



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

TIAGO GONÇALVES VERAS GOMES

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL:
NOVOS HORIZONTES DE CONSENSUALIDADE NA POLÍTICA PÚBLICA DE
COMBATE À CORRUPÇÃO**

RIO DE JANEIRO

2023

TIAGO GONÇALVES VERAS GOMES

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL:
NOVOS HORIZONTES DE CONSENSUALIDADE NA POLÍTICA PÚBLICA DE
COMBATE À CORRUPÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas – CCJP da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – Unirio – como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Professor Orientador: Dr. Leonardo Mattietto

RIO DE JANEIRO

2023

Gonçalves Veras Gomes, Tiago

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL: novos horizontes de consensualidade na política pública de combate à corrupção. / Tiago Gonçalves Veras Gomes. Rio de Janeiro, 2023.

236 f.

Orientador: Leonardo Mattietto.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2023.

1. Improbidade administrativa. 2. Direito sancionador. 3. Acordo de não persecução cível. I. Mattietto, Leonardo, orient. II. Título.

TIAGO GONÇALVES VERAS GOMES

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL:
NOVOS HORIZONTES DE CONSENSUALIDADE NA POLÍTICA PÚBLICA DE
COMBATE À CORRUPÇÃO**

Dissertação aprovada como requisito para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovado em: 28/3/2023.

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Leonardo de Andrade Mattietto
(Orientador)

Professora Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann

Professor Dr. Emerson Garcia

RIO DE JANEIRO

2023

Dedico aos meus pais, Maria José e Moacir, que me viabilizaram, desde a infância, as melhores oportunidades acadêmicas que lhes era possível, bem como despertaram em mim o gosto pelo estudo;

Aos meus heróis: todos os meus professores, do maternal ao mestrado, que foram fundamentais para minha constante formação e evolução como ser humano e profissional;

Deixo para o fim os mais importantes: aos meus filhos Eloísa, Júlia e Gabriel, razões e amores da minha vida.

Que Deus os ilumine!

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, em especial ao Prof. Dr. Leonardo de Andrade Mattietto, que me orientou na elaboração da presente dissertação. Além de ter me ajudado com a estruturação do trabalho, a indicação feita pelo professor Mattietto do marco teórico sobre corrupção foi fundamental para eu aprofundar minha compreensão sobre o tema;

À querida professora Edna Raquel Hogemann, decana do programa de pós-graduação, minha gratidão pelos ensinamentos transmitidos em matéria de direitos humanos, seja durante as aulas, seja pela oportunidade de publicação de artigo em conjunto, bem como por ter aceitado compor a banca de avaliação;

Aos colegas e amigos de turma que fiz no Mestrado, minha gratidão pelo excelente convívio e por me inspirarem com a responsabilidade e as alegrias de todos em nossas conversas no grupo de WhatsApp;

Ao jurista Emerson Garcia, referência nacional em tema de improbidade administrativa, muito obrigado pela generosidade em razão das dúvidas que me esclareceu, assim como pela indicação da principal bibliografia de referência em matéria de sanção e acordo na administração pública. Agradeço também ao professor por ter sido o principal marco teórico utilizado nesta dissertação em tema de improbidade administrativa e acordo de não persecução cível;

Ao querido primo Felipe Gonçalves Figueira por servir de inspiração acadêmica e por ter me incentivado a cursar o mestrado; e aos prezados Bruna, Carlos e Labruna, agradeço imensamente pela revisão e contribuição, com troca de ideias;

Ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, instituição que me acolheu desde 2003 e local onde me inspirei para definição do problema, teste de hipótese e fundamentos jurídicos do desenvolvimento e conclusão desta dissertação, diante dos desafios práticos que enfrento no dia a dia de trabalho;

À Fundação Getúlio Vargas, pela notável experiência que me proporciona desde 2014, com elaboração de questões de concursos públicos e coordenação acadêmica nesta área;

À minha família, em especial aos meus filhos Eloísa, Júlia e Gabriel, obrigado pela compreensão em razão dos períodos em que precisei me dedicar ao mestrado; à minha mãe, obrigado pelo incentivo e confiança; a meu noivo Raffael, obrigado pela parceria também nos estudos. Obrigado a toda família! Sem vocês, este sonho não seria realizado!

RESUMO

Mesmo com as recentes e sucessivas alterações legislativas sobre o acordo de não persecução cível, este instituto de consensualidade do direito sancionador, no âmbito da política pública de combate à corrupção, ainda está fadado a permanecer subutilizado, caso as lacunas legislativas ainda existentes não sejam preenchidas, em especial caso a única obrigação necessária prevista no acordo seja reparatória de cunho patrimonial. Com a adoção da teoria do diálogo das fontes e a aplicação de métodos de interpretação da hermenêutica clássica, tendo por pano de fundo os microssistemas anticorrupção e da tutela coletiva, à luz da principiologia do direito público e mediante uma releitura da visão clássica da intransacionabilidade dos interesses da Administração Pública, será investigada a possibilidade do preenchimento destas lacunas com outros institutos de consensualidade de natureza penal, administrativa e cível. Assim, tal acordo poderia ser mais utilizado, sobretudo para que a consensualidade, nos casos mais graves, não seja meramente de pura reprimenda, mas de efetiva colaboração. Se as hipóteses trazidas se revelarem viáveis, serão propostos parâmetros para a normatização e/ou a aplicação do instituto, desenhando-se um novo horizonte para sua utilização, que possibilite uma atuação resolutiva e célere do poder público para reprimir atos de corrupção tipificados com o de improbidade administrativa, promovendo previsibilidade e segurança jurídica na adoção do acordo, de forma isonômica e equitativa, com maior uniformidade e atendendo aos princípios da impessoalidade, da eficiência e da duração razoável do processo. Assim, esse instrumento atingiria toda sua potencialidade, trazendo benefícios, a um só tempo, ao investigado e a toda coletividade, de maneira a viabilizar a maior efetividade nesta política pública anticorrupção.

Palavras-chave: Improbidade administrativa; Direito sancionador; Acordo de Não Persecução Cível; Consensualidade de colaboração.

ABSTRACT

Even with the recent and successive legislative changes on the civil non-prosecution agreement, this institute of consensus of the sanctioning law, within the scope of public policy to combat corruption, is still fated to remain underutilized, if the legislative gaps that still exist are not filled, in particular if the only necessary obligation provided for in the agreement is reparation of a patrimonial nature. With the adoption of the theory of the dialogue of sources and application of interpretation methods of classical hermeneutics, against the background of anti-corruption microsystems and collective protection, in light of the principles of public law and through a re-reading of the classical view of the non-tradability of interests of Public Administration, the possibility of filling these gaps with other institutes of consensuality of a criminal, administrative and civil nature will be investigated. Thus, such agreement would be more used, especially so that consensus, in the most serious cases, is not merely pure reprimand, but effective collaboration. If the presented hypotheses prove to be viable, parameters will be proposed for the standardization and/or use of the institute, outlining a new horizon for the institute, which allows for a resolute and swift action by the public power to repress acts of corruption typified with that of administrative improbity, promoting predictability and legal certainty in the use of the agreement, in an isonomic and equitable manner, with greater uniformity and in compliance with the principles of impersonality, efficiency and reasonable duration of the process. Thus, this instrument would reach its full potential, bringing benefits, at the same time, to the investigated and to the entire community, in order to enable greater effectiveness in this anti-corruption public policy.

Keywords: Administrative improbity; Sanctioning right; Civil Non-Prosecution Agreement; Collaboration consensus.

LISTA DE ABREVIATURAS

Abracom	Associação Brasileira dos Tribunais de Contas dos Municípios
ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
AGU	Advocacia-Geral da União
ANPC	Acordo de Não Persecução Cível
ANPD	Acordo de Não Persecução Disciplinar
ANPP	Acordo de Não Persecução Penal
Atricon	Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil
CAC	Compromisso de Ajustamento de Conduta
Cade	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CNPTC	Conselho Nacional de Presidentes dos Tribunais de Contas
Coso	Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
ESG	Environmental, Social and Governance
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
IPC	Índice de Percepção da Corrupção
IRB	Instituto Rui Barbosa
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
Lindb	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MPCE	Ministério Público do Estado do Ceará
MPPR	Ministério Público do Estado do Paraná
MPRJ	Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
MPRS	Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
MPSP	Ministério Público do Estado de São Paulo
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
ONG	Organização Não Governamental
PTB	Partido Trabalhista Brasileiro
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TCE	Tribunal de Contas do Estado
TCU	Tribunal de Contas da União
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Corrupção e desenvolvimento	50
Figura 2 – Causas e consequências da corrupção	52

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	
13		
2	COMBATE À CORRUPÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA	
23		
2.1	Contextualização da corrupção como um problema público	
23		
2.1.1	Interface entre corrupção e política pública no Brasil	
24		
2.1.2	ANPC e o ciclo de políticas públicas	28
2.2	Contribuição da comunidade internacional para o combate à corrupção no Brasil	
35		
2.3	Corrupção e o fenômeno do “apagão das canetas”	41
2.4	Corrupção e a teoria da captura	46
2.5	Causas e consequências da corrupção	49
2.6	Diretrizes para uma agenda de reforma anticorrupção	54
2.7	Combate da corrupção à luz do Estado de direito material	
58		
3	CONSENSUALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	
68		
3.1	Fundamentos, conceito e classificação dos instrumentos da consensualidade	68
3.2	Aspectos sobre a evolução da consensualidade no direito brasileiro	72
3.3	Consensualidade em sentido estrito nos acordos de direito administrativo	82
3.3.1	Acordos substitutivos	82
3.3.2	Poderes administrativos e ANPC	85
3.3.3	Efeitos dos acordos substitutivos	95
3.3.4	Controle judicial dos acordos substitutivos	96
4	IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E REGIME JURÍDICO DO ANPC	101
4.1	Aspectos gerais sobre a improbidade administrativa	101
4.2	Evolução legislativa, conceito e natureza jurídica do ANPC	116
4.3	Legitimados do ANPC	125
4.4	Requisitos do ANPC	
127		
4.4.1	Pressupostos objetivos e subjetivos	
127		
4.4.2	Obrigações necessárias no ANPC	
129		
4.4.3	ANPC e confissão	
131		
4.5	Procedimento no ANPC	
134		
4.6	Controle do ANPC	139
4.7	Efeitos da celebração do ANPC para o colegitimado	
144		
5	ANPC E SEUS NOVOS HORIZONTES	149
5.1	ANPC e fomento de mecanismos de <i>compliance</i>, governança,	

	integridade, <i>accountability</i> e ESG	
149		
5.2	Outras obrigações possíveis no ANPC	155
5.3	ANPC e teoria do diálogo das fontes	157
5.4	ANPC e métodos de interpretação da hermenêutica clássica	162
5.5	ANPC como consensualidade de colaboração à luz da principiologia do direito público	
167		
5.5.1	ANPC e princípios da harmonização e da proporcionalidade	168
5.5.2	ANPC e princípios da participação, da proteção à confiança, da boa-fé e	

da segurança jurídica	
172	
5.6 ANPC como consensualidade de colaboração	
176	
5.6.1 A semente da consensualidade de colaboração nos processos legislativos que culminaram no ANPC	
178	
5.6.2 ANPC e o microsistema anticorrupção	180
5.6.3 Interface entre ANPC e institutos de consensualidade de natureza penal	186
5.6.4 Interface entre ANPC e institutos de consensualidade de natureza cível	193
5.6.5 Interface entre ANPC e institutos de consensualidade de natureza administrativa	200
5.6.6 Sanções premiaias e ANPC	202
5.6.7 A colaboração para a obtenção de provas no ANPC	204
5.6.8 Independência mitigada entre as instâncias de responsabilização	208
5.6.9 ANPC e a atuação integrada interinstitucional e interna dos legitimados	214
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	217
REFERÊNCIAS	
226	

1 INTRODUÇÃO

A presente Dissertação estuda novos horizontes na consensualidade, sobretudo de colaboração, do direito sancionador, tendo por instrumento o Acordo de Não Persecução Cível (doravante identificado pela sigla ANPC, como utilizado no meio jurídico), no contexto da política pública de combate à corrupção de atos de improbidade administrativa.

Quanto à justificativa do tema escolhido, cabe ressaltar que o fato social objeto desta pesquisa é a atual subutilização do ANPC como meio de solução negocial para repressão de atos ilícitos de corrupção pública, o que, invariavelmente, leva à inefetividade do instituto. Assim, o problema a ser estudado é justamente esta atual subutilização do ANPC.

Apesar de ter ocorrido no Brasil, nas últimas três décadas, grande avanço em matéria de consensualidade do direito sancionador, que levou à instituição e regulamentação do ANPC, o atual regramento legislativo ainda não é capaz, numa simples interpretação jurídica gramatical e isolada, de viabilizar sua ampla utilização.

A área de pesquisa que permeou o estudo proposto é o direito administrativo, haja vista que o ANPC é instrumento de solução negocial em tema de improbidade administrativa. A delimitação do tema faz com que o objeto de pesquisa incida especificamente sobre o instituto do ANPC, previsto no art. 17-B, da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), em especial sobre a extensão das obrigações que podem ser objeto do acordo.

Nos atos de improbidade administrativa, mormente os mais graves, em que simples obrigações reparatórias de cunho patrimonial – ressarcimento ao erário e reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida – não sejam suficientes para celebração do ANPC, caso não sejam inseridas novas obrigações no acordo, a autocomposição será frustrada.

Diante da autorização legislativa de inclusão no ANPC de “[...] outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas”, como agora previsto no art. 17-B, § 6.º, da Lei n. 8.429/1992, patenteia-se a viabilidade de inclusão no instituto de novas obrigações. Mas quais seriam essas novas obrigações que não estão expressamente previstas na Lei de Improbidade Administrativa? Como se deve preencher esta lacuna?

A formulação inicial que se pretende adotar como teste de hipótese é no sentido de buscar preencher as lacunas em aberto para viabilizar imediata e ampla aplicação do ANPC,

por meio: (i) da teoria do diálogo das fontes com normas que disciplinam a autocomposição em outras instâncias de responsabilização do direito sancionador; e (ii) da aplicação dos métodos de interpretação da hermenêutica clássica, sobretudo os métodos lógico, sistemático, histórico, sociológico, teleológico e axiológico.

Assim, buscar-se-á traçar paralelos e observar as semelhanças, as diferenças e as interfaces entre o ANPC e outros institutos de consensualidade: (i) de natureza penal, como a transação penal, o Acordo de Não Persecução Penal e acordos de colaboração premiada celebrados com os integrantes de organização criminosa; (ii) de natureza cível, como o termo de ajustamento de conduta; e (iii) de natureza administrativa, como o termo de compromisso de cessação no Cade e o acordo de leniência no âmbito de atos lesivos à Administração Pública e à ordem econômica, bem como o acordo de não persecução disciplinar.

Entre essas medidas citadas, a partir do acordo de não persecução penal, por exemplo, poder-se-ia inserir algumas obrigações, como a de o autor do fato confessar o ato ilícito; prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas; e cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração imputada. Por sua vez, a partir do acordo de leniência, poder-se-ia inserir no ANPC a obrigação do investigado de identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

O tema escolhido tem por objetivo viabilizar maior utilização e mais efetividade do ANPC como instrumento de consensualidade e cooperação do direito sancionador, buscando fomentar a política pública de combate à corrupção na Administração Pública do Brasil.

O novo conhecimento que se pretende produzir com a pesquisa é justamente a obtenção de critérios objetivos que permitam a imediata utilização do ANPC, com previsibilidade e segurança jurídica para todas as partes envolvidas. Dessa forma, contribui-se para o fomento da solução negocial de combate a atos de improbidade administrativa, trazendo maior efetividade para esta política pública anticorrupção.

Esse conhecimento pretende trazer inovação no sentido prático, visto que objetiva evidenciar e propor parâmetros de soluções que podem contribuir com instituições jurídicas, como o Ministério Público e o Judiciário, para a imediata e maior efetividade e aplicabilidade do ANPC.

Em razão da histórica corrupção sistêmica no Brasil, bem como dos mecanismos de corrupção que são reinventados a cada dia pelos infratores, a sociedade clama por um controle

mais eficiente da Administração Pública, em prol do interesse público e pela responsabilização célere e exemplar dos infratores, sejam particulares, sejam agentes públicos. O sentimento coletivo de impunidade a atos de corrupção precisa ser revertido.

Nesse contexto, o Acordo de Não Persecução Cível se traduz como importante instrumento no combate da corrupção em diferentes níveis, destacando-se a possibilidade de: (i) celeridade e efetividade na resposta estatal; e (ii) utilização do ANPC em casos mais graves e complexos, com a possibilidade de negociação com o infrator de sanções menos gravosas, desde que ele indique outros coautores ainda não identificados ou forneça outros benefícios à coletividade. Trata-se da consensualidade de colaboração.

Caso se consiga comprovar a possibilidade de utilização da cooperação no ANPC, obter-se-á uma atuação resolutiva e célere do poder público para reprimir o ato de corrupção administrativa que já foi perpetrado e prevenir a prática de novos atos ímprobos, evidenciando-se a utilidade social do tema proposto no contexto de política pública de enfrentamento da corrupção administrativa e proteção do patrimônio público.

A padronização de novas medidas de colaboração no ANPC, obtidas por meio de pesquisa em outros instrumentos do direito sancionador, trará maior segurança jurídica e efetividade ao instituto.

Assim, resta patente a utilidade técnico-jurídica do tema proposto, seja para o poder público, sobretudo Ministério Público e pessoa jurídica interessada, seja para os operadores do Direito, como o agente público – membro do Ministério Público ou advogado público do ente lesado que promoverá a responsabilização do infrator, o juiz que homologará o ANPC e o advogado do investigado –, seja para o próprio autor do ato ilícito, que se beneficia do acordo, evitando um processo judicial cujas sanções podem lhe ser ainda mais gravosas.

De outra banda, as discussões e eventuais soluções a serem encontradas na Dissertação ora proposta revelam a utilidade social do projeto. Diante da corrupção sistêmica no Brasil, conforme estudado na seção dois desta dissertação, o ANPC é um importante instrumento da política pública de enfrentamento à corrupção pública, destacando-se aspectos de celeridade na resposta estatal e possibilidade de negociação com o infrator de sanções menos gravosas.

Assim, o objetivo geral deste estudo de Mestrado é ampliar a discussão sobre como viabilizar maior aplicabilidade do Acordo de Não Persecução Cível para repressão a atos de improbidade administrativa, como instrumento de consensualidade e cooperação do direito sancionador.

Já os objetivos específicos podem ser sintetizados, de forma lógica e progressiva, no aprofundamento dos estudos ao longo das seções da Dissertação, observando-se os escopos dos seguintes tópicos:

- a) contextualizar a corrupção pública no Brasil e investigar os instrumentos de consensualidade previstos no ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para o ANPC em atos de improbidade administrativa, no âmbito da consensualidade no direito sancionador;
- b) identificar as lacunas legislativas e as dificuldades de utilização prática do instituto do ANPC, mediante estudo da base normativa, dos ensinamentos doutrinários e das balizas jurisprudenciais que permeiam o instituto, diante da anterior redação do art. 17, § 1.º, da LIA, dada pela chamada Lei Anticrime e, recentemente, da nova disciplina legal do instituto constante no art. 17-B, da Lei n. 8.429/1992, incluído pela Lei n. 14.230/2021, que promoveu a Reforma de 2021 na LIA;
- c) discutir, a partir da aplicação da teoria do diálogo das fontes e da aplicação de métodos de interpretação da hermenêutica clássica, a possibilidade de inclusão e a definição de “outras medidas em favor do interesse público” como obrigações no ANPC (art. 17-B, *caput* e § 6º, da Lei n. 8.429/1992), tendo por parâmetro outros instrumentos de consensualidade do direito sancionador – civil, administrativo e penal –, de maneira a fomentar a aplicabilidade prática do instituto, prestigiando uma atuação resolutiva e célere do poder público para reprimir atos ímprobos, com maior segurança jurídica, isonomia, previsibilidade e celeridade.

Em relação à forma de observação do fato social a ser estudado, registra-se que o tipo de pesquisa será o teórico, em especial a pesquisa bibliográfica, com análise de obras de autores clássicos na área de direito público e de livros e, sobretudo, de artigos mais contemporâneos que tratam especificamente do ANPC, até porque o instituto é bem recente, dado que as normas que atualmente regem a matéria foram editadas em 25 de outubro de 2021, por meio da Lei n. 14.230/2021, com especial destaque para a introdução do art. 17-B, na Lei n. 8.429/1992. Nesse contexto, será utilizada, ainda, a técnica de pesquisa documental com estudo de jurisprudência e de processo legislativo sobre improbidade administrativa e o ANPC, com destaque para os Projetos de Lei n. 10.887/2018 e n. 2.505/2021.

Assim, em matéria de metodologia, ressalta-se que o material e os métodos propostos na Dissertação são variados, a fim de se buscarem subsídios para uma abordagem jurídica e

social do problema indicado. Será utilizado na Dissertação o método hipotético-dedutivo, que é aquele que “[...] se inicia pela percepção de uma lacuna nos conhecimentos, acerca da qual formula hipóteses e, pelo processo de inferência dedutiva, testa a predição da ocorrência de fenômenos abrangidos pela hipótese” (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 106).

Neste contexto, as lacunas objeto da pesquisa são justamente as “outras medidas em favor do interesse público”, que podem ser incluídas no ANPC conforme o art. 17-B, *caput* e § 6.º, da LIA, como novas obrigações a serem negociadas entre o poder público e o investigado – ou demandado – por ato de improbidade.

A inferência dedutiva antes citada faz com que se parta de temas já consolidados, como os princípios da administração pública e todo o tratamento legislativo, doutrinário e jurisprudencial dado à improbidade administrativa. Em seguida, proceder-se-á à utilização da teoria do diálogo das fontes e de métodos de interpretação da hermenêutica clássica, com a análise de regramentos de outros institutos de consensualidade no direito sancionador – de natureza administrativa, cível ou penal – mais consolidados para se tentar obter respostas que viabilizem a imediata inclusão de novas obrigações no ANPC, com vistas à sua efetiva utilização.

Com esse mesmo objetivo, a pesquisa valeu-se de método auxiliar ou de procedimento, que colabora com os métodos de abordagem consistindo em etapa mais concreta de investigação. Trata-se do método auxiliar chamado comparativo, que “[...] realiza comparações com a finalidade de verificar semelhanças e explicar diferenças” (ANDRADE, 1995, p. 23), entre os citados institutos de consensualidade do direito sancionador.

O tipo de pesquisa utilizado foi a exploratória bibliográfica, que tem como objetivo resolver o problema trazido a partir de referenciais teóricos relacionados com a área específica do tema, em especial a legislação e os atos normativos já existentes, assim como as obras doutrinárias sobre a matéria.

Dada a contemporaneidade do tema escolhido – o ANPC teve seu atual contorno com a Lei n. 14.230, de 25/10/2021 – e a escassez de produção doutrinária específica sobre o Acordo de Não Persecução Cível em livros já editados, foram estudados diversos artigos doutrinários.

Foi também adotada a técnica de pesquisa documental, consistente no estudo do processo legislativo sobre improbidade administrativa e ANPC, com destaque para os Projetos de Lei n. 10.887/2018 e n. 2.505/2021.

