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa**. 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art2. Acesso em: 03 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1932184/SP**. Rel. Ministro Og Fernandes. Diário de Justiça Eletrônico em 07.10.2021, Brasília. 2021b. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=135596729®istro_numero=202101068649&peticao_numero=&publicacao_data=20211007&formato=PDF>. Acesso em 03 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n.º 1.341.323-RS**. Relator: Min. Jorge Mussi. j em 24 jul. 2021. 2021c. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=129463820®istro_numero=201801985597&peticao_numero=202100385432&publicacao_data=20210624&formato=PDF>. Acesso em: 07 set. 2022

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 1.314.581/SP**. Rel. Ministro Benedito Gonçalves. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília. 2021d. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=122029500®istro_numero=201801487315&peticao_numero=202000579362&publicacao_data=20210301&formato=PDF>. Acesso em 06 mai. de 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2022: ano-base 2021**. Brasília: CNJ, 2022a. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR**. Rel. Ministro Alexandre de Moraes. Diário de Justiça Eletrônico em 18.08.2022, Brasília. 2022b. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4652910>>. Acesso em 03 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 7.042**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 2022. 2022c. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6315635>>. Acesso em: 07 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 7.043**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 2022. 2022d. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6315955>>. Acesso em: 07 set. 2022.

_____. **Parecer do Presidente da República nos autos da ADI nº 7.042**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 2022e. Disponível em: <

<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6315635> >. Acesso em: 07 set. 2022

_____. **Parecer do Senado Federal nos autos da ADI nº 7.042**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 2022f. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6315635> >. Acesso em: 07 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 102.585-RS**. Relator: Min. Gurgel de Faria. j em 06 abr. 2022. 2022g Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=129463820®istro_numero=201801985597&peticao_numero=202100385432&publicacao_data=20210624&formato=PDF>. Acesso em: 07 set. 2022.

CAMPELO, Sofia Cavalcanti. **Acordo em Ação de Improbidade Administrativa: desafios atuais e perspectivas para o futuro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CEARÁ (Estado). **Acordo de não persecução civil. Nota Técnica 01/2020**. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2020/02/11fev20_CAODPP_nota-tecnica-acordo-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-civil.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2022.

CINTRA, Rodrigo Suzuki. O dolo específico na nova lei de Improbidade Administrativa. **Migalhas**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/360052/o-dolo-especifico-na-nova-lei-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 1 set. 2022.

COSTA, Rafael de Oliveira.; BARBOSA, Renato Kim. **Nova Lei de Improbidade Administrativa: De Acordo com a Lei n. 14.230/2021**. São Paulo: Grupo Almedina, 2022.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 17, n. 67, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/475>. Acesso em: 10 ago. 2022.

DRUMMOND, Fernando. Acordo de não persecução cível: solução para os processos de improbidade? **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jan-09/drummond-acordo-nao-persecucao-civel-improbidade#:~:text=O%20acordo%20%C3%A9%20o%20mecanismo,outras%20san%C3%A7%C3%B5es%20previstas%20na%20lei.>>. Acesso em: 4 set. 2022.

ESPM. ESCOLA SUPERIOR DO MPSP. **Acordo de Não Persecução Cível: aspectos práticos– Palestra on-line**. 16 mar. 2021. 1 vídeo (2 horas e 37 min.). Publicado por MPSP. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=c8lw2kNLZFE&ab_channel=EscolaSuperiordoMPSP>. Acesso em: 26 mai. 2021.

FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros, 1997.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

FREITAS, Daniel Santos de. Extinção da forma culposa de improbidade administrativa é opção legislativa acertada. **Consultor Jurídico**. 2022 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-fev-05/freitas-extincao-forma-culposa-improbidade-opcao-acertada>>. Acesso em: 11 set. 2022.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Primeiros e breves apontamentos sobre os acordos em tema de improbidade administrativa**. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros-e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 10 set. 2022.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo, GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

GARCÍA ALBERO, Ramón. **La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos**. In: PRATS, Fermín Morales e OLIVARES, Gonzalo Quintero (Orgs.). *El nuevo Derecho penal español, estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Madrid: Aranzadi, 2001.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GAZDA, Emmerson. Administração Pública em juízo: poder-dever de transigir. **Direito Federal: revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, v. 23, nº. 83, p.131-158, jan/mar 2006. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao010/emmerson_gazda.htm. Acesso em: 11 set. 2022.

GOIÁS (Estado). Centro De Apoio Operacional - Área Do Patrimônio Público E Terceiro Setor. MPF assina primeiro acordo de não persecução cível e criminal com base na Lei Anticrime. **Boletim do MPMO**. Disponível em: <http://www.mpmo.mp.br/boletimdompmo/2020/03-mar/cao/patrimonio_publico_terceiro_setor/noticias/mpf-em-goias-assina-primeiro-acordo-de-nao-persecucao-civel-e-criminal-com-base-na-lei-anticrime.html>. Acesso em: 11 set. 2022.

GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato César Guedes. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988. **Revista Estudos Institucionais**, v. 7, nº 2, mai./ago. 2021. Disponível em <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636>. Acesso em 10 set. 2022.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018.