O quadro de referência, para Marconi e Lakatos (2003), pode ser compreendido como uma totalidade que abrange dada teoria – generalização sobre os fenômenos sociais; no caso, pouca utilização e inefetividade do ANPC – e a metodologia específica dessa teoria – que engloba métodos de abordagem e de procedimento e técnicas. Assim, o quadro de referência da pesquisa foi composto pelo método de abordagem hipotético-dedutivo, pelo método de procedimento comparativo, juntamente com técnicas de pesquisa exploratória bibliográfica e documental.

No desenvolvimento dos estudos tendentes a investigar o problema proposto e pesquisar a hipótese levantada para solucioná-lo, a Dissertação inicia-se na seção dois com a abordagem do combate à corrupção como política pública. Para tal, inicialmente será jogada luz na interface entre corrupção e política pública no Brasil, mediante relevante contextualização da corrupção como um problema público. O diagnóstico do problema público e o estudo das mazelas dele decorrentes são imprescindíveis para tentar enfrentá-lo.

Neste primeiro eixo temático da Dissertação, qual seja, a corrupção, o principal marco teórico utilizado foi a obra *Corrupção e governo: causas, consequências e reforma*, das autoras Rose-Ackerman e Palifka (2020), que são referência nacional e internacional no assunto. Tal obra aborda o fenômeno da corrupção pelas perspectivas jurídica, econômica e político-institucional. Tendo por pano de fundo a análise sistêmica e macro da corrupção proposta pelas autoras, o estudo da corrupção foi aprofundado pela leitura de obras de autores nacionais, a fim de se verticalizar os problemas específicos do Brasil com a corrupção.

Para que não restem dúvidas sobre a pertinência temática do objeto desta Dissertação com a área de concentração do curso de mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro em “Estado, Sociedade e Políticas Públicas”, bem como com a linha de pesquisa escolhida “Estado, Constituição e Políticas Públicas”, será feito o enquadramento do ANPC em cada fase do ciclo de políticas públicas.

Será estudada a contribuição da comunidade internacional com o Brasil no combate da corrupção, inclusive com leitura do ANPC à luz dos tratados internacionais internalizados pelo Estado brasileiro.

Na abordagem da corrupção e da forma de seu enfrentamento, fez-se necessária a análise do fenômeno denominado “apagão das canetas” a fim de se verificar como eventuais excessos pelos órgãos de controle também contribuem para o sentimento de impunidade. Como contraponto, em seguida, a corrupção será lida com o pano de fundo da teoria da

captura, revelando-se a necessidade de atenção para se evitar a cooptação de agentes públicos e o comprometimento da eficiência de órgãos públicos, em especial das agências reguladoras.

Serão abordadas as principais causas e consequências da corrupção identificadas pela doutrina, para, em seguida, buscarem-se diretrizes para uma agenda de reforma anticorrupção, incluindo uma forma mais efetiva de utilização do ANPC.

Fechando a segunda seção, será abordado o combate à corrupção à luz do Estado de Direito Material, valendo-se dos ensinamentos do jurista espanhol García de Enterría. Neste sentido, será feita uma releitura do princípio da legalidade no contexto da democracia constitucional, ressaltando a importância do preenchimento das lacunas para a imediata aplicabilidade do ANPC, de maneira a se promoverem previsibilidade e segurança jurídica na utilização do instituto de forma isonômica e equitativa, com maior uniformidade e visando à sua efetividade, atendendo aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da eficiência e da duração razoável do processo.

A seção três consiste no estudo da consensualidade no âmbito da Administração Pública. Neste eixo temático, o principal marco teórico estudado foi a obra *Sanção e acordo na administração pública*, da autora Juliana Bonacorsi de Palma (2015). A compreensão da evolução acadêmica, doutrinária e legislativa sobre o fenômeno da consensualidade no direito público é de fundamental importância para a análise de viabilidade e sucesso do teste de hipótese inicialmente proposto.

Inicia-se esta parte do estudo com a abordagem sobre os fundamentos, o conceito e a classificação dos instrumentos da consensualidade, seguindo para a escrita sobre alguns aspectos relevantes da evolução da consensualidade no direito brasileiro, com especial destaque para a releitura dos tradicionais princípios da legalidade, da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público.

Neste contexto, buscou-se, com suporte em ensinamentos de diversos autores, a compreensão da necessidade de superação do traço histórico da visão clássica da intransacionabilidade processual e material dos interesses da Administração Pública. Tal tradição considerava impossível negociar com o interesse público, o que afastava o emprego dos instrumentos do gênero, incluindo os de composição extrajudicial de conflitos, como a conciliação, a mediação, a arbitragem e os ajustamentos de conduta. No entanto, adotou-se nesta Dissertação uma visão contemporânea de que a consensualidade não ofende a busca e o alcance do interesse público, e sim procura meios mais céleres e efetivos de atingi-los, como

ensinam os professores Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008) e Gustavo Binbenbojm (2020), cujas obras foram importantes marcos teóricos utilizados no tema.

Prosseguindo na análise da consensualidade em sentido estrito nos acordos de direito administrativo, foram estudados os acordos substitutivos, assim como a importância, a utilização, os limites e o controle dos poderes administrativos normativo, disciplinar e discricionário no contexto da consensualidade no direito público. Em seguida, fechando a seção três, aprofundaram-se os estudos sobre os efeitos e o controle judicial dos acordos substitutivos.

O tema da seção quatro será improbidade administrativa e regime jurídico do ANPC. Inicialmente, antes de se adentrar na análise do instituto do ANPC, faz-se conveniente o estudo sobre os aspectos gerais da improbidade administrativa. Ora, se o ANPC tem por escopo evitar o processo de improbidade para o investigado ou réu, é importante que se contextualize como ocorre a tipificação, a investigação e a ação judicial relacionadas à improbidade administrativa.

Em seguida, será estudado como se deu a evolução legislativa e qual é o conceito e a natureza jurídica do ANPC, assim como seus legitimados, requisitos, pressupostos objetivos e subjetivos, obrigações necessárias e procedimento. Relevante análise será feita sobre a necessidade de inclusão de novas obrigações no acordo da confissão do réu ou investigado.

Questões controvertidas na doutrina e na jurisprudência relacionadas ao acordo, tais como o papel do Tribunal de Contas, o controle interno no âmbito do Ministério Público, o controle judicial e os efeitos da celebração do ANPC para o colegitimado serão objeto de análise.

Nas seções quatro e cinco, ao tratar dos temas ANPC e improbidade administrativa, o principal marco teórico utilizado foram as obras do jurista Emerson Garcia, que foi integrante da Comissão de Juristas da Câmara dos Deputados para a revisão da Lei n. 8.429/1992. O citado professor é referência nacional em improbidade administrativa, estuda o tema há cerca de 20 anos e é autor de livros e artigos sobre a matéria, podendo ser citados como exemplos: GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência na Lei nº 8.429/92. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 66, out./dez. 2017; GARCIA, Emerson. O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do Acordo de Não Persecução Cível: alguns pontos. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 80, p. 57-94, abr./jun.

2021; e GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Ademais, o jurista é o autor da proposta do instituto chamado Acordo de Não Persecução Cível, originariamente previsto em outro projeto apresentado pela Comissão de Juristas da Câmara e que foi aproveitado pelo Projeto de Lei que culminou na edição da Lei Anticrime, vide palestra proferida pelo autor (GARCIA, Emerson. #23 – *Acordo de não persecução cível na improbidade administrativa*. Julgados e comentados do MPPR. Disponível em formato de *Podcast* em <https://anchor.fm/julgadosecomentados>).

A última seção, fazendo uma ponte com o título desta Dissertação, denomina-se “ANPC e seus novos horizontes”, e é justamente nela em que serão verticalizados os estudos sobre possíveis soluções para a lacuna legislativa na regulamentação do ANPC.

Como eventual obrigação a ser pactuada no ANPC, será perquirida a importância do fomento de mecanismos de auditorias, códigos de ética, *compliance*, governança, integridade, *accountability* e ESG.

Para se tentar a proposição de outras obrigações possíveis a serem incluídas no ANPC, será estudada a interface deste acordo com outros institutos de direito sancionador, e esta ponte será feita com auxílio da teoria jurídica dos métodos de interpretação da hermenêutica clássica, dos princípios regentes do direito público, tais como os da eficiência, impessoalidade, isonomia e duração razoável do processo – administrativo e judicial –, harmonização, proporcionalidade, participação, proteção à confiança, boa-fé e segurança jurídica, assim como da teoria do diálogo das fontes.

Esses institutos jurídicos serão lidos à luz dos microssistemas anticorrupção e da tutela coletiva, de maneira a se verificar a possibilidade de importação do regime jurídico de outros institutos de consensualidade de natureza penal, cível e administrativa para preenchimento das lacunas legislativas ainda existentes no atual regramento normativo do ANPC.

Neste contexto, será aprofundado o estudo sobre consensualidade de colaboração, incluindo a análise dos processos legislativos que culminaram no ANPC. Serão, ainda, trazidos ensinamentos da doutrina sobre o ANPC, a independência mitigada entre as instâncias de responsabilização e a atuação integrada interinstitucional e interna dos legitimados a celebrarem o ANPC.

Caso as hipóteses trazidas durante a Dissertação revelem-se viáveis, será possível que a consensualidade no ANPC, sobretudo nos casos mais graves e/ou complexos, inclusive envolvendo organizações criminosas, não seja meramente de pura reprimenda, e sim de

efetiva colaboração, de maneira que seja negociado um benefício – não ajuizamento da ação de improbidade administrativa e a não incidência de todas as sanções previstas nos incisos do art. 12, da LIA – em troca de outras medidas que se revelem menos gravosas para o autor do fato e mais vantajosas para o interesse público.

Desta forma, ter-se-á uma atuação célere e eficiente do poder público para reprimir o ilícito que já foi perpetrado e prevenir a prática de novos atos ímprobos. Assim, o ANPC revela-se como promissor instrumento de uma nova política pública de enfrentamento à corrupção no Brasil, com um viés de consensualidade, resolutividade, cooperação e colaboração no direito sancionador.

2 COMBATE À CORRUPÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA

A corrupção é um tema multidimensional, seja em suas causas, pois possui raízes econômicas, sociais, culturais, políticas, éticas, etc., seja em suas consequências, pois impacta diferentes setores, como a própria economia, a administração pública e a qualidade de vida da população.

A doutrina estrangeira especializada das autoras Rose-Ackerman e Palifka (2020) traz grande contribuição para a compreensão do fenômeno da corrupção e para o seu necessário combate como política pública de Estado.

A obra das citadas autoras foi o principal marco teórico pesquisado nesta Dissertação para o estudo da corrupção de forma sistêmica, a fim de que, a partir de uma visão global sobre o tema, se possa trazer à pauta a importância da formulação, implementação e avaliação de políticas públicas de enfrentamento da corrupção, em especial o fomento à utilização do ANPC.

Conforme será desenvolvido adiante, a resposta estatal que cada país dá aos envolvidos em atos de corrupção pública acaba por gerar custos e benefícios para que agentes públicos e privados ponderem sua participação em arranjos corruptos. A legislação de cada país e, conseqüentemente, o tratamento a ser dado pelos órgãos estatais de controle das pessoas que pratiquem atos de corrupção certamente influenciam na prevenção e repressão à corrupção.

2.1 Contextualização da corrupção como um problema público

Para uma definição ampla de corrupção, parte-se da ideia de “[...] abuso de um poder delegado (*entrusted power*) para ganhos privados” (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 24), destacando-se a figura do “agente-principal”, que consiste em um agente público que se desvia da sua função para atingir objetivos privados – por meio, por exemplo, do recebimento de dinheiro em troca de favores e outras práticas, como peculato, nepotismo, extorsão, etc.

Nesses casos, de acordo com a doutrina clássica de direito administrativo, o agente público age ilícitamente, com abuso de poder, na modalidade desvio de poder, visto que se afastou da finalidade pública (CARVALHO FILHO, 2018).

É justamente esse desvio da confiança que é depositada nos agentes públicos que acaba minando a legitimidade de governos e afetando negativamente políticas públicas afetas a diferentes direitos sociais.

A corrupção no setor público viola direitos fundamentais, em especial por inviabilizar a concretização dos direitos sociais, seja pelo impacto negativo na efetividade de políticas públicas que se frustram, por exemplo, com redução da eficiência de serviços públicos, seja pelo desvio de verba pública, que deveria ser utilizada na execução dessas políticas públicas.

Tais impactos nocivos da corrupção são amplamente noticiados pela doutrina, como é possível observar no trecho abaixo:

Luckas Lopes e Silvia Toyoshima concluem que a verificação empírica do relacionamento entre corrupção e eficiência governamental é de elevada relevância, seja no Brasil, seja em outros países. Segundo os autores, os resultados indicaram que a corrupção tende a diminuir o nível de eficiência governamental. Desse modo, as ações de combate a essas práticas possibilitariam maior taxa de retorno dos recursos destinados às áreas de saúde e de educação no país, o que poderia gerar maior bem-estar social e crescimento econômico. Após repassar a literatura especializada, concluem que a corrupção tem influenciado negativamente a eficiência na prestação de serviços de educação e saúde nas diversas regiões do país, mesmo quando se olha para o nível de instrução e de renda locais. (FIGUEIREDO, 2020, p. 37)

2.1.1 Interface entre corrupção e política pública no Brasil

O enfrentamento à corrupção administrativa no Brasil está intimamente ligado à ideia de política pública sob dois pontos de vista. A primeira abordagem é no sentido de que é inegável que a persecução estatal – administrativa, cível e criminal – aos atos de corrupção é realizada por meio de diversas políticas públicas, em diferentes níveis. Uma espécie dessas políticas públicas é justamente o ANPC, no âmbito dos atos tipificados como de improbidade administrativa.

O segundo argumento é que o integral ressarcimento do dano patrimonial ao erário – quando houver dano – é um consectário lógico-jurídico do sucesso da persecução estatal aos atos ímprobos. É que a recomposição dos prejuízos aos cofres públicos permite ao poder público utilizar o valor recuperado para o custeio de outras políticas públicas, seja de natureza prestacional em diferentes áreas, seja no setor com pertinência temática em que ocorreu

anteriormente o ato de corrupção pública, tudo de acordo com critérios legais, prioritários e discricionários do setor público.

Assim, por meio do ressarcimento ao erário, é possível o financiamento de outras políticas públicas em diferentes áreas, como educação, saúde, assistência social, meio ambiente, cultura, etc.

Desta forma, para colaboração na concretização dos direitos sociais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil¹, é urgente que o país consolide e utilize os instrumentos previstos no ordenamento jurídico para o combate à corrupção, em especial o ANPC, dado todo seu potencial ainda subaproveitado.

A corrupção causa impacto na vida social, ocasionando ausência e ineficiência de políticas públicas em múltiplas áreas e afetando a prestação de serviços públicos, inclusive os essenciais, de maneira que atinge toda a coletividade. Neste sentido, corrobora a doutrina que

[...] os atos de corrupção e de improbidade nas suas mais variadas formas impactam negativamente o bom uso dos, não raras vezes, escassos recursos públicos, afetando diretamente o crescimento econômico e social dos Estados e reduzindo a promoção da saúde, da educação, do transporte e de outros serviços essenciais. Exigem-se, por isso, mecanismos de boa gestão de *accountability*, de eficiência na previsão, na aplicação e na gestão dos recursos públicos. [...] A eficiência do setor público é reduzida pela corrupção, conforme sabemos, em práticas conhecidas como fraudes em licitações públicas e outros contratos, diminuindo a efetividade do gasto social por meio de desvios de frações do orçamento para práticas ilícitas e reduzindo a produtividade do investimento público. A não aplicação de recursos públicos nas políticas públicas sociais, por vontade política às vezes condicionada pelas patologias corruptivas, possui potencial de causar impactos diferenciados à população vulnerável e aos diversos grupos que a compõem. (FIGUEIREDO, 2020, p. 31, 37)

Nesse sentido, o Estado de Direito, com base no atual ordenamento jurídico e por meio da atuação de cada um dos Poderes do Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário –, assim como do Ministério Público e do Tribunal de Contas, pode e deve atuar mais efetivamente no combate à corrupção, pelo fomento à utilização do ANPC.

Numa breve abordagem histórica, percebe-se que a corrupção em território brasileiro remonta à época colonial, em que vários fatores relacionados à precariedade dos sistemas de

¹ Art. 6.º, da CRFB: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

controle contribuíram para institucionalização do abuso de poder, sendo certo que a dificuldade – ainda que preordenada – de separar o público do privado remonta à prática portuguesa (FAORO, 2000; LEAL, 2012).

O Brasil Colônia era composto por elementos complicadores no aspecto da probidade, como a administração de caráter personalista pela metrópole portuguesa, a exploração do trabalho escravo, a subtração de riquezas, a dizimação dos indígenas, bem como dificuldades de transporte e comunicação.

Com o passar dos anos, após a independência do Brasil, ou após a Proclamação da República, ou, ainda, nos dias atuais, fato é que ainda persiste, por parte de alguns agentes públicos, uma visão patrimonialista da administração pública, com certa promiscuidade consistente na mistura da coisa pública com interesses privados.

Nesse contexto, agentes públicos corruptos, muitas vezes em conluio com terceiros particulares, reinventam com criatividade de sobra métodos para obterem benefícios ilícitos em detrimento do interesse público. Nesse sentido, merece destaque a análise sociológica a seguir:

A corrupção tornou-se um dos principais problemas para a gestão pública e para a democracia, questão essa amplamente reconhecida pela opinião pública no Brasil. Sabemos que 73% dos brasileiros consideram a corrupção como muito grave e 24% como grave. Definida genericamente como ‘solicitar ou receber, para si ou para outrem [...] direta ou indiretamente [...] vantagem indevida [...]’, a corrupção como fenômeno político vai muito além desse aspecto. Ela influencia a legitimidade dos governos, a capacidade de governar e até mesmo a visão genérica da população sobre o país no qual ela vive. No caso do Brasil, a corrupção tem origens históricas fortemente centradas em aspectos da colonização portuguesa que, como sabemos, remunerava insuficientemente seus funcionários, reservando-lhes uma forte dose de prerrogativas nas relações com interesses privados. De modo geral, atribui-se a corrupção à herança ibérica e ao patrimonialismo – tipo de dominação política. Esse tipo de leitura a respeito do problema da corrupção atribui ao Estado e à cultura política brasileira a explicação das mazelas institucionais promovidas pela malversação dos recursos públicos, tendo em vista nossa herança histórica. Com isso, tende-se a naturalizar o conceito de corrupção, sendo o Estado brasileiro, pelo conceito de patrimonialismo, o espaço natural dos vícios. Por esse tipo de abordagem, é proporcionado um engessamento crítico das instituições políticas, uma vez que a possibilidade de controle da corrupção ocorreria apenas por uma revolução cultural e histórica do Brasil. (AVRITZER; FILGUEIRAS, 2011, p. 7)

Atualmente, a métrica mais popular de medição da corrupção é o Índice de Percepção da Corrupção (IPC), produzido desde 1995 pela organização Transparência Internacional. Este principal indicador de corrupção do mundo avalia 180 países e territórios e atribui a eles notas em uma escala entre 0 – quando o país é percebido como altamente corrupto – e 100 – quando o país é percebido como muito íntegro. Tal índice é uma “[...] compilação de dados de outras fontes, que são computados de forma a produzir um número para cada país” (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 32).

A Transparência Internacional destaca que o índice IPC é a referência mais utilizada no mundo por tomadores de decisão dos setores público e privado para avaliação de riscos e planejamento de suas ações.

De acordo com a Transparência Internacional, a variação de 35 pontos, em 2019, para 38 pontos, em 2020, significa que a percepção da corrupção no Brasil permanece estagnada em um patamar muito ruim, abaixo da média dos Brics (39), da média regional para a América Latina e o Caribe (41) e mundial (43), e ainda mais distante da média dos países do G20 (54) e da OCDE (64). O aumento fez o país passar da 106.^a posição para a 94.^a, num *ranking* de 180 países e territórios, ainda atrás de países como Colômbia, Turquia e China. Em 2021, o Brasil manteve os 38 pontos, ficando na 96.^a posição.²

A Transparência Internacional alerta que o Brasil, nos últimos anos, vem enfrentando sérios retrocessos no combate à corrupção, denunciados no relatório *Brazil: Setbacks in the Legal and Institutional Anti-Corruption Frameworks*. Nesta linha, a citada organização ressalta que

[...] em 2021, o IPC destaca a relação entre corrupção e abuso de direitos humanos. Como mostra o relatório deste ano, países percebidos como altamente corruptos têm maior probabilidade de reduzir seu espaço cívico e democrático e atacar direitos da população.³

Ao mesmo tempo em que o fenômeno da corrupção – seja no setor público, seja na iniciativa privada – é um problema histórico do Brasil, fato é que também ocorre na comunidade internacional, de maneira que, como se verá nos próximos itens, atualmente

² Vide mapa e tabela disponíveis no *site* <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>.

³ Vide matéria publicada no *site* <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>, bem como o correlato artigo disponível em <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/indice-de-percepcao-da-corrupcao-2021>.

existe uma comunhão de esforços transnacionais para o enfrentamento deste problema público global.

Constatada a existência da corrupção no Brasil como um fato social, pergunta-se: Como enfrentá-la? O combate à corrupção pública ocorre por meio de políticas públicas, como, por exemplo, do ANPC. E para que o enfrentamento da corrupção seja efetivo, é necessário que todas as fases do ciclo da correlata política pública sejam planejadas e executadas com eficiência.

De acordo com a doutrina especializada em políticas públicas de Leonardo Secchi (2014), há dois sentidos para a palavra política: (i) *politics* se refere às formas de obtenção e manutenção do poder sobre os homens, isto é, processos de negociação política; (ii) *policy* diz respeito à política em um sentido mais concreto de orientação para decisão e ação.

Assim, o termo “política pública” (*public policy*) se encaixa na concepção semântica de política como *policy*, ou seja, “[...] políticas públicas tratam do conteúdo concreto e do conteúdo simbólico de decisões políticas, e do processo de construção e atuação dessas decisões” (SECCHI, 2014, p. 1).

Partindo da conceituação acima, o citado autor define política pública como uma diretriz para a resolução de um problema público. E o problema público, em sentido amplo, objeto da presente Dissertação é a corrupção.

Do ponto de vista metodológico-acadêmico, a presente Dissertação presta-se a estudar especificamente o problema da atual subutilização do Acordo de Não Persecução Cível (ANPC) como instrumento de consensualidade e colaboração do direito sancionador na repressão a atos de improbidade administrativa e a inefetividade atual desta política pública anticorrupção.

Desta forma, a definição de política pública está diretamente relacionada à noção de problema público, à medida que “[...] para que um problema seja considerado ‘público’, este deve ter implicações para uma quantidade ou qualidade notável de pessoas” (SECCHI, 2014, p. 7). O autor ressalta que, para um problema ser considerado público, os atores políticos devem o considerar um problema relevante e de interesse geral.

Neste contexto, ressalta-se que a corrupção afeta direta e indiretamente a toda a coletividade de forma difusa – como será abordado no item à frente referente às consequências da corrupção. Ademais, há recorrente preocupação do poder público e da sociedade civil com a corrupção. Assim, é inquestionável que a corrupção é um problema

público no Brasil e, como tal, deve ser objeto de enfrentamento por meio de políticas públicas, como o ANPC.

2.1.2 ANPC e o ciclo de políticas públicas

Entre as diferentes tipologias da política pública, Leonardo Secchi (2014) destaca a que é proposta por Theodore J. Lowi, indicando haver quatro tipos de políticas públicas, segundo o critério do impacto esperado na sociedade, a saber:

- a) políticas regulatórias: referem-se a padrões de comportamento, serviço ou produto para atores públicos e privados;
- b) políticas distributivas: geram benefícios concentrados para alguns grupos de atores e custos difusos para toda a coletividade;
- c) políticas redistributivas: concedem benefícios concentrados a algum grupo de atores com um custo concentrado para um outro grupo específico de atores;
- d) políticas constitutivas: definem as competências, jurisdições, regras da disputa política e da elaboração de políticas públicas; é justamente neste quarto grupo que se encaixam as políticas públicas de enfrentamento à corrupção, como o ANPC.

O ciclo de políticas públicas (*policy cycle*) é o processo dinâmico pelo qual são elaboradas as políticas públicas (*policy-making process*), de maneira que “[...] o ciclo de políticas públicas é um esquema de visualização e interpretação que organiza a vida de uma política pública em fases sequenciais e interdependentes” (SECCHI, 2014, p. 33).

Como visto no item anterior, para iniciar o estudo de uma política pública é preciso identificar qual é exatamente o problema público que a precede. Feito o diagnóstico do problema – no caso, a corrupção –, passa-se a trabalhar para encontrar a política pública mais adequada para resolvê-lo de forma eficaz.

Para a enfrentamento deste problema público da corrupção, é imprescindível um engajamento dos setores público e privado, unindo esforços dos governos, por meio dos agentes públicos e da sociedade civil, em especial das pessoas politizadas e das instituições que não integram a estrutura do Estado – como ONGs –, visando à transformação da realidade social.

O ciclo de políticas públicas é uma construção doutrinária, como forma de se visualizar e interpretar a vida de uma política pública, observando-a a se desenvolver em fases sequenciais e interdependentes.

Assim, apesar de o ciclo proposto servir como instrumento que busca facilitar a compreensão sobre a formulação e a implementação de políticas públicas, muitas vezes as fases do ciclo apresentam-se fora da ordem proposta pelo esquema teórico, podendo se misturar ou ocorrer concomitantemente, como é o caso da avaliação, que acontece durante todo o processo.

De acordo com Leonardo Secchi (2014), há sete fases que compõem o ciclo de políticas públicas: (1) identificação do problema; (2) formação da agenda; (3) formulação de alternativas; (4) tomada de decisão; (5) implementação; (6) avaliação; e (7) extinção.

A seguir, será feita breve abordagem de cada uma dessas fases, com a devida interface com o ANPC, como política pública de combate à corrupção.

A primeira fase é a identificação do problema, que, como já visto, deve ser, no âmbito das políticas públicas, um problema público, que, no caso, é a corrupção na administração pública no Brasil, preocupação dos atores públicos e sociais, que é encarada pelos cidadãos como um grave problema, com repercussões em várias áreas.

Nesta fase, ressalta-se a importância dos partidos políticos e dos atores do cenário político, que têm relevante papel de levantar os problemas políticos e propor ações para a resolução deles por meio de políticas públicas. O próprio ANPC é uma política pública oriunda do Poder Legislativo, que editou Lei criando o instituto.

A segunda fase é a formação da agenda, que ocorre em diferentes esferas. A agenda é o conjunto de problemas e temas que são relevantes para determinado ator e podem compor um plano de governo, um orçamento de um ente federativo, uma pauta da mídia, etc. Nesta fase, são avaliados os custos e os benefícios de uma determinada política pública, inclusive os recursos disponíveis para concretizá-la.

A formação da agenda anticorrupção está em constante construção no Brasil, como se vê pela sucessão de leis editadas instituindo diferentes políticas públicas de enfrentamento da corrupção, como a Lei Anticorrupção (acordo de leniência)⁴, a Lei de improbidade

⁴ Vide art. 16, § 1.º, III, da Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial) e art. 86, § 1.º, IV, da Lei n. 12.529/2011 (Lei do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade).

administrativa (ANPC)⁵ e a Lei, ou pacote anticrime, (Acordo de Não Persecução Penal – ANPP).⁶

A terceira fase do ciclo das políticas públicas é a formulação de alternativas, que consiste em construir as possíveis soluções para os problemas diagnosticados, considerando, ainda, as consequências e os impactos das medidas que eventualmente serão tomadas. Nesta etapa, quando se tratar de decisões político-administrativas na formulação das alternativas, o gestor público deverá observar as disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb)⁷, em especial: (i) Nas esferas administrativas, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão⁸; (ii) A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive em face das possíveis alternativas⁹; (iii) A decisão que, na esfera administrativa, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa – e esta invalidação pode gerar ou extinguir uma política pública – deverá indicar, de modo expresso, suas consequências jurídicas e administrativas¹⁰; (iv) Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.¹¹

Nesta fase de formulação de alternativas, há intensa discussão entre os atores públicos e a sociedade civil, na busca de uma estratégia, inclusive com a definição de metas que, se possível, devem ser especificadas, até para que se possa facilitar a fase de avaliação da eficácia das políticas públicas em cada etapa.

A quarta fase do ciclo é a tomada de decisão, momento em que os agentes competentes para promover e implementar a política pública avaliam o que foi produzido durante o período de formulação de alternativas e escolhem o meio mais eficaz e possível para enfrentar o problema, levando em consideração os objetivos e métodos.

No caso objeto desta dissertação, a escolha do Legislador foi instituir o ANPC, por Lei¹², como política pública de repressão aos atos tipificados como de improbidade administrativa.

⁵ Vide art. 17-B, da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

⁶ Vide art. 28-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.964/2019 (Lei Anticrime).

⁷ Decreto-Lei n. 4.657/1942.

⁸ Art. 20, *caput*, do Decreto-Lei n. 4.657/1942, incluído pela Lei n. 13.655/2018.

⁹ Art. 20, Parágrafo único, do Decreto-Lei n. 4.657/1942, incluído pela Lei n. 13.655/2018.

¹⁰ Art. 21, Parágrafo único, do Decreto-Lei n. 4.657/1942, incluído pela Lei n. 13.655/2018.

¹¹ Art. 22, *caput*, do Decreto-Lei n. 4.657/1942, incluído pela Lei n. 13.655/2018.

¹² Art. 17-B, da Lei n. 8.429/1992.

A quinta fase do ciclo da política pública é a implementação, que significa colocar em ação o que foi planejado.

É justamente nesta fase do ciclo da política pública do ANPC em que se situa o estudo ora realizado. O grande desafio da fase de implementação é fazer com que uma política pública seja efetiva. Para tal, é comum que sejam feitas pesquisas e que se busquem na história os modelos de implementação de políticas públicas similares que deram certo. Também é possível a reavaliação dos objetivos traçados ou a adoção de novas estratégias para concretizar esta fase de implementação.

Como se verá na seção 5, por meio do diálogo das fontes e dos métodos clássicos de hermenêutica, será possível aprimorar a forma de utilização do ANPC, tomando como exemplo outros instrumentos de consensualidade do direito sancionador, de maneira a fomentar a aplicação e, conseqüentemente, a efetividade do instituto.

A sexta fase do ciclo da política pública é a avaliação, que acontece antes, durante e depois do processo de implementação da política pública. Assim, pode-se afirmar que o momento do controle de políticas públicas é durante todo o ciclo de vida da política pública: (a) *ex ante*, enquanto a política ainda está sendo formulada; (b) *in itinere*, paralelamente à sua implementação; e (c) *ex post*, mediante avaliação retrospectiva dos resultados e efeitos da intervenção governamental.

Trata-se de relevante fase que serve para aperfeiçoar a política pública que está sendo executada e para inspirar novas políticas públicas com eventuais êxitos e boas práticas.

É importante avaliar continuamente o impacto da política pública, de maneira a verificar constantemente se o problema público inicial está sendo resolvido ou se, ao menos, seu impacto tem sido atenuado. No caso do ANPC como política pública de enfrentamento à corrupção de atos de improbidade, sabe-se que o instituto, por si só, não será capaz de eliminar por completo o problema público, de maneira que o que se busca é a repressão e a prevenção dos ilícitos.

Em matéria de avaliação e controle das políticas públicas, o Tribunal de Contas da União¹³ ensina que o controle da política pública pode ser compreendido sob quatro perspectivas:

a) controle gerencial: de responsabilidade da gestão operacional, busca

¹³ Vide Referencial de Controle de Políticas Públicas do TCU. (BRASIL, 2021). Disponível em: [file:///C:/Users/Membro/Downloads/Referencial%20Controle%20de%20Políticas%20Publicas_v4%20\(6\).pdf](file:///C:/Users/Membro/Downloads/Referencial%20Controle%20de%20Políticas%20Publicas_v4%20(6).pdf). Acesso em: 23 jan. 2023.

assegurar o alcance dos objetivos e o melhor uso dos recursos – ferramentas, pessoas, processos, dinheiros, etc. Este controle promove o monitoramento do desempenho das intervenções, a gestão de seus riscos e controles internos, bem como o controle administrativo, que compreende o plano de organização e todos os métodos e procedimentos que dizem respeito à eficiência operacional e à decisão política traçada pela Administração;

- b) controle interno: responsável pela auditoria interna e condução de avaliações objetivas e independentes sobre a adequação e a eficácia de controles internos, processos e estruturas criados para apoiar a boa governança pública¹⁴;
- c) controle externo: em que pese a possibilidade de colaboração com todos os tipos de controle, realiza auditorias externas e meta-avaliações; analisa a qualidade, a completude, a tempestividade e a confiabilidade das informações prestadas; analisa o desempenho do portfólio de políticas, bem como verifica aspectos qualitativos, como a relevância, a utilidade e a coerência das intervenções para o tratamento dos problemas públicos. Busca, portanto, oferecer segurança para as partes interessadas sobre as informações prestadas pela gestão, de forma independente desta¹⁵;
- d) controle social: refere-se ao controle da Administração Pública realizado pela sociedade civil, seja mediante instâncias institucionalizadas, como os conselhos gestores de políticas públicas, seja mediante instituições independentes, como observatórios ou a ação da mídia. Dada a importância do tema, o controle social será abordado no próximo item.

De acordo com Ana Paula de Barcellos (2005), os pressupostos para análise do controle das políticas públicas, tendo por pano de fundo o neoconstitucionalismo e os direitos fundamentais, são:

- (i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo, (v) a

¹⁴ Vide art. 74, da CRFB/1988.

¹⁵ Vide exemplo dos Tribunais de Contas (arts. 70/71, da CRFB/1988).

Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos. (BARCELLOS, 2005, p. 91, grifo no original)

A autora, ao tratar da construção dogmática do controle das políticas públicas, destaca a importância de três temas:

- a) identificação dos parâmetros de controle, em que se destaca que o objetivo do parâmetro é assegurar uma eficiência mínima às ações estatais, e seu fundamento está na vinculação do Estado às metas constitucionais obrigatórias, que são cumpridas mediante escolhas públicas eficientes em um Estado democrático e republicano – como serviços públicos de saúde e educação;
- b) garantia de acesso à informação, cuja aplicação efetiva depende de disponibilização de informação acerca (i) dos recursos públicos disponíveis; (ii) da previsão orçamentária; e (iii) da execução orçamentária a fim de se controlar determinada política pública;
- c) elaboração de instrumentos de controle: caso se verifique que determinada política pública obrigatória não foi cumprida, quais as consequências jurídicas? De acordo com a norma jurídica violada, poderá ocorrer, por exemplo, a punição do agente público infrator. Observe-se, por exemplo, o caso de um servidor público que, ao executar determinada política pública na área de saúde, comete ato de improbidade administrativa por superfaturamento de equipamentos e insumos. A própria Lei de Improbidade Administrativa estabelece as sanções aplicáveis, assim como a possibilidade de celebração do ANPC.

Em se tratando da fase de avaliação de política pública, verifica-se que a atual subutilização do ANPC indica que tal política anticorrupção ainda é ineficiente, razão pela qual são necessários ajustes na fase anterior de implementação do instituto, conforme será abordado na quinta seção desta Dissertação.

Finalmente, a sétima fase do ciclo da política pública, segundo Leonardo Secchi (2014), é a extinção, que ocorre em três casos, quando: (a) o problema que deu origem à política pública foi resolvido; (b) a política pública implementada é ineficaz; (c) apesar de o problema não ter sido resolvido, ele perdeu a importância, dando espaço a outros problemas que estão nas agendas.

Tendo em vista que o ANPC não se enquadra em quaisquer das hipóteses acima, acredita-se que tal política pública deve permanecer no ordenamento jurídico, com os devidos aprimoramentos que se mostrarem relevantes, seja por meio de aperfeiçoamento legislativo ou normativo, seja pela sua utilização como consensualidade de colaboração, como será proposto também na quinta seção.

2.2 Contribuição da comunidade internacional para o combate à corrupção no Brasil

A comunidade internacional tem desempenhado importante papel no enfrentamento da corrupção em diferentes níveis. As autoras Rose-Ackerman e Palifka (2020) destacam que as instituições internacionais têm atuação relevante, mas limitada, dada a posição dominante dos Estados nacionais, diante de sua soberania.

Destacam as citadas especialistas que “[...] esforços internacionais bem concatenados podem beneficiar as pessoas comuns e podem ajudar, e não prejudicar, os negócios domésticos e globais” (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 535), de maneira que os únicos perdedores com a união de forças no combate à corrupção são os beneficiários das negociatas, sejam agentes públicos, sejam particulares.

Desta forma, longe de inviabilizar a celebração de contratos nos setores público e privado, o combate à corrupção, quando feito por meio de políticas públicas bem planejadas e executadas, como é o caso do ANPC, fomenta o desenvolvimento econômico e social.

Com a globalização e o aumento dos negócios jurídicos públicos e privados em nível internacional, a corrupção, muitas vezes, acaba ganhando caráter transnacional. No contexto de atuação da comunidade internacional no enfrentamento à corrupção, as citadas autoras destacam a importância do fornecimento e da troca de informações, da seguinte forma:

Três espécies de informação consideram-se relevantes: avaliações sociológicas das políticas de reforma, dados comparativos entre países sobre níveis de corrupção e qualidade do governo, e a produção de reportagens investigativas por jornalistas ou por grupos de pressão. [...] Às vezes, organizações que publicam informações comparativas entre países vão além da simples produção de indicadores, aplicando pressão direta sobre os países com pontuação ruim. Similarmente, organizações da sociedade civil, como a Transparência Internacional e a Integridade Global, usam seus dados e os de terceiros como meio de defender a reforma. Elas vão além do simples fornecimento de informações, advogando mudanças por meio de núcleos

locais ou mediante alianças com atores locais. (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 540)

No contexto dessas organizações que publicam informações comparativas entre países sobre a corrupção e estudos sobre o tema, merece destaque o papel da Transparência Internacional, conforme evidenciado no item anterior.

Acerca da importância do direito à informação, a Transparência Internacional indica que, para dar fim ao círculo vicioso da corrupção, das violações dos direitos humanos e do declínio da democracia, as pessoas precisam exigir de seus governos as seguintes medidas, como a garantia do direito à informação sobre gastos do governo haja vista que

[...] como parte dos esforços de recuperação contra a Covid-19, os governos precisam honrar a promessa feita na declaração política da Assembleia Geral das Nações Unidas de junho de 2021, que visava incluir proteções anticorrupção em contratações públicas. A máxima transparência nos gastos públicos protege a vida e o sustento das pessoas.¹⁶

As autoras destacam que, em âmbito global, as mais notáveis iniciativas multinacionais têm sido encabeçadas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹⁷, pelas Nações Unidas, pela Organização dos Estados Americanos (OEA) e pelo Conselho da Europa” (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 551).

Neste contexto, merece destaque que muitas entidades regionais têm promulgado acordos anticorrupção, como a iniciativa da OCDE para cortar o suborno proveniente do estrangeiro.

No ano 2000, na cidade de Nova York, depois que entrou em vigor a Convenção da OCDE contra a Corrupção, a Assembleia Geral das Nações Unidas negociou sua própria convenção anticorrupção. As autoras Rose-Ackerman e Palifka (2020) ressaltam que a Convenção da ONU é mais abrangente que a Convenção da OCDE, estendendo-se do suborno de funcionários públicos estrangeiros para outras facetas da corrupção, incluindo tráfico de influência, lavagem de dinheiro e corrupção no setor privado.

¹⁶ Vide artigo disponível em <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/indice-de-percepcao-da-corrupcao-2021>.

¹⁷ A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico é uma organização econômica intergovernamental com 38 países-membros, fundada em 1961 para estimular o progresso econômico e o comércio mundial.

Contudo, de forma semelhante à OCDE, as citadas autoras consideram que “[...] a ONU possui instrumentos fracos para a imposição de sanções, centrando foco, em contrapartida, no encorajamento da troca de informações entre os estados. Há vários acordos regionais que complementam a Convenção da ONU” (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 553).

O Brasil, por sua vez, nos últimos anos, aderiu a importantes acordos internacionais, no que toca ao tema de enfrentamento à corrupção.

O Decreto n. 5.015/2004 promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Tal convenção objetiva promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional.

A citada convenção trata da criminalização da corrupção e prevê que cada Estado Parte adotará as medidas legislativas, e outras que sejam necessárias, para caracterizar como infrações penais alguns atos dolosos, sejam praticados por particulares¹⁸, sejam cometidos por agentes públicos.¹⁹ Ademais, o diploma normativo supranacional estabelece que cada Estado Parte considerará a possibilidade de conferir o caráter de infração penal a outras formas de corrupção.

Neste sentido, ressalta-se que a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional disciplinou as medidas contra a corrupção, prevendo que cada Estado Parte: (i) adotará medidas eficazes de ordem legislativa, administrativa ou outra para promover a integridade e prevenir, detectar e punir a corrupção dos agentes públicos; (ii) tomará medidas no sentido de se assegurar de que as suas autoridades atuam eficazmente em matéria de prevenção, detecção e repressão da corrupção de agentes públicos, inclusivamente conferindo a essas autoridades independência suficiente para impedir qualquer influência indevida sobre a sua atuação.²⁰

¹⁸ Artigo 8.º, 1, “a”, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional dispõe: “a) Prometer, oferecer ou conceder a um agente público, direta ou indiretamente, um benefício indevido, em seu proveito próprio ou de outra pessoa ou entidade, a fim de praticar ou se abster de praticar um ato no desempenho das suas funções oficiais”.

¹⁹ Artigo 8.º, 1, “b”, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional dispõe: “b) Por um agente público, pedir ou aceitar, direta ou indiretamente, um benefício indevido, para si ou para outra pessoa ou entidade, a fim de praticar ou se abster de praticar um ato no desempenho das suas funções oficiais”.

²⁰ Artigo 9.º, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

²¹ Artigo 26, *caput*, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

Em consonância com as normas supranacionais internalizadas pelo Brasil, o ANPC deve ser utilizado, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, como forma de consensualidade, não de mera repressão, mas de efetiva colaboração, como se verá em seção própria, de maneira que o Brasil cumpra seu compromisso de agir mais eficazmente no enfrentamento da corrupção.

A mencionada Convenção das Nações Unidas prevê medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da Lei.²¹ Mais uma vez, a normativa internacional vem em abono à hipótese levantada na presente Dissertação de conferir, quando viável, caráter de cooperação à consensualidade do direito sancionador por meio do ANPC.

Nesse contexto, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional estabelece que cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados,

[...] a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente:

- i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados;
 - ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados;
 - iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar;
- b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.

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

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

4. A proteção destas pessoas será assegurada nos termos do art. 24 da presente Convenção.

5. Quando uma das pessoas referidas no parágrafo 1.º do presente Artigo se encontre num Estado Parte e possa prestar uma cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes em questão poderão considerar a celebração de acordos, em conformidade com o seu

direito interno, relativos à eventual concessão, pelo outro Estado Parte, do tratamento descrito nos parágrafos 2.º e 3.º do presente Artigo.²²

Da leitura do artigo acima, verifica-se que a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional normatizou a chamada consensualidade de colaboração, que ora vem sendo sustentada nesta dissertação como uma das formas de melhor aproveitamento do ANPC.

Prosseguindo na análise dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, passa-se à Convenção Interamericana contra a Corrupção, internalizada por meio do Decreto n. 4.410/2002. Os propósitos desta Convenção são: (i) promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção; e (ii) promover, facilitar e regular a cooperação entre os Estados Partes a fim de assegurar a eficácia das medidas e ações adotadas para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício.

A Convenção Interamericana contra a Corrupção, ao tratar de medidas preventivas, estabelece que os Estados Partes devem considerar a aplicabilidade de medidas, em seus próprios sistemas institucionais, destinadas a criar, manter e fortalecer, entre outros, órgãos de controle superior, a fim de desenvolver mecanismos modernos para prevenir, detectar, punir e erradicar as práticas corruptas.²³

O ANPC, inegavelmente, constitui um desses chamados “mecanismos modernos” no enfrentamento da corrupção, diante de seu incontestável potencial de aliar consensualidade, repressão, colaboração, prevenção, celeridade, segurança jurídica e outros objetivos, princípios e valores previstos no ordenamento jurídico nacional.

Na linha dos acordos internacionais a que o Brasil aderiu, foi editada a Lei n. 12.846/2013, chamada de Lei Anticorrupção, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

Em tal diploma normativo, consta que competem à Controladoria-Geral da União a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos nesta Lei, praticados contra a administração pública estrangeira, observado o disposto no art. 4.º da Convenção sobre o

²² Artigo 26, 1, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

²³ Vide Artigo III.º, da Convenção Interamericana contra a Corrupção.

Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto n. 3.678/2000.²⁴

A tutela dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no tema de combate à corrupção também é feita na citada Lei Anticorrupção, quando estabelece que constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas indicadas, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, definidos na forma especificada no diploma legal.²⁵

A doutrina especializada no tema aponta que, não obstante o mérito da Lei Anticorrupção de inaugurar uma forma mais moderna e buscar maior efetividade no combate à corrupção, o diploma legal ainda carece de maior atenção para que seja mais efetivo. Nesse sentido, indicam os especialistas que

[...] há dez anos, o Brasil finalmente procurou se alinhar às recomendações internacionais e publicou sua lei anticorrupção empresarial. Nesta última década, se bem que houve muitas transformações na sociedade brasileira, a verdade é que a lei ainda não foi capaz de inspirar mudanças sólidas nos padrões de governança e de gestão empresarial. Na agenda de restauração da gestão democrática dos problemas sociais brasileiros, o enfrentamento da corrupção deveria ocupar uma posição muito privilegiada. A formação de um acervo mais sólido, fundamentado em evidências sobre a *necessidade, efetividade e legitimidade* dos controles talvez tenha sido a principal lacuna nestes últimos dez anos da Lei Anticorrupção. É o impulso que falta para amadurecermos na política de redução da corrupção empresarial no Brasil. Com a melhoria do ambiente negocial, não haveria melhor forma de enaltecer o uso legítimo da liberdade de ação das organizações empresariais. (GUSSEM; SAAD-DINIZ, 2023, grifo no original)

São exemplos de mecanismos anticorrupção que são ou podem ser adotados na arena internacional com vistas a um combate mais efetivo: cooperação entre governos, agências e empresas; instrumento da extradição; instauração de processos contra empresas pela prática de suborno no estrangeiro – conforme Convenção da OCDE; instituição de uma corte internacional dedicada aos grandes casos de corrupção; reformas no sistema de arbitragem internacional.

²⁴ Vide art. 9.º, da Lei n. 12.846/2013.

²⁵ Vide art. 5.º, da Lei n. 12.846/2013.