GUIMARÃES, Rafael. **A Nova Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. Leme: Imperium, 2022.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HAEBERLIN, Martín. **Uma teoria do interesse público: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. Controle da administração pública no Brasil: anotações críticas. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 125 143, abr./jun. 2005.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**, 5 ed. São Paulo, RT, 1982.

LOZANO CUTANDA, Blanca. Panorámica general de la potestad sancionadora de la administración en Europa: “despenalización” y garantía. **Revista de Administración pública**, n. 121. Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/28187084_Panoramica_general_de_la_potestad_san_cionadora_de_la_Administracion_en_Europa_Despenalizacion_y_garantia >. Acesso em 11 set. 2022.

MAGALHÃES FILHO, Glauco. **Hermenêutica Jurídica Clássica**. Florianópolis: Conceito Editora, 2009.

MAGALHÃES JÚNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. **A Tutela do Patrimônio Público**. In: Vitorelli, Edilson (Org.). Manual de Direitos Difusos. Salvador: Juspodivm, 2019

MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2009

MATTES, Heinz. **Problemas del Derecho penal administrativo, historia y derecho comparado**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Conceito do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 74, p. 33-44, jun. 1963.

MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século: o Caso Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, n. 3, ano 1, out./dez. 2003.

_____. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Aranha. El concepto del Derecho Administrativo y el proyecto de Constitución Europea. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 23, p. 127-144, jan./mar. 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito parte especial: arts. 213 a 361 do código penal**. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, Ana Carolina de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. 2012. 256 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito Público, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Interesse Público [Recurso Eletrônico]**. Belo Horizonte, v.22, n.120, mar./abr. 2020. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37901>. Acesso em: 10 set. 2022.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000.

_____. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 5 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **A consensualidade na Administração Pública e o seu controle judicial**. In: Daniela Monteiro Gabbay e Bruno Takahashi. Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos. 1^a ed. v. 5. Brasília: Gazeta Jurídica, Brasília, 2014. p. 173-183.

_____. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Grupo GEN, 2022.

PINHEIRO, Igor; CLARK, Andre; EDILBERTO, Antônio; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. **Lei anticrime**. São Paulo: Editora Jhmizuno, 2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

REUPKE, Erika Giovanini. **Solução negociada e improbidade administrativa são incompatíveis? Uma análise atual da matéria**. 2020. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2114. Acesso em: 11 set. 2020.

RINCÓN, Jose Suay. **Sanciones administrativas**. Studio Albornotiana. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1989.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, Joelson Vitor Ramos dos; OLIVEIRA, José Carlos de. Redução e Prevenção de Conflitos em Âmbito Licitatório. **Cadernos**, [S.l.], v. 1, n. 9, p. 78-100, jul. 2022. ISSN 2595-2412. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/epcp/cadernos/index.php/CM/article/view/198>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

SANTOS, Saulo Gonçalves. Retroatividade e a nova improbidade administrativa. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-31/saulo-goncalves-santos-retroatividade-improbidade>>. Acesso em: 1 set. 2022.

SÃO PAULO (Estado). Centro de Apoio Operacional Cível do Ministério Público do Estado de São Paulo. **Nota Técnica nº 02/2020 -PGJ- CAOPP**. 2021. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2676665.PDF. Acesso em: 28 mai. 2022.

_____. Colégio Dos Procuradores De Justiça Órgão Especial do Ministério Público do Estado de São Paulo. **Resolução nº 1.193/2020-CPJ, de 11 de março de 2020. (PROTOCOLADO Nº 66.638/2018)**. 2021. Disponível em: http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/RESOLUCOES/1193.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2022.

_____. **Parecer do Ministério Público do Estado de São Paulo nos autos do ARE 843989**. 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4652910>>. Acesso em: 03 set. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARRUBBO, Mario; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. **A lei da impunidade: o que se pretende com a reforma da lei da improbidade é uma mudança para pior**. 2021. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2669211. PDF. Acesso em: 01 set. 2022.

SERRANO, Antonio Carlos Alves Pinto. **O Direito Administrativo Sancionador e a individualização da conduta nas decisões dos Tribunais de Contas**. 2019. 215 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1984.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SIQUEIRA, Mariana de. **Interesse público no direito administrativo brasileiro**: da construção da moldura à composição da pintura. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOUZA, Antonio Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

SOUZA, Flávia Baracho Lotti Campos de; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Os acordos nas ações de Improbidade Administrativa. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, [s. l], v. 6, n. 1, p. 55-76, jun. 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/6406>. Acesso em: 28 mai. 2022.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017

_____. **Retroatividade da Lei de Improbidade: um easy case ou hard case?** Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-ago-09/streck-berti-retroatividade-lei-improbidade>>. Acesso em: 4 set. 2022.

SUAID, Ricardo Adelino; SILVEIRA, Ricardo dos Reis; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. A aplicação dos métodos autocompositivos no âmbito da Improbidade Administrativa. **Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 8, n. 2, p. 306-339, ago. 2020. Disponível em: <<https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/761>>. Acesso em: 28 mai. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1996.

VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.