No entanto, a pressão internacional por reformas anticorrupção carece de que algum ator relevante no âmbito do Estado corrupto tenha interesse em sua implementação. Além disso, é possível que as reformas eventualmente sirvam como forma não de combater a corrupção, mas de enfraquecer a oposição e consolidar o poder político. Tais reformas meramente nominais não são capazes de produzir resultados efetivos e danificam a credibilidade do governo (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020).

Pelo exposto, verifica-se que, para o sucesso de políticas públicas anticorrupção, é recomendável a conjugação de esforços transnacionais com a vontade política interna dos respectivos países.

2.3 Corrupção e o fenômeno do “apagão das canetas”

O combate à corrupção deve ser feito de forma séria e técnica, atendendo, a um só tempo, a necessidade de gerar resultados efetivos com a repressão – e prevenção – de atos ilícitos e a cautela de não ser exercido com abuso de poder e excessos por parte dos agentes públicos responsáveis pela persecução estatal, seja na fase de investigação, seja na fase processual.

Neste sentido, ganha importância o fenômeno jurídico, político e social chamado “apagão das canetas”. Trata-se de um problema comumente noticiado no âmbito da Administração Pública brasileira, objeto de reclamações recorrentes sobretudo no meio político, que se define pela generalização de uma conduta de inércia no processo de tomada de decisão e de soluções administrativas heterodoxas por parte dos gestores públicos, em razão do temor de possíveis responsabilizações pelos órgãos de controle, tais como os Tribunais de Contas e o Ministério Público.

Neste cenário, o administrador público encontrar-se-ia incentivado à “[...] adoção de postura estritamente burocrática, em sua pior conotação”, tornando-se “um sujeito preso a ritos e cautelas que tendem a gerar paralisia decisória” (CYRINO; BINENBOJM, 2018, p. 205-206).

Tal engessamento da atividade administrativa, por receio de abuso na responsabilização pelos órgãos de controle, vai de encontro à administração dialógica, criativa e proativa que viabiliza ao gestor público buscar decisões inovadoras, visando ao princípio da eficiência.

Conforme dito por Edilson Pereira Nobre Júnior e Romero Paes Barreto de Albuquerque (2021),

[...] não há como ignorar que a Administração Pública pátria vem passando pelo fenômeno do apagão das canetas. O chamado ‘apagão de canetas’ se relaciona com o poder de decisão (ou a falta dela) do gestor público. Sendo mais objetivo, tomar qualquer decisão, por mais corriqueira que seja, passou a ser um risco para os gestores na Administração Pública no contexto histórico recente do país. Os gestores públicos passaram a abdicar da tomada de certas decisões, bem como a não inovar na busca pela melhor aplicabilidade da norma ou até mesmo a evitar ter que decidir, sob o temor de terem aplicadas contra si sanções cada vez mais intensas e graves. (NOBRE JÚNIOR; ALBUQUERQUE, 2021, p. 93)

Apesar de o objetivo do gestor público, ao adotar a citada postura burocrática do “apagão das canetas”, ser evidentemente o de evitar sua responsabilização pessoal, fato é que a consequência deste fenômeno acaba sendo o agravamento da corrupção. Neste sentido, a doutrina destaca que

[...] a rigidez dos procedimentos e a burocratização como forma de controle servem de incentivo à corrupção. O aumento da burocracia muitas vezes faz com que empresas passem a atuar de forma irregular, pois não conseguem atender a todas as exigências formuladas. Essa situação propicia o aumento da corrupção, pois dificulta o controle estatal e opaca a transparência. Ademais, tal situação aumenta a exposição dos agentes públicos a tentativas de cooptação por parte de interessados inescrupulosos. (SANTOS M., 2020, p. 399)

Diante disso, é necessário que as instituições estatais responsáveis pelo combate à corrupção não pautem sua atuação por um ideal de mera persecução dos infratores da lei, mas de realização dos diferentes objetivos públicos. Não interessa ao Estado que o combate à corrupção sacrifique eficiência em nome da justiça – ou justiça em nome da eficiência.

Assim, é preciso conciliar, de um lado, os princípios da eficiência, da segurança jurídica e da separação dos poderes – com o devido respeito à autonomia e discricionariedade do gestor público – e, de outro lado, o império da lei, o combate à corrupção e o princípio da legalidade.

A Lei n. 14.230/2021 promoveu profundas alterações na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992)²⁶ e pode representar, em alguns pontos, certo

²⁶ O tema será desenvolvido na seção quatro.

engessamento no combate à corrupção no Brasil, à medida que, por exemplo: (i) eliminou a modalidade culposa em relação a atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; (ii) indicou a necessidade de demonstração de especial fim de agir no elemento subjetivo da conduta praticada, qual seja, obter proveito ou benefício indevido para si ou para outrem; (iii) revogou diversos tipos de atos ímprobos, como: deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação; praticar ato visando a fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; e (iv) excluiu a sanção da suspensão dos direitos políticos para os atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da Administração Pública.

Muitas das alterações na lei de improbidade tiveram como causa o temor do “apagão das canetas”, consequência do chamado “direito administrativo do medo”. Como visto, o crescente temor do controle externo dos atos de agentes públicos e de uma possível responsabilização pessoal levaria o gestor público a viver um estado de medo constante no processo decisório, gerando a paralisação de tomada de decisões.

Parte da doutrina destaca que não se trata de uma indecisão propriamente dita – ou de uma omissão –, e sim de uma inação deliberada ou um silêncio eloquente (SANTOS R., 2020).

Assim, as alterações da Lei de Improbidade Administrativa, por um lado, trazem inquestionável garantia de maior segurança jurídica para os agentes públicos²⁷; por outro lado, algumas modificações trazem certos riscos ao combate da corrupção.

Especificamente quanto ao objeto central da presente dissertação, a Lei n. 14.230/2021 representa um avanço na regulamentação do ANPC, visto que revoga o art. 17, § 1.º, da Lei n. 8.429/1992, e disciplina sua utilização.

Desta forma, patenteia-se que instrumentos que vão além do viés meramente punitivo, como o modelo de ANPC ora em estudo, podem contribuir, tanto para o combate à corrupção quanto para evitar o engessamento e o retrocesso à administração burocrática.

Neste contexto, cabe ressaltar que não há que se confundir o fenômeno acima visto do apagão das canetas com a chamada teoria da cegueira deliberada, no contexto da tutela do

²⁷ Vide, por exemplo, o art. 1.º da Lei n. 8.429/1992: “§ 8.º 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”.

patrimônio público e da probidade. Em comum, ambos os institutos se referem a uma omissão preordenada do agente público. Mas as diferenças são enormes.

Enquanto o apagão das canetas se refere à inércia do gestor público no processo de tomada de decisão e de soluções administrativas em razão de receio de sua eventual responsabilização pelos órgãos de controle, sem qualquer auferimento de benefício ilícito, a teoria da cegueira deliberada ocorre quando o agente público finge não perceber atos ilícitos para, com isso, obter vantagens indevidas.

A teoria da cegueira deliberada (*willful blindness*) também é conhecida como teoria da ignorância deliberada ou teoria das instruções do avestruz (*Ostrich Instructions*), denominação que faz referência ao animal que enterra sua cabeça no chão, ignorando o que ocorre à sua volta.

De acordo com Soares (2019), essa teoria tem origem em países de tradição do sistema do *Common Law*, como o Direito Inglês²⁸, sendo aplicada, ainda, pela Suprema Corte dos EUA²⁹. No Brasil, em âmbito criminal, ainda que de forma incipiente, a teoria da cegueira deliberada já foi adotada em julgados pelo Supremo Tribunal Federal³⁰ e pelo Superior Tribunal de Justiça³¹.

No entanto, pela análise da atual jurisprudência do STJ, percebe-se que a Corte vem sendo bastante restritiva e cautelosa na adoção da citada teoria, como se vê de trecho de acórdão se seguir colacionado:

Ademais, consabido que a denominada teoria da cegueira deliberada, criação doutrinária e jurisprudencial, preconiza que é possível a condenação pelo crime de lavagem de capitais, ainda que ausente o dolo direto, sendo admitida a punição a título de dolo eventual, desde que presentes alguns requisitos, a saber, que o agente crie consciente e voluntariamente barreiras ao conhecimento da intenção de deixar de tomar contato com a atividade ilícita, se ela vier a ocorrer, quando teria plenas condições de investigar a proveniência ilícita dos bens. Partindo-se dessa premissa, a fim de que não reste configurada vedada responsabilidade penal objetiva, a comprovação do dolo (elemento subjetivo do tipo) deve ser feita por meios de prova objetivos, de maneira a demonstrar uma relação psicológica do sujeito com os fatos delitivos, com base nas circunstâncias de cada caso concreto.³²

²⁸ Precedente inglês *Regina vs. Sleep*, do ano de 1861.

²⁹ Vide caso *Spurr vs. United States*, do ano de 1899.

³⁰ Vide AP n. 470/MG, STF.

³¹ Vide AP n. 940 / DF – Ação Penal n. 2019/0372230-2, STJ.

³² AgRg n. Recurso Especial n. 1793377 – PR (2019/0020620-1), STJ.

Parte da doutrina critica a imediata adoção dessa teoria pela jurisprudência, sobretudo pela falta de previsão legal, como se vê do trecho abaixo trazido:

Muito embora essa tese tenha origem no direito consuetudinário, diversos países adeptos à *civil law* vêm aplicando a Teoria. Contudo, pouco se tem discutido a respeito de sua aplicabilidade, mormente no que diz respeito à sua adequação e compatibilização com elementos subjetivos do tipo penal no ordenamento jurídico brasileiro. As Supremas Cortes de países como Brasil e Espanha têm aplicado a Teoria como uma extensão do dolo eventual, entendendo que assume o risco da causação do resultado aquele que intencionalmente se põe em uma situação de ignorância a respeito dos fatos. Todavia, existem poucos estudos que analisam sua compatibilidade com essa espécie de elemento subjetivo e poucas análises têm sido feitas a respeito do conceito de dolo adotado nesses ordenamentos e da viabilidade de adoção desta Teoria sob o aspecto legal. [...] Ao que tudo indica, trata-se de uma equivocada equiparação por parte da jurisprudência entre dolo eventual e cegueira deliberada. Afinal, caso só se tratasse de uma teoria que fomenta a existência de dolo eventual, não haveria necessidade de perder tanto tempo com debates sobre esse “elemento estranho” que vem se expandindo cada vez mais nas sentenças penais condenatórias. A utilização dessa Teoria não só se apresenta como um perigoso e movediço terreno normativo, gerando uma enorme dose de insegurança jurídica e arbitrariedade, como também acarreta perigos e consequências indesejáveis. Destarte, nada impede que haja o amadurecimento dessa Teoria perante os Tribunais brasileiros, todavia, é indiscutível que deve haver alteração legal que dê sustentáculo normativo para sua implementação no ornamento jurídico pátrio. Não se nega, porém, que, em que pese existirem inúmeros problemas extralegais presentes na Teoria da Cegueira Deliberada, trata-se de uma interessante teoria que deve ser mais bem estudada para que em um futuro próximo se promova uma melhor delimitação de suas características e consequências à luz da Constituição Federal, a fim de que seja possível a utilização de sua eficiência na incessante luta contra a impunidade.³³

Em sentido diametralmente oposto, outra parte da doutrina, com escopo de comentar o combate à criminalidade, sustenta a harmonização da teoria da cegueira deliberada ao processo penal constitucional brasileiro, argumentando que

Para a consecução de demandas atinentes à punição criminal dos agentes envolvidos no aproveitamento dos produtos de crimes, tem-se mostrado imprescindível a evolução das decisões judiciais, de modo a albergar a sólida teoria da cegueira deliberada, que, consoante pontuado neste estudo, constitui etapa fundamental na individualização e punição de todos os agentes da lavagem, inclusive os 'lavadores' que atuam de forma empresarial. Insta pôr em relevo, considerados os imperativos contornos legais atinentes à

³³ Arouck (2017). Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-teoria-da-cegueira-deliberada-e-sua-aplicabilidade-no-ordenamento-juridico-patrio> Acesso em: 30 jan. 2023.

aplicação da *willful blindness* e sua harmonização ao processo penal constitucional, que a doutrina e jurisprudência pátrias ainda não se firmaram sobre os exatos requisitos objetivos e subjetivos para seu emprego nas investigações e processos criminais. Todavia, a prova de que o agente tinha conhecimento da elevada possibilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime e, bem assim, de que o sujeito ativo agiu de modo indiferente a esse conhecimento são admitidos como o piso constitucional para a aplicação da teoria. (SOARES, 2019, p. 125)

Se a questão não é pacífica no Direito Penal pátrio, muito menos em matéria de direito sancionador cível, como o caso de improbidade administrativa, sobretudo após a Reforma de 2021 da LIA.

Tendo em vista a grande proximidade da teoria da cegueira deliberada com o dolo eventual do Direito Penal brasileiro (quando o agente pratica voluntariamente a conduta e assume o risco da superveniência do resultado), a princípio, com alteração da redação da LIA exigindo o dolo específico do agente com seu especial fim de agir no sentido do cometimento do ato de improbidade³⁴, poder-se-ia pensar ser difícil se defender a condenação do agente pela prática do ato de improbidade com base exclusivamente em tal teoria.

Neste contexto, cabe destacar que o Tribunal de Justiça de São Paulo já condenou agente público por ato de improbidade administrativa³⁵ consistente em contratação de serviços superfaturados, com base na aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada.³⁶

Diante da importância do bem jurídico tutelado na LIA, o tema da possibilidade de utilização da mencionada teoria ainda merece o devido aprofundamento doutrinário, bem como jurisprudencial, e ainda legislativo, como mais um instituto jurídico que pode colaborar com maior eficácia de políticas públicas de combate à corrupção.

2.4 Corrupção e a teoria da captura

³⁴ Vide Art. 1.º, § 2.º, da Lei n. 8.429/92: “Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9.º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente”.

³⁵ Sobre o tema, vide AgInt nos EDcl n. Agravo em Recurso Especial n. 1681596 - CE (2020/0064864-3) do STJ.

³⁶ Apelação Cível n. 0009252-56.2010.8.26.0073 - TJSP: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA Prejuízo ao erário devidamente confirmado pelas provas produzidas Contratação de serviços de plantões médicos junto ao Pronto Socorro de Avaré por intermédio de Termo de Parceria, em valor muito superior ao contrato anterior, e sem a realização de licitação - Superfaturamento constatado - Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada – Ato de improbidade administrativa devidamente comprovado, ante a constatada caviliosidade dos corrêus. Procedência da ação mantida”.

O primeiro passo para o enfrentamento da corrupção é reconhecer sua existência e entender o fenômeno. Em seguida, após a elaboração de políticas públicas no combate à corrupção, como é o caso do ANPC, é preciso que os agentes estatais ajam de forma imparcial – sobretudo, sem perseguições pessoais – e buscando a chamada verdade real – desde que processualmente válida. Nesta linha, as autoras Rose-Ackerman e Palifka (2020) ensinam que

[...] mudanças sérias não podem ocorrer, a menos que os países reconheçam o problema e o enfrentem, mas de forma que não adquira o caráter de caça às bruxas. Muito frequentemente, campanhas anticorrupção naufragaram por causa do desejo dos detentores do poder de enfraquecer seus adversários. (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 575)

É comum a reclamação da iniciativa privada de que somente conseguem desenvolver suas atividades se cederem à pressão de agentes públicos, por meio de pagamento de propinas, para, por exemplo, conseguirem obter uma licença ou celebrar um contrato administrativo.

Por outro lado, agentes públicos também relatam a pressão de poderosas pessoas físicas e jurídicas, com grande poderio econômico, que tentam os cooptar, assim como o quão difícil pode ser resistir ao recebimento de diferentes formas de vultosas vantagens econômicas.

Neste contexto, ressalta-se a chamada teoria da captura. As agências reguladoras³⁷ são autarquias sob regime especial, com alto grau de especialização técnica, com o objetivo de regular um setor específico de atividade econômica ou um determinado serviço público e “[...] devem atuar com a maior autonomia possível relativamente ao Poder Executivo e com imparcialidade perante as partes interessadas (Estado, setores regulados e sociedade)” (ALEXANDRINO; PAULO, 2017, p. 204).

O Programa Nacional de Desestatização no Brasil³⁸ teve o objetivo de diminuir a execução direta dos serviços públicos e das atividades econômicas pelo poder público e os transferir para a iniciativa privada, buscando maior eficiência. Neste contexto, nascem as agências reguladoras no Brasil, permitindo-se que a iniciativa privada passasse a atuar em áreas que até então eram monopólio do Estado, mas com a imprescindível supervisão estatal sobre a execução dessas atividades.

³⁷ A Lei n. 9.986/2000 e a Lei n. 13.848/2019 dispõem sobre as agências reguladoras.

³⁸ A Lei n. 8.031/1990 (sucédida pela Lei n. 9.491/1997) instituiu o Programa Nacional de Desestatização no Brasil.

Diante das peculiaridades de suas atividades, as agências reguladoras possuem um regime específico que busca evitar o conflito de interesses, a advocacia administrativa e o uso de informações obtidas ou conhecimento obtido para fins de favorecimento pessoal dos gestores públicos que lá trabalham ou trabalharam.

A teoria da captura consiste no fenômeno em que agentes públicos são cooptados pelo setor que é objeto de fiscalização pelas agências reguladoras, comprometendo a independência político-administrativa da agência em relação aos regulados. Neste sentido, o doutrinador Carvalho Filho (2018) ensina que

[...] pode mesmo afirmar-se, sem receio de errar, que tais autarquias deverão ser fortes e atentas à área sob seu controle. Sem isso, surgirá o inevitável risco de que pessoas privadas pratiquem abuso de poder econômico, visando à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência, provocando aumento arbitrário de seus lucros. [...] A propósito, a relação jurídica entre a agência reguladora e as entidades privadas sob seu controle tem gerado estudos e decisões quanto à necessidade de afastar indevidas influências destas últimas sobre a atuação da primeira, de modo a beneficiarem-se as empresas em desfavor dos usuários do serviço. É o que a moderna doutrina denomina teoria da captura (*capture theory*, na doutrina americana), pela qual se busca impedir uma vinculação promíscua entre a agência, de um lado, e o governo instituidor ou os entes regulados, de outro, com flagrante comprometimento da independência da pessoa controladora. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 495)

Reforçando os ensinamentos doutrinários que jogaram luz sobre o fenômeno da corrupção nas agências reguladoras, por meio da cooptação dos agentes públicos, o Supremo Tribunal Federal (STF), em 2021, julgou constitucional dispositivo legal³⁹ que veda a indicação para a alta direção das agências reguladoras de pessoa que exerça cargo em organização sindical ou que seja membro de conselho ou diretoria de associação patronal ou trabalhista.

Tais agências devem atuar com a necessária independência e autonomia, a fim de que suas tomadas de decisão sejam imparciais e imunes a influências políticas, sociais e econômicas externas à finalidade dessas autarquias.

De acordo com a Suprema Corte⁴⁰, as agências reguladoras devem preservar suas administrações da captura de gestão, compreendida como qualquer desvirtuação a suas finalidades. A restrição legal, portanto, não representa violação ao princípio da igualdade ou

³⁹ Art. 8.º- A, II e VII, da Lei n. 9.986/2000, com redação dada pela Lei n.º 13.848/2019.

⁴⁰ Vide julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.276 – Distrito Federal.

da garantia da liberdade de associação, uma vez que é episódica e pontual a quem exerça cargo no Conselho Diretor ou na Diretoria Colegiada das agências reguladoras.⁴¹

Diante da dicotomia entre as reclamações para resistirem à corrupção, tanto do poder público quanto da iniciativa privada, patenteia-se a importância e urgência de se combater a corrupção por todos os lados. Neste sentido, as autoras Rose-Ackerman e Palifka (2020) ensinam que

[...] tornar-se uma espécie de câmara central de reclamações é uma forma de revelar a ambos os lados que a corrupção de alto nível é um jogo no qual o país em desenvolvimento é o perdedor e no qual nem os atores privados, nem os atores públicos se podem absolver de responsabilidade. Se tanto um alto funcionário quanto uma empresa se queixam de pressões exercidas por um lado sobre o outro, o cenário pode estar pronto para reformas significativas que, de partida, reduzam os incentivos para negociatas. [...] Se cada um pensa que todos os demais são corruptos, todos, exceto os santos, serão tentados a engajar-se em malfeitorias. Se as expectativas puderem ser mudadas por declarações claras de ambos os lados, seguidas de ações consistentes e de compromisso digno de crédito para reportar pressões por corrupção, o progresso parecerá possível. O clima da opinião mundial deve estar fortemente inclinado contra a corrupção, para que valha a pena para as grandes corporações tomar posição contra o suborno, em vez de tolerar ou encorajar pagamentos espúrios. (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 574-575)

2.5 Causas e consequências da corrupção

É pacífico que as causas e consequências do fenômeno da corrupção são múltiplas. Ademais, para a eficácia de cada uma das fases do ciclo de políticas públicas de combate à corrupção, faz-se imprescindível o estudo desse fato social de maneira sistêmica.

Rose-Ackerman e Palifka (2020) fazem referência a um conjunto de causas principais da corrupção que podem ser divididas entre “instituições” e “incentivos”, que, interagindo com a “ética pessoal”, formam uma interseção a partir da qual se instaura a prática da corrupção.

Nesse ponto, cabe ressaltar a importância dos incentivos na elaboração de políticas públicas. Pessoas racionais decidem com base na análise de custo-benefício e “[...] as políticas

⁴¹ Neste sentido, o STF entendeu que não houve violação aos arts. 1.º, 5.º, VIII, XIII e XVII, 8.º, I, 19, III, e 37, I e VI, da Constituição da República Federativa do Brasil.

públicas são capazes de alterar comportamentos humanos ao modificar os custos e benefícios” (MANKIW, 2020, p. 6).

Uma ação estatal voltada à dimensão dos incentivos é capaz de influenciar positiva ou negativamente o fenômeno da corrupção e merece ser considerada em iniciativas anticorrupção pautadas em políticas públicas.

Tal afirmação confirma a hipótese levantada nesta Dissertação, no sentido de que o ANPC não pode ser visto como consensualidade de mera repressão, e sim como consensualidade de colaboração, a fim de que esta política pública de enfrentamento da corrupção tenha um caráter de incentivo à prevenção de novos ilícitos e repressão dos ilícitos cometidos, com uma resposta estatal mais ampla e efetiva.

As causas da corrupção podem ser agrupadas em três grandes categorias: instituições, incentivos e ética pessoal. Neste contexto, de acordo com as citadas autoras,

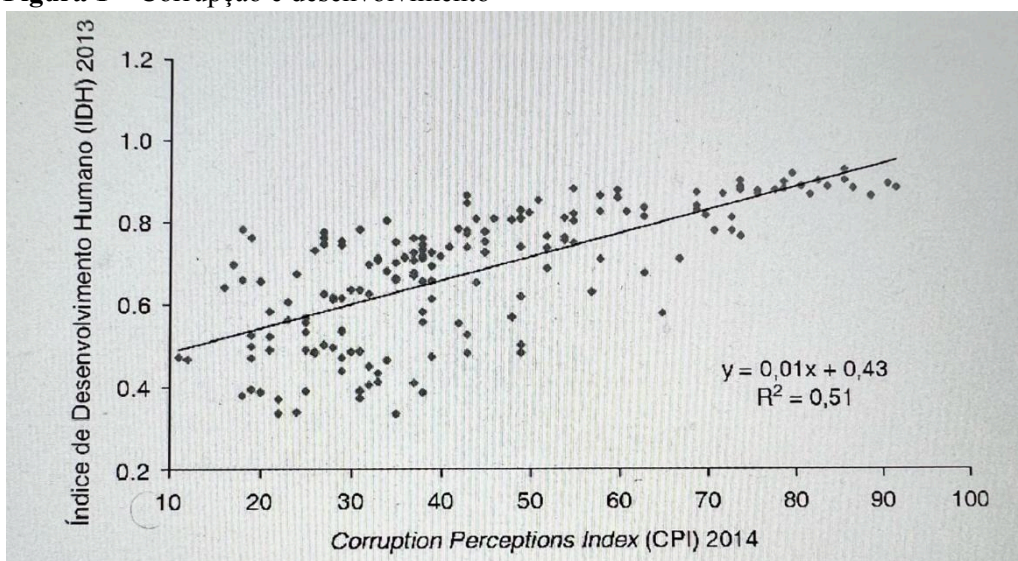
[...] essas categorias interagem entre si, para determinar os níveis e os tipos de corrupção em um dado caso qualquer. Práticas corruptas como suborno, nepotismo e tráfico de influência são instituições informais que frequentemente enfraquecem as instituições formais e são constantemente disseminadas e arraigadas. Instituições formais, como a estrutura política e o corpo legal e sua estrutura impositiva, ajudam a compor a cultura e as atitudes com respeito à corrupção. Um forte estado cleptocrático pode sofrer hemorragia financeira em nível da cúpula, mas pouca incidência da pequena corrupção no dia a dia. A pequena corrupção será desenfreada onde o estado finge ser forte, pela implantação de numerosas regulamentações restritivas, mas o estado de direito é fraco. Incentivos específicos a diferentes situações influenciam as escolhas que se apresentam quando um indivíduo pondera custos e benefícios, a fim de decidir se oferece, se aceita ou se exige uma compensação corrupta. Um posicionamento organizacional forte contra a corrupção, combinado com monitoração e penalidades proporcionais, estabelece incentivos bem diferentes em um ambiente no qual a corrupção seja tolerada ou mesmo estimulada. Em algumas circunstâncias, uma baixa remuneração precisa ser suplementada; porém, mesmo alguns servidores públicos e dirigentes empresariais bem pagos se envolvem com a corrupção, se são baixos os riscos de detecção e punição. Indivíduos e empresas podem engajar-se em corrupção se essa lhes parecer benéfica: para reduzir impostos, para evitar uma penalidade, para ganhar acesso a bens e serviços escassos, ou para conquistar um contrato. Servidores públicos podem, mesmo, criar escassez ou exigir qualificações onerosas, a fim de extrair mais suborno. Finalmente, a ética pessoal desempenha um papel relevante. Algumas pessoas têm convicções morais tão fortes que resistirão a qualquer proposta corrupta. No outro extremo, algumas são tão cínicas que não têm escrúpulos quanto ao uso da corrupção para ter as coisas feitas segundo seus interesses. A maioria tem algum senso de moralidade, mas um indivíduo pode ceder diante de um preço suficientemente alto. Percepções de corrupção podem ajudar a formatar a ética pessoal: quanto mais o indivíduo

percebe a corrupção como norma, mais provável se torna que a pessoa se envolva com a corrupção. Se o governo é geralmente percebido como ilegítimo, então pode não parecer imoral enganar o governo por meio de evasão fiscal ou pelo recebimento de benefícios a que a pessoa não tenha direito. (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 628)

Em relação às consequências da corrupção, destaca-se a relação entre o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e os níveis percebidos de corrupção.

Nota-se, de modo geral, que países com níveis mais altos de corrupção exibem índices mais baixos de desenvolvimento humano, enquanto países mais ricos e com maiores taxas de crescimento detêm menor grau de corrupção e governos mais funcionais, conforme demonstra a Figura 1 abaixo.

Figura 1 – Corrupção e desenvolvimento



Fonte: Rose-Ackerman & Palifka (2020, p. 43)⁴²

Como ilustração do encadeamento dos efeitos danosos da corrupção sobre o crescimento econômico, pode ser apontado o setor da política industrial: a prática corrupta encarece o negócio formal e estimula o informal, resultando em violação de leis tributárias e regulatórias, acarretando elevação de impostos ou surgimento de déficit fiscal, o que impulsiona a “[...] inflação e a depreciação da moeda nacional” (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 41).

⁴² Baseado em dados do Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas, Human Development Index and Its Components e do Corruption Perceptions, Index 2014, da Transparência Internacional (2021).

Assim, verifica-se que as consequências da corrupção atingem não apenas o setor público – com o prejuízo ao erário –, como também o setor privado.

O fenômeno da corrupção manifesta-se com efeitos deletérios para a sociedade em diferentes cenários. Em matéria de recursos humanos do setor público, servidores públicos corruptos podem inventar exigências com a finalidade de receber propina – é a clássica corrupção para obtenção de uma licença, por exemplo.

Numa dimensão sistêmica, isso traz como consequência perda de eficiência e de crescimento, bem como um aumento na desigualdade relativa à distribuição de renda e riqueza. Também nesse cenário, os cidadãos frustrados por tentarem agir de acordo com as regras podem ser estimulados a pagar propinas, ampliando a prática da corrupção. Por sua vez, agentes do meio burocrático e empresarial podem se associar para criar ganhos pessoais dentro do sistema. Como resultado, prejudicam-se a competição e o investimento de origem interna ou externa.

Com efeito, as consequências negativas da corrupção são amplas. Consoante a reflexão de Régis Fernandes de Oliveira (2019) em relação à corrupção estatal,

[...] a consequência da corrupção no setor público redundava em sérios prejuízos para o País. Decorrência de comportamentos ilegais significa menos pagamento de tributos ou não ingresso de receitas, o que causa amargo prejuízo aos objetivos públicos. É que, tendo o Poder Público como objetivos fundamentais a educação, a saúde, a defesa externa, a justiça, a habitação e o transporte, tudo fica muito prejudicado, uma vez que, não tendo recursos, há fatal prejuízo à boa prestação de tais serviços. [...] (OLIVEIRA, 2019, p. 374)

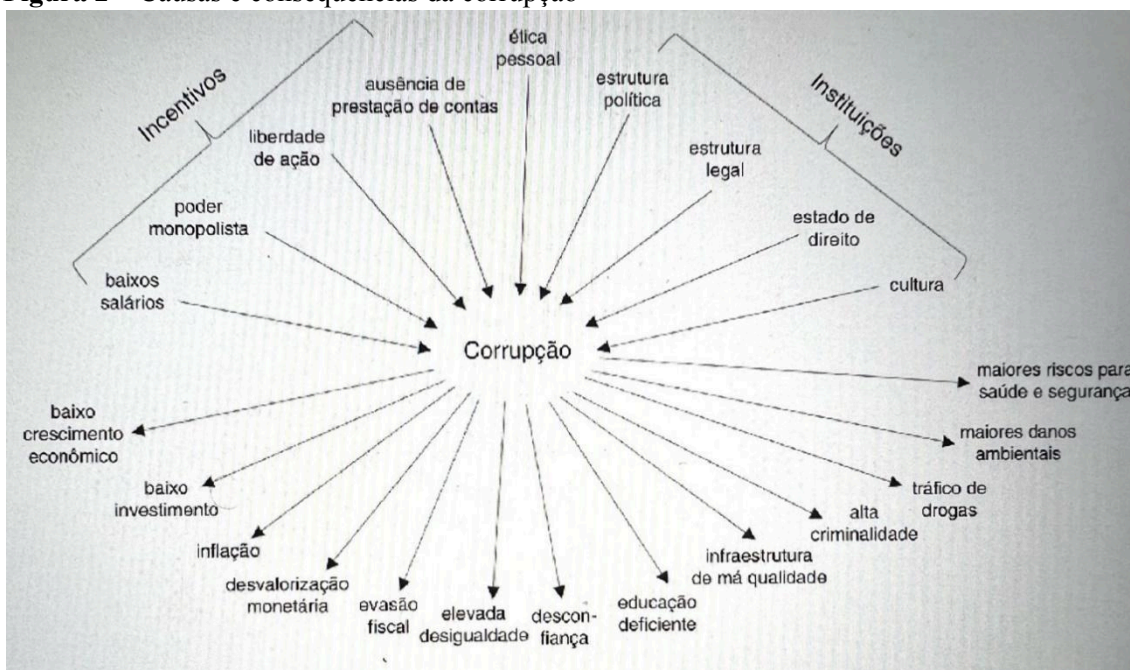
À luz dessa problemática, Rose-Ackerman e Palifka fazem o seguinte diagnóstico:

A corrupção disseminada pode ter raízes na cultura e na história, mas constitui, ainda assim, um problema econômico e político. A corrupção causa ineficiência e desigualdade; é um sintoma de que o sistema político está operando com pouca preocupação com o interesse público mais amplo. Ela indica que a estrutura do governo não atende com eficácia aos interesses privados. Os objetivos econômicos de crescimento, atenuação da pobreza e mercados justos e eficientes são solapados pela corrupção. A corrupção erode a legitimidade política e a proteção de direitos. Após 20 anos de luta global contra a corrupção, houve progresso em políticas e pesquisas, mas muito resta a ser feito. Tentativas de mensurar a corrupção – mesmo que imperfeitas – têm exposto governos e empresas especialmente corruptos, estimulando reformas em direção a maior transparência e a negociações mais éticas nos setores público e privado; porém, a maioria dos governos ainda

recebe pontuações desfavoráveis quanto ao controle da corrupção. (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 627)

A Figura 2 abaixo sintetiza as causas e consequências da corrupção encontradas pelas autoras em seu profundo estudo sobre o tema.

Figura 2 – Causas e consequências da corrupção⁴³



Fonte: Rose-Ackerman & Palifka (2020, p. 41)

Na parte superior da Figura 2, constam os três grandes blocos apontados como causas da corrupção: incentivos, instituições e ética pessoal.

O bloco dos incentivos é dividido nas seguintes causas: ausência de prestação de contas; liberdade de ação; poder monopolista; e baixos salários. Já o segundo bloco denominado “instituições” divide-se em: estrutura política; estrutura legal; estado de direito; e cultura.

As causas citadas em ambos os blocos somente levam a efetivos atos de corrupção se o agente envolvido agir com elementos subjetivos marcado por sua ética pessoal permissiva ao ilícito. Todas essas causas estão representadas com setas que nelas se iniciam no sentido da palavra “corrupção”.

⁴³ Representação consistente em figura extraída da obra citada (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 42).

Finalmente, a Figura 2 representa também as consequências principais da corrupção, quais sejam: baixo crescimento econômico; baixo investimento; inflação; desvalorização monetária; evasão fiscal; elevada desigualdade; desconfiança; educação deficiente; infraestrutura de má qualidade; alta criminalidade; tráfico de drogas; maiores danos ambientais; e maiores riscos para saúde e segurança.

A origem das setas parte da palavra “corrupção” e deságuam nas citadas consequências da corrupção.

Assim, verifica-se a enorme extensão dos danos sociais, econômicos e ambientais causados pela corrupção, de maneira que se patenteia a necessidade de aprimoramento na utilização da política pública anticorrupção materializada pelo ANPC.

2.6 Diretrizes para uma agenda de reforma anticorrupção

Vistas as principais causas e consequências do fenômeno da corrupção, parte-se para a busca de políticas públicas direcionadas ao seu enfrentamento, seja no aspecto preventivo, seja no viés repressivo. Nesse sentido, a doutrina especializada indica que

[...] como o combate à corrupção é apenas um meio para atingir um fim – melhorar tanto as condições econômicas quanto a legitimidade política – a reforma anticorrupção deve estar inserida em esforços de caráter geral para aperfeiçoar a entrega de bens e serviços à população. Tratar o sintoma, mas não os problemas fundamentais, não vai curar a doença. Não é suficiente fazer algumas prisões de alto escalão: a verdadeira reforma implica mudar a forma pela qual o governo interage com a sociedade. (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 631-633)

A seguir, são expostos os três aspectos importantes dessa proposta de reforma anticorrupção que foram levantados pelas autoras.

O primeiro aspecto é a modificação dos incentivos por meio da redução dos benefícios e o aumento dos custos associados à corrupção, o que requer uma ponderação sobre o grau de intensidade das providências a serem adotadas. Por exemplo, as grandes compras públicas podem estar sujeitas a parâmetros mais flexíveis do que as compras menores, dado que o critério da seleção da proposta de menor preço pode resultar em baixa qualidade do bem adquirido. Outro exemplo: a remuneração dos servidores públicos deve ser suficientemente mais atraente do que a do setor privado e as diferenças de remuneração dentro dos quadros

estatais devem ser suficientemente grandes para que a corrupção consiga ser desestimulada nesse campo.

O Estado tem papel central nessa tarefa, sendo comumente necessária uma ampla reforma do serviço público que inclua a sua profissionalização e eventualmente uma renovação abrangente dos quadros públicos.

O segundo passo na reforma anticorrupção é a revisão do quadro legal, que compreende uma reforma das leis criminais contra a corrupção no aspecto de alcance e severidade das punições, assim como a inclusão de elementos anticorrupção em leis não diretamente relacionadas à matéria.

Os órgãos do sistema de justiça também devem estar contemplados: é preciso que se estabeleça um trabalho de prevenção à corrupção no âmbito do Judiciário, mas também que os órgãos policiais e prisionais tenham o devido profissionalismo, treinamento de pessoal, remuneração e código de ética. Na hipótese de existência de uma agência estatal destinada especificamente ao combate à corrupção, é mister que ela possua recursos e meios para o desempenho de suas missões institucionais.

Neste segundo aspecto, destaca-se que o Poder Legislativo, ao editar a previsão do ANPC como instrumento de consensualidade do direito sancionador, caminhou bem no que tange aos necessários avanços normativos para enfrentamento da corrupção dos atos tipificados como de improbidade administrativa.

Por fim, o terceiro aspecto relevante da reforma anticorrupção consiste na participação da sociedade civil, que pode comandar iniciativas contra a corrupção. Uma forma de ação concreta de organizações civis pode acontecer no trabalho de proteção de testemunhas. Essa participação popular é impulsionada com o aumento da transparência estatal, que auxilia na detecção dos casos de corrupção, além de conferir eficiência e legitimidade ao governo.

Em relação ao controle social, indicado no parágrafo anterior como relevante instrumento da reforma anticorrupção, destaca-se que, para que tal controle seja possível, é imprescindível que se garanta o direito à informação dos cidadãos.

De acordo com Ana Paula de Barcellos (2005), o direito à informação também tem vínculo direto com a prerrogativa assegurada ao povo, em um Estado democrático, de exercer controle político sobre a atuação do Estado, na via periódica das eleições, ou na via contínua de protestos e pressões sobre os representantes eleitos.

Neste tema de acesso à informação, destaca-se a importância de observância, no setor público, da *accountability*, que

[...] se refere a processos e procedimentos inerentes a modernas burocracias, tais como controles interno e externo, contabilidade pública e auditorias, mediante os quais se prestam contas ao público das políticas realizadas pelo Estado no sentido do bem comum. (FILGUEIRAS, 2018, p. 88)

Ressalta o autor acima citado, no entanto, que *accountability* não está relacionada apenas aos processos formais de prestações de contas, mas também aos processos políticos mais amplos, que envolvem desenhos institucionais e participação democrática na constituição de leis e de políticas públicas.

Desta forma, o termo *accountability* remete, sobretudo, ao princípio da publicidade, como valor democrático fundamental das burocracias públicas e do processo de formação, implementação e avaliação das políticas públicas.

Os professores Claudio Gurgel e Agatha Justen (2013) ensinam que, não obstante a importância do controle social, a doutrina tem observado o esvaziamento dos movimentos sociais desde a década de 1990, o que retrata uma sociedade desmobilizada, pouco disposta à atuação coletiva. A sociedade civil agora está parcialmente mobilizada por políticas públicas conduzidas pelo Estado em parceria com Organizações Não Governamentais (ONGs), que desempenham o papel de mediadoras entre a sociedade civil e o Estado.

Os citados Conselhos gestores funcionam, hoje, muitas vezes, apenas formalmente e de modo essencialmente burocrático. Tais Conselhos, ao se institucionalizarem, converteram-se em aparelhos do Estado, com as mesmas vicissitudes das demais instituições do poder público. Assim, o controle social, *lato sensu*, nasce do questionamento à efetividade da democracia representativa, de maneira que também os instrumentos criados para esse controle precisam da vigilância da sociedade para bem funcionar. Desta forma, as citadas autoras concluem que

[...] não bastará, portanto, que os construtores da nova democracia e da nova administração pública criem os fóruns de decisão sobre políticas públicas ou sobre orçamento. É preciso que recriemos esta sociedade civil, para que ambas, democracia e administração pública, finalmente se encontrem.⁴⁴

⁴⁴ Gurgel & Justen (2013). Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-76122013000200004>. Acesso em: 21 nov. 2022.

Examinando a postura dos Estados no que se refere à demanda pela reforma anticorrupção, Rose-Ackerman e Palifka (2020) observam que, ainda que regimes democráticos estejam mais sujeitos à pressão externa, o modelo de financiamento das campanhas eleitorais e a ação dos lobistas são fatores problemáticos no direcionamento da ação governamental, o que pode ser enfrentado com a exigência de transparência acerca das doações de campanha e das despesas com *lobby*, com o fim de eventual responsabilização dos candidatos e partidos.

Assim, mecanismos como a proteção de denunciantes e a instituição de normas de conflitos de interesse e de códigos de ética no setor público e privado também são desejáveis. Todavia, para alcançar uma reforma anticorrupção bem-sucedida é imprescindível uma conjuntura política favorável, seja para a elaboração de leis e políticas públicas para o enfrentamento à corrupção, seja para a sua efetiva execução.

Ademais, ainda que a liderança do governo esteja realmente dedicada ao projeto, a burocracia estatal pode resistir.

Além disso, mudanças permanentes encontram grande obstáculo nos oponentes da reforma, que, se não forem marginalizados, esperam ser compensados. Mesmo com as lideranças políticas certas, se o projeto de reforma não atacar os incentivos, a corrupção tende a permanecer.

Muitos países subscreveram acordos anticorrupção e até mesmo criaram agências anticorrupção sem, contudo, operar as reformas fundamentais, de maneira que o problema não é devidamente solucionado, como visto anteriormente.

As autoras, especialistas no tema, fazem uma advertência sobre a melhor orientação a se seguir quando da implementação de reformas anticorrupção:

Destacamos uma lição fundamental. A reforma não deve estar limitada à criação de ‘sistemas de integridade’ ou ‘agências anticorrupção’. Em vez disso, devem estar no coração da agenda de reforma mudanças fundamentais na maneira pela qual o governo opera. A meta primária deve consistir em reduzir os estímulos ao envolvimento na corrupção preventivamente, *ex ante*, não em tornar mais rígidos os sistemas de controle posteriores, *ex post*. Aplicação de regras e monitoração tornam-se necessárias, mas terão pouco impacto a longo prazo se as reformas não reduzirem as condições que encorajam os pagamentos ilegais. Se esses incentivos e as mesmas instituições permanecem, a eliminação de um conjunto de ‘maças podres’ em breve levará à criação de novos grupos de funcionários corruptos e de

pagadores privados de suborno. (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 49)

No prefácio à edição brasileira da obra de Rose-Ackerman e Palifka (2020), os tradutores Oscar Vilhena Vieira e Caio Mário S. Pereira Neto desenvolvem o raciocínio estrutural abaixo, ponderando que

[...] não é o direito penal a principal ferramenta daqueles que buscam conter a corrupção, mas sim reformas no plano político, administrativo, econômico, concorrencial, assim como a ampliação da transparência. Uma agenda duradoura de prevenção e combate à corrupção passa pela abordagem de temas como financiamento de campanhas e partidos políticos, redesenho de mecanismos de contratações públicas, redução de barreiras à entrada em licitações e ampliação dos mecanismos de competição. Nesse contexto, é difícil imaginar uma obra mais adequada para a reflexão sobre a encruzilhada em que o Brasil se encontra hoje. Após um vasto escândalo de corrupção, em que o direito penal foi empregado de forma extensiva, é importante ter uma visão mais ampla, que nos permita entender as causas, as consequências e, especialmente, os potenciais caminhos para reforma do nosso sistema político-institucional. [...] A redução da corrupção, com o respectivo realinhamento dos interesses dos agentes públicos e dos cidadãos, é uma condição essencial para o aperfeiçoamento da nossa democracia constitucional. (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 11-13)

Dentro desse contexto, o ANPC pode servir como instrumento relevante para a realização da agenda estatal anticorrupção ao conferir uma resposta mais rápida e eficaz às práticas corruptas.

Mais ainda: um ANPC que, aos moldes do acordo de leniência da Lei Anticorrupção, tenha um caráter de consensualidade de colaboração, estipulando, por exemplo, o dever de identificação dos demais envolvidos na infração, pode contribuir sobremaneira para o combate da corrupção em nível sistêmico e, como visto acima, de forma mediata, para o fortalecimento da própria democracia brasileira.

2.7 Combate da corrupção à luz do Estado de direito material

Com o escopo de fomentar a utilização de instrumentos negociais na política pública de combate à corrupção, recorre-se à dogmática do Estado de Direito Material, desenvolvida pelo García de Enterría.

Tal teoria do jurista espanhol, ao demandar valores supralegais que são de observância vinculante a toda Administração Pública, abre as portas para uma interpretação legislativa e normativa que viabiliza a imediata aplicabilidade do ANPC e fomenta soluções justas, uniformes e céleres na repressão de atos ímprobos, na punição dos responsáveis e na reparação dos danos ao erário.

Sob o ponto de vista do Estado sancionador das condutas típicas ilícitas, o Estado de Direito não deve limitar seus órgãos de controle à atuação de apenas apresentar demandas punitivas em juízo, mas também buscar soluções consensuais que atendam aos valores que permeiam o chamado Estado de Direito Material. Nesse contexto, os ensinamentos de García de Enterría (1984) certamente contribuem para viabilizar um melhor aproveitamento do ANPC, como eficaz instrumento no combate da corrupção.

De acordo com García de Enterría (1984), o Estado de Direito representa a convivência dentro das leis, mas não de quaisquer leis, e sim daquelas que estão em compasso com a Constituição e, portanto, com a vontade do povo, por meio de seus representantes, e especialmente dentro da ordem de valores da Constituição, com respeito à plena garantia dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a solução consensual de repressão a atos de improbidade administrativa por meio do ANPC é não apenas compatível com as leis, mas também com os princípios constitucionais da administração pública e os direitos fundamentais de todos os envolvidos.

O mencionado professor espanhol ensina que, por mais que a Constituição enfatize o princípio da legalidade e da lei, a definição geral do Estado que a Constituição formula é de Estado de Direito, e não de mero Estado legal. Esse Estado de Direito, na democracia constitucional, tem os direitos fundamentais no seu centro, razão pela qual não deve estar limitado a um Estado de Direito Formal – restrito ao princípio da legalidade –, e sim de se constituir em um Estado de Direito Material, que leve em conta um sistema material definido por valores que permeiam todo o ordenamento jurídico (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1984).

A doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017) afirma que o princípio da legalidade nasceu com o Estado de Direito e quase que com ele se confunde, sendo certo que legalidade e controle judicial constituem os dois lados da mesma moeda e são essenciais para garantir os direitos individuais e coletivos previstos na Constituição. Nesse sentido, o ANPC deve ser visto como um instrumento de controle da legalidade de atos praticados por agentes

públicos – com ou sem envolvimento de terceiros particulares –, com a correlata responsabilização em relação aos atos ilícitos.

A atividade da administração pública deve estar vinculada ao princípio da legalidade, de maneira que o agente público – inclusive aqueles encarregados do exercício da função de controle – deve observar as normas vigentes em seu atuar, mormente quando se trata de atividade de persecução civil com imposição das graves sanções previstas no art. 12, da Lei n. 8.429/1992, como a suspensão dos direitos políticos. No entanto, a aplicação de institutos como o ANPC deve ser feita com a observância sistêmica dos princípios administrativos e dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Buscando uma harmonização entre as regras expressamente postas e o ordenamento jurídico como um todo para uma leitura sistêmica do princípio da legalidade, a mencionada professora ensina que

[...] embora desde longa data superado o seu sentido original – levando os incautos a falarem em crise de legalidade – o princípio, que foi idealizado pelos filósofos da Revolução Francesa, proclamado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e previsto nas Constituições Brasileiras desde a Constituição do Império, de 1824, mantém-se como o mais importante princípio do Estado de Direito, essencial para garantir a liberdade, a igualdade, a dignidade e todos os direitos fundamentais do homem. Pela observância do princípio da legalidade é que são modelados todos os institutos do direito administrativo, postos à disposição da Administração Pública e dos particulares que com ela se relacionam. Os atos e contratos, os procedimentos, as funções administrativas (serviço público, polícia, fomento, intervenção e regulação), as competências dos órgãos e entidades administrativas, o controle, as infrações e respectivas sanções, tudo tem que ser definido e delimitado por lei. Ainda que seja impossível a previsão expressa em lei de cada ato ou conduta administrativa, o princípio da legalidade, como vinculação positiva da Administração Pública à lei, ainda tem plena aplicação no sentido de que todos os atos, contratos ou condutas inseridos como função administrativa do Estado, praticados por qualquer dos três Poderes, têm que encontrar o seu fundamento no ordenamento jurídico. A exigência de respeito à lei e a possibilidade de recurso ao Judiciário para assegurar a sua observância constituem a maior garantia de observância dos direitos do cidadão e são essenciais para a segurança jurídica e demais valores consagrados no preâmbulo da Constituição.⁴⁵

⁴⁵ Di Pietro (2017). Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/86/edicao-2/principio-da-legalidade>. Acesso em 8 out. 2022.

García de Enterría (1984) aduz que a mudança de perspectiva privilegiando os direitos fundamentais num sistema material composto por valores difusos em todo o ordenamento jurídico é o que a doutrina alemã tem chamado de transição de um Estado de Direito Formal para um Estado de Direito Material, ou de evolução para lei em seu sentido material, e não apenas formal.

A evolução proposta por García de Enterría (1984) também viabiliza moldar a democracia, não como uma simples regra mecânica, mas permeada de valores materiais. O autor indica que o Estado não é apenas um Estado democrático, mas um Estado democrático governado pelo Estado de Direito com valores materiais e princípios gerais consistentes em “[...] princípios fundamentais, aos quais todos, e também o próprio Estado, estão sujeitos. O Estado de Direito seria, portanto, um estado de igualdade de justiça” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1984).

O Estado de Direito Material é, assim, muito mais do que um mecanismo formal resolvido em uma simples legalidade, visto que demanda inequívoco respeito aos valores supraleais, com caráter vinculante direto aos três poderes, incluindo o Ministério Público como instituição independente, com função de controle. Assim, García de Enterría (1984) sustenta que é preferível operar com valores legais substanciais, e não com meras diretrizes simples de natureza estritamente formal.

Traçando um paralelo com o Acordo de Não Persecução Cível (ANPC), observe que García de Enterría (1984) sustenta que os valores impostos pelo princípio do Estado de Direito Material são três:

- a) a própria ideia de uma defesa da Constituição, de impor sua efetividade prática no sistema jurídico, que é a função específica do Tribunal Constitucional, que justifica e legitima seu próprio princípio institucional.
Nesse contexto, o fomento à celebração de ANPC como instrumento de combate à corrupção representa o atendimento a princípios e valores constitucionais, como a moralidade administrativa;
- b) a impossibilidade de sobrecarregar a Suprema Corte com intermináveis tarefas de justiça subjetiva pura, o que inevitavelmente bloquearia seu funcionamento e impossibilitaria o exercício de sua função primária de sustentar e impor a Constituição. A Suprema Corte deve ser capaz de se dedicar à sua tarefa específica de purgar o sistema jurídico, adaptando-o

continuamente aos princípios e à realidade. Nesse sentido, registra-se que a maior aplicabilidade do ANPC serviria para o poder público dar uma resposta mais rápida no que tange à punição de atos ímprobos e, ao mesmo tempo, funcionaria para desafogar o Judiciário brasileiro como um todo – não apenas o Supremo Tribunal Federal –, pondo fim, ou até evitando, ao ajuizamento de um sem-número de ações de improbidade administrativa;

c) a necessidade de proteção efetiva dos direitos fundamentais. Nesse tema, maior aplicabilidade e efetividade do ANPC representa a concretização de direitos fundamentais e sociais diversos, seja no âmbito individual – em relação aos direitos do agente infrator –, seja no âmbito da coletividade – que vê no ANPC oportunidade de obtenção célere de ressarcimento ao erário, com valores que serão empregados na concretização de políticas públicas de diversas naturezas.

A partir dos três pilares acima, afirma García de Enterría (1984) que é possível a Suprema Corte concentrar-se nas principais questões que afetam as diretrizes gerais do sistema jurídico e, em particular, a efetividade dos valores constitucionais representados pelos direitos fundamentais. E essa é a função final de um Tribunal Constitucional: impor a eficácia da Constituição, sobretudo de direitos fundamentais, e monitorar, a partir de sua altura institucional, a eficácia e a proteção desses direitos (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1984). Nesse contexto, ressalta-se que a aplicação do ANPC na repressão de atos de improbidade atende a diversos direitos fundamentais dos envolvidos, como será adiante exposto.

O princípio da legalidade, longe de impor um legalismo compreendido no sentido do positivismo normativo, deve apelar para um Estado de Direito Material, fomentando uma jurisprudência de valorização ou valores. Observa-se, assim, um campo criativo muito amplo para a jurisprudência dos Tribunais, com base nos valores materiais da Constituição. É uma proposta diametralmente oposta aos defensores de um legalismo estrito e restritivo, como, por exemplo, o caso do juiz norte-americano Scalia (1989).

Scalia (1989) alerta para o perigo de o julgador buscar a resposta perfeita para o caso concreto, pois considera que um valor mais substancial é buscar o tratamento igualitário para casos semelhantes, o que seria possível se alcançar com a lei estrita. Assim, sustenta o magistrado norte-americano que a proteção igualitária simboliza a justiça mais do que qualquer outra disposição da Constituição. Scalia (1989) destaca também a importância da

previsibilidade das decisões judiciais para que atendam às normas legais citando que “[...] há momentos em que, até mesmo uma regra ruim, é melhor do que nenhuma regra”, ou “Só anunciando regras, nós nos protegemos” (SCALIA, 1989, p. 1.179).

A rigor, não obstante a presente Dissertação adira à importância do Estado de Direito Material para ampliar a utilização do ANPC com base nos direitos fundamentais dos envolvidos, fato é que o resultado prático de tal estratégia acaba por coincidir com a segurança jurídica almejada por Scalia (1989). Explica-se: ao se obterem parâmetros objetivos na definição de obrigações a serem negociadas no âmbito do ANPC, acaba-se por alcançar, a um só tempo, um tratamento igualitário para investigados na mesma ou em semelhante situação e uma maior previsibilidade sobre a forma de atuar do Ministério Público.

Para Scalia (1989), o princípio da igualdade e a primazia do texto expresso da lei são os critérios que devem nortear a atividade jurisdicional, buscando alcançar a previsibilidade, visto que, por meio do império da lei, se mantém o Estado de Direito.

Em matéria de concepção identificável de fidelidade judicial ao Estado de Direito, Gary Lawson (2003), ao criticar Scalia, sustenta que independência e imparcialidade são aspectos tradicionais do papel do juiz como funcionário separado do Poder Legislativo. Lawson (2003) afirma que a reconstrução do Estado de Direito também tem implicações diretas para o constitucionalismo, à medida que vê a Constituição não apenas como um documento, mas sim como algo que constitui uma nação ou uma comunidade política. Esse pensamento é oposto ao de Scalia (1989), que alerta para o perigo de o julgador, ao buscar a resposta perfeita para o caso concreto, promover uma supervalorização da decisão judicial, como seria o caso de uma decisão judicial que homologasse um ANPC celebrado contendo obrigações que não estão expressamente previstas na Lei n. 8.429/1992.

Deslocando a preocupação de Scalia (1989) para o Brasil de hoje, certamente o magistrado norte-americano criticaria o ativismo judicial. Em matéria de imediata aplicação do ANPC mediante ampliação das obrigações a serem negociadas entre Ministério Público e investigado, ao contrário do pensamento de Scalia (1989), sustenta-se nesta Dissertação que não se trataria de um correlato “ativismo ministerial”, e sim da busca pelo Ministério Público de concretização de direitos fundamentais de todos os envolvidos, além do imediato atingimento do interesse público.

Diante da atual lacuna na regulamentação do ANPC, caso se aplicasse o pensamento de Scalia (1989), estaria inviabilizada uma utilização mais ampla do acordo como instrumento

de combate da corrupção. O preciosismo legislativo, neste caso, impediria maior utilização do instituto, diante de sua regulamentação parcial. Por outro lado, utilizando os ensinamentos de García de Enterría (1984) e Lawson (2003), com base nos valores e direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa de 1988, não apenas seria possível, mas seria recomendável a aplicação do ANPC no enfrentamento dos atos de improbidade administrativa, buscando-se parâmetros seguros para o infrator e para o interesse público.

A partir dos ensinamentos do jurista García de Enterría (1984), patenteia-se a necessidade de se apreender a reconstrução do princípio da legalidade, diante da evolução do Estado de Direito Formal para o Material, num contexto da democracia constitucional que tem os direitos fundamentais no seu centro, com reflexos em todo o sistema de justiça e no próprio Poder Legislativo.

Nesse contexto, a aplicação do ANPC tendo por pano de fundo a teoria do Estado de Direito Material de Enterría, a um só tempo, potencializa a aplicabilidade e a efetividade do instituto, além de assegurar os direitos fundamentais do investigado ou réu e de toda a sociedade.

Entre os benefícios da utilização do ANPC no combate dos atos de improbidade administrativa, destaca-se o atendimento ao direito fundamental à duração razoável do processo. O professor Humberto Theodoro Júnior (2008) destaca que muito se tem discutido sobre o conceito de duração razoável de um processo, e como se trata de uma cláusula geral – ou um conceito indeterminado – é difícil reduzi-la a uma definição exata capaz de apontar-lhe limites ou dimensões temporais precisas.

Assim, o doutrinador ensina que só o exame *in concreto* é capaz de definir, caso a caso, se ocorreu, ou não, ultrapassagem da duração razoável. Acrescenta o autor que

[...] o Estado não pode permanecer impune pela demora injusta no cumprimento da tutela efetiva a que faz jus o titular do direito subjetivo lesado ou ameaçado (CF, art. 5.º, inc. XXXV); a ineficiência do serviço judiciário descumpra os princípios da legalidade e da eficiência impostos à Administração Pública pelo art. 37 da CF, violando gravemente o direito fundamental da parte a um processo justo e de duração razoável (CF, art. 5.º, incs. LIV e LXXVIII); portanto, os prejuízos derivados dessa grave falta, operada no plano dos direitos e garantias, redundam em responsabilidade civil (dever de indenizar) para o Estado. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 19)

André Bortolini (2020) relembra que o esforço teórico e normativo no enfrentamento da corrupção por meios diversos da sanção penal é relativamente recente, e o direito administrativo pode contribuir, atualmente, de forma relevante, à tutela da probidade administrativa, sobretudo a partir de novos paradigmas e instrumentos lastreados na consensualidade. Nesse contexto específico de ANPC, o autor destaca expressamente a importância do instrumento para se atingir a duração razoável do processo. Assim, destaca Bortolini que

[...] o ANPC apresenta-se, assim, como importante instrumento para a razoável duração do processo e maior eficiência do direito administrativo sancionador, na busca, por meios consensuais, da máxima efetividade do direito fundamental à probidade administrativa. No entanto, mostra-se imprescindível avaliar a possível racionalidade de sua aplicação a partir do diálogo com outras fontes do microsistema processual coletivo de combate à corrupção, sem prejuízo da discussão sobre os contornos que devem fazer parte de futura regulamentação legal, quadro que permite proposições, *de lege ferenda*, quanto aos seus limites e desafios. (BORTOLINI, 2020, p. 60)

Nesse tema de duração razoável do processo administrativo, percebe-se que a Administração Pública deve adotar novas medidas administrativas, como a tentativa de celebração do ANPC, antes e até depois do ajuizamento de ações de improbidade administrativa. Nesse sentido, ensina o professor Carvalho Filho:

O novo mandamento, cuja feição é a de direito fundamental, tem por conteúdo o princípio da eficiência no que se refere ao acesso à justiça e estampa inegável reação contra a insatisfação da sociedade pela excessiva demora dos processos, praticamente tornando inócuo o princípio do acesso à justiça para enfrentar lesões ou ameaças a direito (art. 5.º, XXXV, CF). Note-se que a nova norma constitucional não se cinge aos processos judiciais, mas também àqueles que tramitam na via administrativa, muitos destes, da mesma forma, objeto de irritante lentidão. Não basta, porém, a inclusão do novo mandamento; urge que outras medidas sejam adotadas, em leis e regulamentos, para que a disposição possa vir a ter densa efetividade. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 20)

Outro importante direito fundamental que é atendido quando da imediata aplicação do ANPC com critérios objetivos é o princípio da isonomia. O tratamento igualitário para pessoas investigadas pela prática de ato de improbidade administrativa ganha maior relevo quando se oportuniza a essas pessoas, com os mesmos critérios, a possibilidade de celebração de ANPC.

O princípio da legalidade traz inegável segurança jurídica para o operador do direito, quando da celebração do ANPC, mormente quando a lei em sentido formal já disciplina toda a regulamentação do instituto. Na clássica comparação de Hely Lopes Meirelles (2020), enquanto os indivíduos no campo privado podem fazer tudo o que a lei não veda, o administrador público só pode atuar onde a lei autoriza. No caso concreto, certo é que a lei expressamente já admite a celebração de ANPC em sede de improbidade administrativa.

A impessoalidade administrativa é um princípio administrativo que “[...] objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia” (CARVALHO FILHO, 2018, p. 20).

Nesse contexto, a impessoalidade indica que os investigados em mesma situação fática devem receber o mesmo tratamento do poder público, ou seja, aos mesmos deve ser igualmente oportunizada a possibilidade de celebração de ANPC.

Finalmente, o princípio da eficiência também é atendido quando o legitimado celebra com os agentes infratores o ANPC, na medida em que se obtém uma célere resposta para repressão do ato ímprobo, que também se reveste de caráter preventivo para novos ilícitos, diante do aspecto pedagógico e da certeza de atuação firme e rápida da Administração Pública.

O professor Aragão (2004) sustenta que, na Administração de resultado, o princípio da legalidade implica a indefectível aplicação das normas que geram bons resultados. Fazendo uma ponte com o princípio da eficiência, o autor ensina que

[...] o Princípio da Eficiência de forma alguma visa mitigar ou ponderar o Princípio da Legalidade, mas sim embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados –, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata. (ARAGÃO, 2004, p. 3)

Neste contexto, destaca-se que Norberto Bobbio (1977) jogou luz na importância da efetividade das normas jurídicas, já que destacou a emergência de uma Teoria Realista do Direito que

[...] volta a sua atenção mais à efetividade que à validade formal das normas jurídicas, colocando o acento, mais do que sobre a autossuficiência do sistema jurídico, sobre a inter-relação entre sistema jurídico e sistema

econômico, entre sistema jurídico e sistema político, entre sistema jurídico e sistema social em seu conjunto, [...] procurando o seu objeto, em última instância, não tanto nas regras do sistema dado, mas sim na análise das relações e dos valores sociais dos quais se extraem as regras dos sistemas. [...] A ciência jurídica não é mais uma ilha, mas uma região entre outras de um vasto continente. (BOBBIO, 1977, p. 56)

Com relação ao princípio da eficiência, é fato que a celebração de ANPC resulta em célere forma de obtenção de ressarcimento de danos ao erário, sendo certo que os valores recuperados poderão ser imediatamente utilizados na concretização de políticas públicas e de direitos sociais. Nesse contexto, ensina a doutrina que

[...] o núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. Há vários aspectos a serem considerados dentro do princípio, como a produtividade e economicidade, qualidade, celeridade e presteza, e desburocratização e flexibilização. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 31)

Neste mesmo sentido, ressaltando a importância da utilização da consensualidade pelo poder público na solução de conflitos, com objetivo de prestigiar o princípio de eficiência, ensina a doutrina que

Os espaços de consensualização viabilizados por negociações e estímulos estatais de regulação participativa constituem uma tendência jurídica internacional e extensiva ao próprio ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que existe uma crescente emergência de mecanismos de controle consensual, fundamentados em princípios de eficiência que têm substituído tradicionais mecanismos sancionatórios de controle jurisdicional. [...] O crescente número de novos instrumentos de consensualidade na solução de conflitos utilizados por parte da Administração Pública no Brasil demonstra um sentido de mudança da máquina pública frente à tradicional letargia judicial e com altos custos que busca na replicação de experiências internacionais já consolidadas aumentar a eficiência e o pragmatismo gerencial no país com a utilização de meios alternativos e flexíveis. (SENHORAS; SENHORAS, 2019, p. 2-9)

Em matéria de omissão do Legislador na concretização de direitos fundamentais, merece destaque o que a doutrina denomina de "síndrome da inefetividade das normas constitucionais".

Apesar de não ser aplicável tal síndrome ao ANPC, já que atualmente o acordo já está regulamentado – embora ainda haja lacunas – e não existe norma constitucional especificamente sobre o ANPC, faz-se uma breve menção nesta Dissertação sobre a existência desta teoria, a fim de se demonstrar a preocupação do próprio legislador, da jurisprudência e da doutrina com a importância de regulamentação dos direitos fundamentais.

Quando o legislador não edita as normas que regulamentam o exercício de certos direitos constitucionais, ocorre uma omissão por ofensa à própria Constituição, que leva à inefetividade desses direitos, quando se tratar de norma constitucional de eficácia limitada.

Trata-se do que a doutrina nomeia do fenômeno nocivo da “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”, como se vê do trecho a seguir colacionado da doutrina

Dessa forma, assim como a ADI por omissão [...], o mandado de injunção surge para 'curar' uma 'doença' denominada síndrome de inefetividade das normas constitucionais, vale dizer, normas constitucionais que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada (ou diante da introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5.º, § 3.º), não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional. (LENZA, 2012, p. 1.051-1.052)

Assim, seja para assegurar a observância a todos os direitos fundamentais envolvidos, seja para garantir o respeito aos princípios da administração pública, o fomento à aplicabilidade do ANPC, mediante definição de obrigações a serem negociadas, é medida que se faz urgente para maior efetividade da política pública de combate à corrupção.

3 CONSENSUALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A prévia compreensão dos fundamentos, conceito, classificação, alcance e evolução da consensualidade é imprescindível para um estudo acurado do instituto do ANPC.

O fenômeno da consensualidade, ao longo dos anos, expandiu-se do direito privado para o direito público, incidindo nas esferas criminal, civil e administrativa, inclusive, atualmente, com grande relevância no âmbito do direito sancionador.

Nesse contexto, no campo do Direito Administrativo, serão analisados o desenvolvimento e a releitura de tradicionais princípios, como da legalidade, da supremacia do interesse público sobre o privado, da eficiência e da indisponibilidade do interesse público.

3.1 Fundamentos, conceito e classificação dos instrumentos da consensualidade

Não existe, na doutrina, uma conceituação pacífica sobre a consensualidade, variando a abrangência do instituto de autor para autor, que a definem de acordo com seus fundamentos e com os instrumentos por meio dos quais é materializada.

Os principais fundamentos do surgimento da consensualidade são a democracia substantiva, a contratualização e a eficiência.

Em relação à democracia participativa, destaca-se a chamada democracia substantiva. No geral, a doutrina sustenta a

[...] tese de que o recente estágio da democracia dita maior envolvimento dos cidadãos na definição de políticas públicas e, no âmbito da Administração Pública, na tomada de decisões administrativas. Diante da redemocratização consagrada com a Constituição Federal de 1988 e da nova ordem da cidadania, mais participativa, a consensualidade é apontada como decorrência natural do atual estágio de organização constitucional da Administração Pública. Além de fundamentar a consensualidade, a democracia substantiva é também considerada o fator que enseja a participação administrativa. (PALMA, 2015, p. 238-239)

O segundo fundamento do surgimento da consensualidade é a contratualização na administração pública, que consiste na utilização de contratos administrativos pelo poder público e na concertação administrativa em detrimento da intervenção direta estatal.

A eficiência é o terceiro fundamento do surgimento da consensualidade indicado pela doutrina que, genericamente, aponta o chamado “elogio ao consenso”, que consiste na indicação das potencialidades positivas dos instrumentos consensuais.

Neste sentido, o doutrinador Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008), traçando um paralelo entre a eficiência de políticas públicas e a evolução da consensualidade, ensina que

[...] é sobre esses fundamentos material e formal – a busca da eficiência das políticas públicas e o rigor do atendimento da processualidade – que se vai erguendo a formidável arquitetura juspolítica governamental das democracias substantivas, capaz de atender aos desafios institucionais de nosso tempo. Parece que o êxito e a robustez dessas teses já estão mais que comprovados pela rapidez e entusiasmo com que o Direito Público dos povos à vanguarda da civilização vem avançando na consensualidade. É inegável que a renovada preocupação com o consenso, como forma alternativa de ação estatal, representa para a Política, e para o Direito, uma benéfica renovação, pois contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a junção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e

concedente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais estáveis e facilmente obedecidos (ordem). (MOREIRA NETO, 2008, p. 2)

Sobre o fundamento da eficiência ou elogio ao consenso, ressalta-se que, por meio da consensualidade, as competências do poder público podem ser satisfeitas de maneira menos drástica ao administrado, com menores custos, mais celeridade e resultados mais efetivos.

Em nível constitucional, verifica-se que o Constituinte originário já se preocupava, em 1988, com a consensualidade. Neste sentido, observe que o próprio preâmbulo da Carta Magna estabelece que o Estado Democrático Brasileiro é destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Ainda no texto constitucional, é assegurado que a República Federativa do Brasil é regida nas suas relações internacionais – e evidentemente em âmbito interno – pelo princípio da solução pacífica dos conflitos.⁴⁶

Nesta linha, o Código de Processo Civil estabelece que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.⁴⁷

Vistos os fundamentos básicos da consensualidade, passa-se à sua conceituação.

No direito administrativo brasileiro, prevalece o entendimento de que a consensualidade corresponde ao acordo de vontades envolvendo a Administração Pública. Trata-se da chamada consensualidade em sentido amplo, que consiste no acordo de vontades entre Administração Pública e pessoas de direito público ou de direito privado por meio de contratos administrativos ou de outras fórmulas negociais – acordos intragovernamentais, contratos administrativos, acordos mediados, ajustes de conduta e acordos para fins de controle.

No entanto, parcela da doutrina compreende a consensualidade como qualquer forma de participação administrativa ou forma de exercício de função pública por particulares. É o

⁴⁶ Art. 4.º, VII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁴⁷ Art. 3.º, § 2.º, do Código de Processo Civil/2015.

⁴⁸ Vide os contratos de gestão (art. 37, § 8.º, da CRFB/1988) e os contratos de gestão federativa associada previstos na Lei n. 11.107/2005 – como consórcios públicos, contratos de programa e contratos de rateio –, assim como os convênios.

que se denomina “consensualidade em sentido amplíssimo”, que independe da formalização contratual. A consensualidade estaria, assim, intrinsecamente relacionada à participação administrativa, razão pela qual seus principais instrumentos seriam, além daqueles compreendidos na consensualidade em sentido amplo, aqueles próprios da participação administrativa: a audiência pública e a consulta pública.

Desta forma, “[...] a caracterização da consensualidade difere significativamente de autor para autor quanto aos tipos de instrumentos compreendidos na noção de consensualidade” e em relação à “[...] listagem desses instrumentos consensuais a partir do plano normativo” (PALMA, 2015, p. 240).

Na consensualidade em sentido amplo, a Administração Pública satisfaz suas competências por meio de instrumentos tipicamente privados para atingir o interesse público, sendo a contratualização sua forma mais evidente. Tal contratualização patenteia-se pelo aumento da edição de leis que criam novas figuras contratuais para o exercício das funções públicas.

De acordo com a doutrina especializada de Palma (2015), a consensualidade materializa-se por meio dos seguintes instrumentos: (i) acordos intragovernamentais⁴⁸; (ii) contratos administrativos para prestação de serviço público ou social; (iii) acordos mediados ou métodos alternativos de resolução de conflitos; (iv) ajustes de conduta; e (v) acordos para fins de controle.

Os acordos mediados ou métodos alternativos de resolução de conflitos ocorrem quando se busca solução de conflitos administrativos, de forma negociada, sem a necessidade de manejo da autoridade estatal. Quando a Administração Pública está diretamente interessada no conflito, ao lado do administrado, apresentam-se a mediação, a conciliação e a arbitragem como mecanismos consensuais.

A importância da utilização de instrumentos jurídicos consensuais no combate à corrupção, como o ANPC, pode ser inferida da experiência dos métodos alternativos de solução de controvérsias, notadamente, as citadas mediação, conciliação e arbitragem, que conferem uma resposta mais rápida aos conflitos se comparadas à via judicial. Tal celeridade também importa em redução de custos para o Estado.

Discorrendo de maneira ampla sobre a compatibilidade da consensualidade com a indisponibilidade e a busca do interesse público, bem como a respeito das vantagens da via

48

consensual — e também das suas desvantagens que devem e podem ser enfrentadas —, a doutrina consigna que

[...] a consensualidade, em vez de traduzir incompatibilidade com o interesse público, vai, na verdade, ao encontro do seu intento, concretizando-o em sua integralidade. Isso porque a resolução através de meios consensuais, quando analisada como vantajosa diante do custo-benefício, permite externalidades extremamente positivas, como: atendimento às exigências de legitimidade da decisão administrativa; pretensão desburocratização dos procedimentos decisórios; sua efetividade, diante de resultados qualificados, especialmente em face da aceitação dos agentes envolvidos; além de ajudar no enfrentamento vivenciado pela crise do judiciário brasileiro. De outra banda, há problemas que também merecem reflexão, tais como a possibilidade de captação pelos agentes interessados e a possibilidade de direcionamento a interesses particulares; a insegurança jurídica na relação entre administrador e órgãos de controle; além da dificuldade de compatibilizar o interesse público em face dos interesses privados envolvidos. Em que pese isso, há doutrina, pautada na transformação estrutural do Estado, diante dos fenômenos atuais, que menciona a existência de uma filosofia caracterizadora do que se denominou administração consensual. Tais problemas, no entanto, devem ser enfrentados a partir de uma sistemática jurídica necessária para viabilizar a atuação dos agentes em face de um controle adequado de sua atuação, permitindo a mudança cultural na prática pública brasileira, através do uso dos acordos alternativos (autocomposição) ou mesmo através da jurisdição privada (arbitragem). (NEVES; FERREIRA FILHO, 2017, p. 60-61)

Um dos pontos de atenção que se deve ter com a utilização de instrumentos de consensualidade na Administração Pública, como visto no fragmento acima transcrito, é o risco de corrupção. Daí, a importância do bom funcionamento dos órgãos de controle – interno e externo, neste último incluído o controle social.

Os instrumentos de consensualidade que apresentam maior relevância no estudo objeto da presente Dissertação são os chamados ajustes de conduta, que podem ocorrer tanto na esfera administrativa quanto na judicial. É o caso, por exemplo, dos termos de ajustamento de conduta⁴⁹ e os termos de compromisso para substituição de sanção.

O instigante e ainda atual tema das soluções consensuais de resolução de conflitos na Administração Pública é muito debatido no direito administrativo. O consensualismo é visto, neste sentido, como princípio pelo qual a Administração Pública enxerga na autocomposição

⁴⁹ Os termos de ajustamento de conduta têm previsão no art. 5.º, § 6.º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), que dispõe: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

uma eficiente e célere forma de solucionar os conflitos nos quais é parte, como se observa no próximo item.

3.2 Aspectos sobre a evolução da consensualidade no direito brasileiro

O fomento à solução consensual dos litígios ou das controvérsias avançou, nas últimas décadas, da relação apenas entre particulares para casos envolvendo o setor público.

No âmbito criminal, vários institutos despenalizadores flexibilizaram a natureza, a forma e a quantidade de sanção imposta ao autor do injusto penal. Da mesma forma, é crescente a proliferação de legislação instituindo novos instrumentos de consensualidade em âmbito administrativo e cível.

Especificamente no âmbito penal, a adesão à consensualidade manifestou-se em âmbito mundial com o intuito de atender a questões de eficiência na administração da justiça. Neste sentido, ensina a doutrina que

[...] a eficiência do Direito Penal, modernamente, envolve a discussão acerca da adoção do sistema de justiça negocial, que vem se expandindo em todo o mundo como sua expressão máxima. Sobretudo em países do *Common Law*, o uso corriqueiro da justiça negociada e dos acordos penais demonstrou que este instituto é útil para determinados tipos de infrações e, principalmente, apto a evitar o colapso do sistema de Justiça, incapaz de conciliar as formalidades procedimentais e o tempo necessário para dar respostas tempestivas que aplaquem satisfatoriamente o clamor decorrente dos crimes. Schünemann, embora crítico do instituto, demonstra que não há como ignorar que o *plea bargaining* expandiu-se para quase a totalidade dos ordenamentos jurídicos ocidentais, seja na Europa, seja na América Latina, principalmente em razão da necessidade de abreviamento das respostas necessárias à escalada da criminalidade moderna (Schünemann, 2013, p. 240). A adoção de institutos semelhantes na Itália, na Alemanha, no Chile e na Argentina reafirmam essa tendência mundial. (SOUZA, 2020, p. 196)

A evolução desse fenômeno no direito penal e processual penal brasileiro foi marcada pelo advento de diplomas normativos como: (i) a Lei n. 9.099/1995, que dispôs sobre a transação penal⁵⁰ para crimes de menor potencial ofensivo e a suspensão condicional do processo⁵¹; (ii) a Lei n. 12.850/2013, que fortaleceu a colaboração premiada, anteriormente disciplinada de modo esparso pelo ordenamento; (iii) o Decreto n. 5.015/2004, que, como já

⁵⁰ Art. 76, da Lei n. 9.099/1995.

⁵¹ Art. 89, da Lei n. 9.099/1995.

visto, internalizou no direito brasileiro a Convenção de Palermo – Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional –, trazendo previsão de mecanismos voltados a estimular a cooperação de participantes dos grupos criminosos; e (iv) a previsão do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), instrumento de consensualidade criminal introduzido inicialmente pelo Conselho Nacional do Ministério Público⁵² e depois consagrado em sede legal pelo chamado Pacote Anticrime.⁵³

No âmbito cível e criminal, percebe-se que, por força de sucessivas e progressivas alterações legislativas, os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da persecução estatal – seja em relação à ação penal pública, seja em relação à ação civil pública e à própria ação de improbidade administrativa – vêm sendo cada vez mais mitigados.

No direito administrativo, atualmente existe uma releitura dos tradicionais princípios da legalidade, da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público.

Em tema de ANPP, apesar de este instrumento de consensualidade incidir apenas nos ilícitos que configurem atos de improbidade administrativa, que são ilícitos de natureza cível, fato é que se aplicam os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador, por expressa determinação legal⁵⁴, razão pela qual é imprescindível a compreensão da evolução do sentido dos princípios da legalidade, da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público.

O professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008) ensina que o consenso na composição de conflitos administrativos era desestimulado pela legislação anterior a 1988 e tem como exemplos institutos tradicionais, como a conciliação, a mediação, a arbitragem e, mais recentemente, os ajustes de conduta e similares. Esse atraso na utilização de vias negociais administrativas no Brasil deve-se à visão imperativa nos países de tradição administrativa continental europeia, sobretudo da doutrina francesa, que as considerava inadequadas para o direito administrativo, diante do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Uma explicação desse traço histórico da visão clássica da intransacionabilidade processual e material dos interesses da Administração Pública é fornecida pelo professor Gustavo Binenbojm (2020):

⁵² Art. 18, da Resolução CNMP n. 181/2017.

⁵³ Art. 28-A, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019 (Lei Anticrime).

⁵⁴ Art. 1.º, § 4.º, da Lei n. 8.429/1992.

A celebração de acordos pela Administração Pública envolve o debate sobre alguns dogmas do direito administrativo. O direito administrativo brasileiro foi construído a partir de uma matriz eminentemente francesa, caracterizada por um regime jurídico pautado na supremacia do interesse público, na relação vertical entre Administração Pública e o particular, e na atuação do Estado por meio de atos administrativos unilaterais, imperativos e autoexecutórios. Essa concepção autoritária do direito público se refletiu diretamente na ideia de que os interesses que envolvem a Administração seriam indisponíveis. Segundo essa visão tradicional, o interesse público, que deveria prevalecer aprioristicamente sobre os interesses particulares, seria indisponível, sendo vedado, a quem quer que fosse, dele dispor ou sobre ele transigir. Assim, consolidou-se entre nós a ideia da intransacionabilidade processual e material dos interesses da Administração Pública. (BINENBOJM, 2020, p. 1)

Esta tradição considerava impossível negociar com o interesse público, o que afastava o emprego de todos os instrumentos do gênero, incluindo os de composição extrajudicial de conflitos, como a conciliação, a mediação, a arbitragem e os ajustamentos de conduta. No entanto, como se verifica hodiernamente, a consensualidade não ofende a busca e o alcance do interesse público, e sim procura meios mais céleres, efetivos e consensuais de se atingi-lo, como ensina o professor Moreira Neto (2008):

Ora, distintamente do que se possa aceitar sem maiores indagações, em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos em que se envolva a Administração Pública, no âmbito do Direito Administrativo, jamais se cogita negociar o interesse público, mas, sim, negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência. É que coexiste, com o interesse público deduzido no conflito, interesse público, não menos importante, de compô-lo. Esse interesse último, em dirimir o conflito e retomar a normalidade nas relações sujeitas à disciplina administrativa, é indubitavelmente da maior importância, tanto na esfera social como na econômica, justificando que sejam encontrados modos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido, que não aqueles que, em princípio, deveriam ser unilateralmente aplicados pelo Poder Público. (MOREIRA NETO, 2008, p. 16)

A doutrina de direito público brasileiro tem evoluído no sentido da realização da democracia substantiva, pela adoção de inúmeros instrumentos publicísticos de natureza consensual. O citado professor Moreira Neto (2008) conclui o tema indicando a

[...] imensa importância da consensualidade no desenvolvimento do modo de atuação mais avançado de que dispõe o estado: o do fomento. Pela consensualidade, o poder público vai além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público que concorram para enriquecer os modos e

formas tradicionais de atendimento a cargo dos entes estatais. Em conclusão, um estado de juridicidade plena, ou seja, de legalidade, de legitimidade e de licitude – um estado de justiça – que nos acena como uma possível marca cultural deste século, não pode prescindir de uma interação permanentemente aberta com a sociedade, que se reflita em sua atuação, de modo que ações suasórias sempre precedam as ações dissuasórias e estas as sancionatórias. Em suma: a face imperativa do poder só deve aparecer quando absolutamente necessário e no que for absolutamente indispensável. A coerção, ensina-nos Pascal, é que domina o mundo, mas é a opinião que a emprega. (MOREIRA NETO, 2008, p. 17-18)

Assim, o direito administrativo brasileiro, nas duas últimas décadas, vem superando as tradicionais objeções doutrinárias e avançando na edição de leis e atos normativos sobre alternativas de composição de conflitos, como se observa, por exemplo, no caso do regime jurídico do Direito Regulatório⁵⁵ e, mais recentemente, do próprio direito sancionador.

Em verdade, até mesmo antes disso já se pode extrair importante exemplo de previsão de solução consensual em conflitos entre Administração e administrado. Trata-se da possibilidade de desapropriação amigável contida no artigo 10 do Decreto-Lei n. 3.365/1941. É uma forma de negociação administrativa em matéria de desapropriação, instituto reputado como “[...] manifestação por excelência da forma autoritária e unilateral de atuação administrativa” (SILVA, 2020, p. 206).

Importante fenômeno do direito público nacional que abriu as portas para o consensualismo é a chamada contratualização. O processo da contratualização foi um dos instrumentos utilizados na Reforma do Estado Brasileiro “[...] que marcou a passagem do Estado-empresário para um modelo de prestação indireta dos serviços públicos por intermédio de agentes privados” a fim de “[...] dotar de eficiência a máquina administrativa, responsável por impulsionar a regulamentação de contratos com entes de colaboração do Poder Público” (PALMA, 2015, p. 242).⁵⁶

⁵⁵ O doutrinador Diogo de Figueiredo Moreira Neto, na obra citada, indica como exemplos de consensualidade no Direito Regulatório o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel (art. 3.º, V, da Lei n. 9.427/1996); da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel (art. 19, XVII, da Lei n. 9.472/1997); da Agência Nacional do Petróleo – ANP (art. 20, da Lei n. 9.478/1997); da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (art. 29, II, b, da Lei n. 10.233/2001); e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq (art. 20, II, b, da Lei n. 10.233/2001).

⁵⁶ Vide vasta produção legislativa sobre a contratualização, como as leis das organizações sociais e das sociedades civis de interesse público (Leis n. 9.637/1998 e n. 9.790/1999) e a lei de contratos com parceiros privados para prestação de serviços públicos, como a Lei de Concessão Comum (Lei n. 8.987/1995) e a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei n. 11.079/2004).

Deve-se observar que a adesão aos mecanismos de consensualidade pela Administração Pública é fenômeno que ocorre em diversos países, consoante o relato de Cleuler Barbosa das Neves e Marcílio da Silva Ferreira Filho (2017) em análise de direito comparado:

Em outros países, a prática consensual pelo Estado não é algo desconhecido. Há exemplos de previsão legal e prática reiterada do fenômeno da negociação administrativa para resolução de conflitos. Neles, a consensualidade é vista como prática compatível com o interesse público, na busca por *uma decisão administrativa concertada*. Na Itália, onde a tradição do direito administrativo caracteriza-se por atos unilaterais e imperativos, a *Legge 7 agosto 1990, n. 241*, que trata do procedimento administrativo, em seu art. 11, possui cláusula geral autorizativa da realização de acordos pela Administração Pública para substituição de conteúdo discricionário da decisão administrativa final (*accordi integrativi*) ou substitutivo desta (*accordi sostitutivi di provvedimento*), condicionado sempre à prossecução do interesse público. Na Espanha, temos outro exemplo muito interessante. Apesar de a doutrina apontar a existência de contemplação da consensualidade no ordenamento jurídico espanhol anteriormente, foi a Lei n. 30/1992 que estabeleceu uma cláusula geral para admitir a atuação consensual da Administração Pública. O art. 88 da referida lei espanhola autoriza a terminação convencional do processo administrativo, condicionando, no entanto, à observância do interesse público e vedando-a nas hipóteses de matérias não suscetíveis de transação. Ainda também é possível citar o caso do direito alemão, que, em sua Lei de Procedimento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), § 55, permite a realização de contratos de transação, através de concessões mútuas, pela Administração Pública. No âmbito do direito norte-americano – em que o direito administrativo foi recentemente reconhecido e mesmo ainda sofre bastante resistência –, a cultura da negociação jurídica administrativa, através dos contratos alternativos, é algo também comum. Com a edição do *Administrative Dispute Resolution Act (Section 571 a 581)*, de 1996, a matéria ficou disciplinada através de um típico sistema jurídico alternativo para resolução de conflitos. (NEVES; FERREIRA FILHO, 2017, p. 54-55, grifo no original)

No Brasil, ao se consolidar a opção pela consensualidade na solução dos conflitos, o próprio Código de Processo Civil estabelece que: (i) é permitida a arbitragem, na forma da lei; (ii) o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos; (iii) a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.⁵⁷

⁵⁷ Art. 3.º, do Código de Processo Civil/2015.

Assim, conciliador é aquele que conduz, atuando preferencialmente nos casos em que não há vínculo anterior entre as partes, sugerindo soluções. Já a pessoa do mediador é quem atua preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, de modo que os interessados possam, por si próprios, obter uma solução consensual.

A Lei n. 9.307/1996 dispõe sobre a arbitragem.⁵⁸ Na arbitragem não há autocomposição, mas as partes interessadas vão submeter a questão ao juízo arbitral, e isto se dá por meio da convenção de arbitragem, que poderá conter: (i) cláusula compromissória – previsão no contrato de que se houver um conflito, será este submetido a um árbitro ou tribunal arbitral. A cláusula é anterior ao problema existir; e (ii) compromisso arbitral – o litígio já existe e será submetido ao árbitro. O compromisso é posterior ao problema existir.

A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, exceto quando estiver em um dos polos a Administração Pública, ocasião em que será necessariamente de direito, por conta do princípio da legalidade.⁵⁹

No âmbito do direito sancionador, a prática da consensualidade por meio de acordos celebrados entre poder público e interessado no âmbito do processo administrativo ainda pode ser considerada incipiente, como ensina a doutrina especializada de Juliana de Palma (2015), principal marco teórico utilizado na presente seção desta dissertação. No entanto, já existe farta produção legislativa e normativa que possibilitam a celebração desses acordos. Como leciona a autora,

[...] o que se verifica no âmbito normativo, porém, é uma verdadeira aposta nos acordos administrativos como mecanismos de satisfação de finalidades

⁵⁸ Art. 1.º, da Lei n. 9.307/1996, dispõe, *in verbis*: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1.º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 2.º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações”.

⁵⁹ Em relação à arbitragem, a I Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal (2020) publicou os enunciados 10, 18, 19 e 39, que dispõem: “Enunciado 10. Em contratos administrativos decorrentes de licitações regidas pela Lei n. 8.666/1993, é facultado à Administração Pública propor aditivo para alterar a cláusula de resolução de conflitos entre as partes, incluindo métodos alternativos ao Poder Judiciário, como Mediação, Arbitragem e *Dispute Board*. Enunciado 18. A ausência de previsão editalícia não afasta a possibilidade de celebração de compromisso arbitral em conflitos oriundos de contratos administrativos. Enunciado 19. As controvérsias acerca de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos integram a categoria das relativas a direitos patrimoniais disponíveis, para cuja solução se admitem meios extrajudiciais adequados de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas (*Dispute Board*) e a arbitragem. Enunciado 39. A indicação e a aceitação de árbitros pela Administração Pública não dependem de seleção pública formal, como concurso ou licitação, mas devem ser objeto de fundamentação prévia e por escrito, considerando os elementos relevantes”.

públicas. Ocorre que, desde 2010, se evidencia notável produção normativa federal, com criação de instrumentos consensuais das mais variadas finalidades. Alguns desses instrumentos foram concebidos no âmbito de políticas públicas ou marcos regulatórios específicos. (PALMA, 2015, p. 231-232)

Partindo da solução de controvérsias privadas e atingindo bens jurídicos e direitos historicamente considerados como indisponíveis – como o *ius puniendi* estatal –, é fato que atualmente a consensualidade permeia todo o ordenamento jurídico. Prova disso é a previsão, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb), da possibilidade de celebração de compromisso no que tange à aplicação do direito público.⁶⁰

A importância da Lindb é tamanha, que é classificada como uma sobrenorma (*lex legum*), ou seja, um superdireito que tem a finalidade de contribuir na interpretação e aplicação das demais normas do ordenamento jurídico.

Neste contexto, destaca-se que a Lindb estabelece que, para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, a autoridade administrativa poderá, observadas as devidas cautelas procedimentais e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar o compromisso antes citado com os interessados, observada a legislação aplicável.

Tal compromisso deve buscar uma solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais e não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecido por orientação geral.

Além da norma geral acima citada prevista na Lindb, ao longo da presente Dissertação, são citados diversos outros instrumentos de consensualidade. Neste sentido, a doutrina ressalta que

[...] com o reconhecimento de que a função administrativa pode ser desempenhada por meio da consensualidade, com emprego de métodos concertados para satisfação de finalidades públicas, normas com conteúdo geral, aplicáveis à Administração direta e indireta, abarcaram a consensualidade ao lado de outros esquemas consagrados de atuação administrativa no objeto de incidência normativa. (PALMA, 2015, p. 232)

Os entes federativos podem criar Câmara de Prevenção e Resolução de Conflitos na seara administrativa, no âmbito dos respectivos órgãos da advocacia pública. A Lei n.

⁶⁰ Vide art. 26, do Decreto-Lei n. 4.657/1942, incluído pela Lei n. 13.655/2018.

13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, estabelece que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: (i) dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; (ii) 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 (iii) promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).⁶¹

A instauração do procedimento administrativo para resolução do conflito, de forma consensual, cujo objetivo é encontrar a solução consensual do conflito atualmente existente, gera a suspensão da prescrição. Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo, constituindo título executivo extrajudicial.

Recentemente, a Nova Lei de Licitações passou a prever a extinção consensual de contratos, via mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração⁶², destacando a possibilidade de uso de meios alternativos de soluções de conflitos – a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.⁶³

A consensualidade pode estar difusa ou dispersa pelo ordenamento jurídico quando disciplinada por meio de normas que instituem instrumentos de atuação administrativa consensual em casos pontuais. É o que a doutrina chama de

⁶¹ Art. 32, da Lei n. 13.140/2015.

⁶² Art. 138, da Lei n. 14.133/2021, dispõe: “A extinção do contrato poderá ser: I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta; II - consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração; III - determinada por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ou por decisão judicial”.

⁶³ Arts. 151/154, da Lei n. 14.133/2021, dispõem: “Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no *caput* deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações. Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade. Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias. Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes”.

[...] modelo de previsão normativa difusa da atuação administrativa consensual, marcada pela pontualidade de suas prescrições. Isso significa que apenas a parcela da Administração Pública contemplada nas normas que dispõem sobre a consensualidade está autorizada a proceder de modo concertado, utilizando os instrumentos consensuais nelas previstos. (PALMA, 2015, p. 235)

Assim acontecia no Brasil no âmbito do direito público, até 2018, pois não havia uma lei geral prevendo, de forma mais abrangente, a possibilidade de solução consensual.

Ocorre que o art. 26, da Lindb, como visto acima, acabou por aproximar o Brasil do modelo de previsão normativa por permissivo genérico, que permite, *a priori*, a Administração Pública celebrar acordos administrativos, sem prejuízo de normas especiais que disponham mais especificamente sobre a dinâmica da atuação consensual. Tal modelo genérico vigora, por exemplo, “[...] nas leis de processo administrativo italiana, espanhola e alemã, que dispõem expressamente sobre a viabilidade da atuação administrativa concertada” (PALMA, 2015, p. 235).

No âmbito do direito sancionador, também houve significativo aumento da consensualidade, como se observa no instituto do acordo de leniência⁶⁴, importante instrumento que traz a participação do infrator que colabora, por exemplo, para elucidar a extensão do ilícito. Di Pietro (2021) pontua a ampla utilização desse acordo em outros países, como esclarece a seguir:

De inspiração no direito norte-americano e hoje adotado em inúmeros países, o acordo de leniência tem por objetivo permitir ao infrator, por meio de acordo com o Poder Público, colaborar na investigação de ilícitos administrativos ou penais, favorecendo, a um tempo, o interesse público na investigação das infrações e responsabilização dos infratores, e o interesse do próprio infrator na obtenção da extinção da punibilidade ou redução da pena aplicável. (DI PIETRO, 2021, p. 1.016)

Especificamente em relação ao ANPC, em razão das lacunas legislativas investigadas, o grande desafio para sua aplicação prática é buscar parâmetros isonômicos para a construção da identidade do instituto, visando à segurança jurídica e à sua maior efetividade, como se vê da preocupação doutrinária a seguir transcrita:

⁶⁴⁶⁴ Vide art. 16, § 1.º, III, da Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e art. 86, § 1.º, IV, da Lei n. 12.529/2011 (Lei do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade).

A introdução do acordo de não persecução cível na ordem jurídica brasileira é mais que alvissareira. Caminha no mesmo norte das tendências do direito sancionador contemporâneo, que busca comprimir a litigiosidade e ampliar o espaço de projeção da consensualidade; tende a diminuir os custos da relação processual, abreviando a sua tramitação; colabora para a razoável duração do processo (CRFB/1988, art. 5.º, LXXVIII) e soma forças para se conferir efetividade ao direito sancionador cível. O grande desafio, em um momento no qual o instituto ainda se encontra em vias de construção de sua identidade, é o de que visões parciais da realidade não afrontem o sistema do direito sancionador brasileiro e comprometam a sua efetividade. (GARCIA, 2021, p. 93-94).

Pelo exposto, verifica-se a consolidação da consensualidade no direito brasileiro, inclusive avançando para o direito sancionador, seja de natureza penal, seja em âmbito cível, seja, ainda, em nível administrativo.

3.3 Consensualidade em sentido estrito nos acordos de direito administrativo

Sob o ponto de vista funcional, Palma (2015) ensina que podem ser identificadas duas espécies de acordos administrativos no direito administrativo processual brasileiro: os acordos integrativos e os acordos substitutivos, que guardam diferenças quanto à finalidade processual, ao próprio procedimento adotado e à natureza jurídica do ato processual final.

Os acordos integrativos permitem que Administração Pública e administrado negociem uma modelagem para o ato decisório unilateral final da Administração. Essa modelagem pode compreender o “[...] condicionamento do ato final a uma obrigação consensualmente estabelecida” (como por exemplo, a definição de uma condicionante de licença no processo de licenciamento ambiental); a “[...] complementação consensual do provimento final” e a “[...] adequação do ato final mediante a substituição de um ato específico do processo” (PALMA, 2015, p. 248). Assim, os acordos integrativos não substituem o provimento final da Administração, pois se prestam a definir o conteúdo discricionário da decisão administrativa, que permanece unilateral e imperativa.

Um exemplo de acordo integrativo é o acordo de leniência previsto no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência⁶⁵ quando dele resulta, em vez da extinção da punibilidade, somente uma redução da penalidade aplicável. Nesse caso, o acordo apenas

⁶⁵ Vide art. 86, da Lei n. 12.529/2011.

modifica o conteúdo do ato sancionatório final, que permanece como um ato unilateral da Administração.

De outra parte, os acordos substitutivos tomam o lugar do ato decisório da Administração, podendo desempenhar três funções: (i) a de “[...] substituir a sanção administrativa ao final do processo administrativo”; (ii) a de “[...] suspender o trâmite do processo administrativo sancionador com a celebração do acordo administrativo e, após cumprimento de seus termos, determinar a extinção do processo”; ou (iii) a de “[...] impedir a instauração de processo administrativo sancionador” (PALMA, 2015, p. 252-253).

3.3.1 Acordos substitutivos

A disciplina de cada espécie de acordo substitutivo vai ditar qual – ou quais – dessas funções será realizada, sendo prevalente no direito administrativo brasileiro a função de suspensão do processo para cumprimento dos termos do acordo e subsequente extinção do feito.

Em matéria de acordos substitutivos, o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008) destaca a importância do termo de ajustamento de conduta no âmbito dos processos coletivos e ensina que

[...] como exemplo bem-sucedido no direito brasileiro, quanto aos acordos substitutivos – instrumentos administrativos que poderão ser ocasionalmente aplicados pela Administração, sempre que, de ofício ou por provocação de interessado, verificar que uma decisão unilateral de um processo poderá ser vantajosamente substituída por um acordo em que o interesse público, a cargo do Estado, possa ser atendido de modo mais eficiente, mais duradouro, mais célere ou com menores custos – ainda que insuficientemente processualizado para surtir efeitos com desejável amplitude, mencione-se o ajustamento de conduta, previsto no art. 5.º, § 6.º, da Lei n. 7.347/1985, sem dúvida um instrumento já em plena afirmação na prática jurídica do País. (MOREIRA NETO, 2008, p. 15-16)

O compromisso de ajustamento de conduta, citado no fragmento acima, é “[...] um negócio jurídico bilateral, um acordo, que tem apenas o efeito de acertar a conduta do obrigado às determinações legais” (RODRIGUES, 2011, p. 281) e é comumente conhecido como Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). No entanto, tecnicamente, as expressões não

são sinônimas, pois o TAC é a forma pela qual se instrumentaliza um acordo, cujo conteúdo é o Compromisso de Ajustamento de Conduta (CAC).

A base legal genérica para o Compromisso de Ajustamento de Conduta surgiu pela primeira vez com o Estatuto da Criança e do Adolescente⁶⁶, e posteriormente foi incluído na Lei da Ação Civil Pública, pelo Código de Defesa do Consumidor⁶⁷, com a seguinte redação: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.⁶⁸

A relevância desse instrumento jurídico consensual no universo da tutela coletiva é ressaltada pela doutrina, como se observa no trecho abaixo colacionado por Humberto Dalla Bernardina de Pinho e José Roberto Mello Porto (2021):

O nascimento desse instituto, em particular, e da tutela coletiva, em geral, advém da constatação da inadequação do modelo processual clássico à obtenção da tutela dos direitos de terceira dimensão, pensados sob o prisma da solidariedade. Nesse contexto, voltado à proteção dos interesses coletivos *lato sensu*, cuja titularidade não pertence exclusivamente aos legitimados à propositura da ação civil pública, surge o compromisso de ajustamento de conduta (CAC), como uma ferramenta conciliatória relevante, viabilizadora do acesso à justiça consensual, além de apta a colaborar para a desobstrução da máquina judiciária por se evitar a propositura da ação coletiva competente. (PINHO; PORTO, 2021, p. 199)

A compreensão dos acordos substitutivos praticados pela Administração Pública exige uma releitura de importantes conceitos teóricos do direito administrativo, nomeadamente quanto à legalidade, às prerrogativas e quanto ao controle de tal espécie de acordo administrativo.

A discussão é particularmente importante no que se refere aos acordos substitutivos de sanção, tendo em vista que “[...] no âmbito da atividade sancionatória do Estado, os dilemas entre consensualidade/legalidade, consensualidade/dever-poder sancionador e consensualidade/ controle colocam-se de forma mais evidente” (PALMA, 2015, p. 264).

Sob o aspecto da legalidade dos acordos substitutivos, uma discussão relevante se refere à necessidade de autorizativo legal específico para a celebração das avenças. Palma

⁶⁶ Art. 211 da Lei n. 8.069/1990.

⁶⁷ Lei n. 8.078/1990.

⁶⁸ Art. 5.º, § 6.º da Lei n. 7.347/1985.

(2015) considera que a atuação administrativa pela via consensual está sujeita a uma reserva de norma em hipóteses nas quais a lei formal não prevê tal competência, ou seja, a atuação administrativa por meio da consensualidade é possível quando a lei não proibir a solução negocial.

Por sua vez, nas hipóteses nas quais a própria lei proíbe esse mecanismo de consensualidade, tal competência fica afastada. Para a autora, esta hipótese de vedação era, por exemplo, o caso da transação – posteriormente editada no instituto do ANPC – que, inicialmente, era expressamente proibida na redação original da Lei de Improbidade Administrativa.⁶⁹

Dentro dessa lógica de vinculação negativa à lei formal, verifica-se que a Administração Pública possui poderes normativos sobre os instrumentos de consensualidade. Especificamente para os acordos substitutivos de sanção, a competência para editar atos normativos sobre a negociação em torno das sanções se justificaria não somente pela vinculação negativa à lei, como também pelo fato de que a própria Administração Pública é detentora da prerrogativa de aplicar sanções. A doutrina ensina que

[...] a atuação administrativa consensual determina relação de compatibilidade, o que viabiliza a atipicidade do conteúdo dos instrumentos consensuais estabelecidos em normas, fator essencial para a aderência destes mecanismos consensuais às especificidades do caso concreto. (PALMA, 2015, p. 304)

Trata-se de tese simpática à possibilidade de concepção do ANPC em um modelo cooperativo e não puramente repressivo. Desta forma, o ANPC passa a ser um instrumento que poderá se ajustar às peculiaridades de cada caso, trazendo soluções adequadas e efetivas em prol do interesse público primário.

Para fortalecer a tese de regulamentação de instrumentos de direito negocial em tema de direito sancionador, como já visto, ressalta-se que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb) foi alterada em 2018, de maneira que atualmente há expressamente a possibilidade genérica de celebração de compromisso no que tange à aplicação do direito público.⁷⁰

⁶⁹ Vide redação originária do Art. 17, § 1.º, da Lei n. 8.429/1992: “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*”.

⁷⁰ Vide art. 26, do Decreto-Lei n. 4.657/1942, incluído pela Lei n. 13.655/2018.

3.3.2 Poderes administrativos e ANPC

A doutrina de direito administrativo (CARVALHO FILHO, 2018, p. 56) relaciona um conjunto de prerrogativas conferidas pelo ordenamento jurídico aos agentes administrativos para a realização dos fins almejados pelo Estado. Tais prerrogativas são denominadas de poderes administrativos, dentre os quais podem ser destacados o poder normativo ou regulamentar, o poder disciplinar e o poder discricionário.

Tradicionalmente, a doutrina de direito administrativo indica que poder normativo – ou regulamentar, quando exercido pelo chefe do Poder Executivo – é a prerrogativa de direito público de expedir normas gerais e abstratas, dentro dos limites e segundo às leis, não podendo ser contrário a elas, nem inovar na ordem jurídica, para minudenciar e permitir a efetiva aplicação das leis.

Como ensina a doutrina, tal “[...] prerrogativa, registre-se, é apenas para complementar a lei; não pode, pois, a Administração alterá-la a pretexto de estar regulamentando. Se o fizer, cometerá abuso de poder regulamentar, invadindo a competência do Legislativo” (CARVALHO FILHO, 2018, p. 57).

O regulamento e o decreto são, por excelência, a forma de materialização do ato normativo. Como esses regulamentos e decretos são privativos do chefe do Poder Executivo⁷¹, considera-se que o poder regulamentar é exercido pelo Presidente da República, Governadores dos Estados, do Distrito Federal e Prefeitos Municipais.

Ocorre que, as demais autoridades administrativas podem, dentro de suas correlatas competências, expedir outros atos, como resoluções e instruções normativas, para regulamentar determinadas matérias. É o caso, por exemplo, de uma resolução expedida por um Procurador-Geral de Justiça, chefe institucional do Ministério Público de determinado Estado, para regulamentar a aplicação do ANPC no âmbito daquela unidade do Ministério Público.⁷²

Nesse contexto, parte da doutrina de direito administrativo aponta que autoridades diversas dos chefes do Poder Executivo podem exercer o chamado poder normativo, e não

⁷¹ Vide art. 84, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁷² Observe, como exemplo, a Resolução GPGJ n. 2.469/2022, que disciplina, no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o Acordo de Não Persecução Cível, de forma a regulamentar o disposto no art. 17-B, da Lei n. 8.429/1992.

propriamente o poder regulamentar, que seria uma espécie daquele. Neste sentido, o professor Matheus Carvalho (2021) ensina que

[...] a doutrina tradicional refere-se a Poder Regulamentar como sinônimo de Poder Normativo. Ocorre que, modernamente, por se tratar de conceituação restrita (uma vez que abarca a edição de regulamentos apenas, excluindo os outros atos normativos próprios da atuação do Estado), o Poder Regulamentar vem sendo tratado como espécie do Poder Normativo. Afinal, além da edição de regulamentos, o Poder Normativo abarca a edição de outros atos normativos, tais como deliberações, instruções, resoluções. Dessa forma, nessa obra, o Poder Regulamentar será tratado como atribuição típica e exclusiva do chefe do Poder Executivo, enquanto o Poder Normativo é o poder geral conferido às autoridades públicas de editarem normas gerais e abstratas, nos limites da legislação pertinente. (CARVALHO, 2021, p. 132)

Em relação aos contornos do poder normativo, a doutrina alerta que deve ser exercido nos limites da lei, inclusive em obediência à garantia fundamental prevista na Constituição da República de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei⁷³, conforme se extrai do trecho a seguir:

Seu exercício somente pode dar-se *secundum legem*, ou seja, em conformidade com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser. Decorre daí que não podem os atos formalizadores criar direitos e obrigações, porque tal é vedado num dos postulados fundamentais que norteiam nosso sistema jurídico: ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’ (art. 5.º, II, CF). É legítima, porém, a fixação de obrigações subsidiárias (ou derivadas) – diversas das obrigações primárias (ou originárias) contidas na lei – nas quais também se encontra imposição de certa conduta dirigida ao administrado. Constitui, no entanto, requisito de validade de tais obrigações sua necessária adequação às obrigações legais. Inobservado esse requisito, são inválidas as normas que as preveem e, em consequência, as próprias obrigações. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 60)

A hipótese levantada inicialmente na presente Dissertação, qual seja, de incluir no ANPC outras obrigações além das de cunho patrimonial, sobretudo relacionadas à cooperação do autor do ato ilícito com as investigações, de maneira que o ANPC não seja apenas um instrumento de consensualidade de mera reprimenda, e sim de colaboração, vem se confirmando a cada seção.

Nesse contexto, percebe-se, da leitura do trecho acima colacionado, que a doutrina de direito administrativo já indicava a impossibilidade de atos normativos criarem direitos e

⁷³ Art. 5.º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil.

obrigações inéditos, mas indicavam a legitimidade de fixação de obrigações subsidiárias – ou derivadas –, ainda que diversas das obrigações primárias – ou originárias – contidas na lei, observado o postulado da adequação às obrigações legais. É o caso do ANPC.

Essas novas obrigações derivadas, no caso do ANPC, decorrem não apenas da doutrina acima citada, mas da expressa autorização legislativa de inclusão no ANPC de “outras medidas em favor do interesse público”.⁷⁴

Apesar da aparente incompatibilidade com a leitura tradicional de princípios da supremacia do interesse público ou da indisponibilidade do interesse público, a opção pela solução negociada por intermédio dos acordos substitutivos de sanção atualmente não é mais vista como violação a tais princípios, como foi possível observar nos itens anteriores.

De fato, inicialmente, podem surgir dificuldades de ordem metodológica quanto à possibilidade de definição *in concreto* sobre o atendimento à finalidade pública na celebração do acordo. Em outras palavras, a *vexata quaestio* é verificar a adequação do acordo, sob o prisma do princípio da proporcionalidade, para se concluir se a imposição de sanção atende ao interesse público, ou se a celebração de acordo prestigia o interesse privado de fugir de sanções mais gravosas em eventual condenação em uma ação de improbidade administrativa. A relação entre o princípio da proporcionalidade e o ANPC será objeto de estudo na quinta seção.

Nesse contexto, destacam-se os princípios da impessoalidade e da eficiência para se verificar se o agente público agiu buscando a finalidade pública, ou se praticou abuso de poder por desvio de finalidade, como é o caso, por exemplo, da captura do interesse público primário por interesses privados ou governamentais transitórios.

Ocorre que tal dificuldade não pode servir de base ideológica para afastar, *prima facie*, a possibilidade dos acordos estudados, até porque eventuais excessos ou abusos de poder devem ser controlados e punidos pela via própria, diante da atuação dos órgãos de controle e dos princípios da autotutela e da inafastabilidade do controle jurisdicional.⁷⁵

Desta forma, os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público “[...] não constituem impeditivos à atuação administrativa consensual [...] os acordos administrativos podem ser entendidos como o interesse público do caso concreto, tendo em vista os potenciais efeitos positivos decorrentes da transação”, de maneira que a celebração de

⁷⁴ Art. 17-B, *caput* e § 6.º, da Lei n. 8.429/1992.

⁷⁵ Art. 5.º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

tais acordos, desde que com base no princípio da proporcionalidade, representa “[...] a própria satisfação do interesse público” (PALMA, 2015, p. 278, 304).

Importante o ensinamento trazido por Gustavo Binbenjamen (2020), que também enxerga na consensualidade um mecanismo de melhor realização do interesse público, como esclarece a seguir:

Atualmente, fala-se na promoção da consensualidade como mecanismo de gestão da coisa pública. Em muitos casos, na busca da promoção do melhor interesse público, a Administração deve despir-se de sua potestade para buscar consensos; deve reconhecer que a lógica da autoridade nem sempre é o meio mais eficiente de apuração do interesse público. Não se trata de renunciar à potestade estatal, mas de verificar os casos ou situações genéricas em que a negociação e o acordo podem responder melhor a objetivos de interesse público pretendidos pelo próprio ordenamento jurídico. Ressalte-se que a atuação consensual não representa, *per se*, uma subversão do interesse público, tampouco ao dogma da indisponibilidade do interesse público. Muito ao contrário: a consensualidade pode consubstanciar meio apto a atingi-lo. Até mesmo porque coexiste, ao lado do interesse público em conflito, o interesse público – não menos importante – de compô-lo. Nesse contexto, a atividade consensual da Administração não só é conveniente, como também é necessária e juridicamente embasada. (BINENBOJIM, 2020, p. 2-3)

Nesse ponto, merecem ser citadas as lições de Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2020) sobre a interação entre interesse público e interesse privado e sobre a própria pluralidade do(s) interesse(s) público(s):

O conceito de interesse público não necessariamente se opõe ao de interesse privado. A aproximação entre Estado e sociedade demonstra bem isso, notadamente quando se verifica que a atuação do Poder Público deve pautar-se pela defesa e promoção dos direitos fundamentais e, obviamente, pelo respeito à dignidade humana. A promoção estatal dos direitos fundamentais representa a satisfação das finalidades públicas estabelecidas pela própria Constituição. E isso se dá porque, em verdade, nunca existiram um único ‘interesse público’, tampouco um interesse privado, concebidos abstratamente e de forma cerrada. Muito ao contrário, em uma sociedade pluralista, existem diversos interesses públicos e privados em constante conexão, de modo que, naturalmente, poderão emergir eventuais conflitos entre interesses considerados públicos (ex.: a criação de uma hidrelétrica e a necessidade de desmatamento de área florestal de conservação permanente), entre interesses denominados privados (ex.: o direito à intimidade e o direito à liberdade de expressão) e entre interesses públicos e privados (ex.: a servidão administrativa de passagem estabelecida em imóvel particular para utilização de ambulâncias de determinado nosocômio público). (OLIVEIRA, 2020, p. 48-49)

Pelo exposto, verifica-se ser possível a compatibilização entre interesse público e interesse privado, desde que com base nos princípios da legalidade – observando-se os limites das normas de regência dos acordos –, da proporcionalidade – sobretudo com atenção ao elemento da adequação na escolha do que será transacionado, da duração razoável do processo administrativo, da eficiência, etc.

O próximo poder administrativo a ser estudado é o disciplinar, que é o poder da Administração Pública de apurar infrações cometidas e aplicar penalidades cabíveis aos servidores públicos, que com ela possuem vínculo hierárquico, ou a demais pessoas submetidas ou vinculadas à administração – vínculo contratual.

A função deste poder é sempre aprimorar a prestação do serviço público punindo a malversação do dinheiro público ou atuação em desconformidade com a lei. Sendo assim, a doutrina costuma apontar que o Poder Disciplinar pode decorrer do Poder Hierárquico, haja vista tratar-se a hierarquia de uma espécie de vinculação especial, mas também pode decorrer dos contratos celebrados pela Administração Pública, sejam regidos pelo direito público ou pelo direito privado. Explique-se, nesta esteira, que a sanção aplicada em razão do exercício deste Poder não é uma sanção comum porque, em verdade, estar-se-á diante do poder de aplicar uma sanção decorrente de um vínculo especial entre a administração pública e o indivíduo que está sendo penalizado. O Poder Disciplinar consiste em um sistema punitivo interno e por isso não se pode confundir com o sistema punitivo exercido pela justiça penal, muito menos com o exercício do Poder de Polícia. As pessoas que são atingidas por esse Poder possuem uma sujeição especial, um vínculo com a Administração Pública. (CARVALHO, 2021, p. 136-137)

O exemplo clássico de emprego do poder disciplinar é a instauração de processo administrativo disciplinar para apuração e eventual aplicação de sanção a servidor público que praticou falta funcional.⁷⁶

Em relação aos particulares sujeitos ao poder disciplinar por possuírem vínculo de natureza especial com o Estado, o poder administrativo ora estudado é exercido, por exemplo

⁷⁶ Vide arts. 143/182, da Lei n. 8.112/1990, que dispõe sobre Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais.

quando da apuração de ilícito administrativo e aplicação de sanção administrativa em casos de concessão de serviços⁷⁷, contratos administrativos⁷⁸ e infrações ambientais.⁷⁹

O entendimento majoritário da doutrina clássica é no sentido de que os atos decorrentes do poder disciplinar são praticados, em regra, com discricionariedade. No entanto, não existe uma liberdade total do agente público, já que a própria legislação, em matéria de direito sancionador, traz expressamente as sanções que são aplicáveis a cada conduta legalmente considerada ilícita.

Assim, a discricionariedade que é parcialmente aplicável no exercício do poder disciplinar deve ser exercida de acordo com o princípio da proporcionalidade, especificamente em seu elemento ou subprincípio da adequação. É o que costuma dispor cada legislação de regência, como se observa na Lei de Licitações e Contratos, que estabelece que na aplicação das sanções administrativas nela previstas serão considerados a natureza e a gravidade da infração cometida; as peculiaridades do caso concreto; as circunstâncias agravantes ou atenuantes; os danos que dela provierem para a Administração Pública; a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.⁸⁰

A doutrina de Matheus Carvalho (2021) esclarece os limites da discricionariedade no regular uso do poder disciplinar, ao afirmar que

[...] a discricionariedade, no entanto, não é ampla, no que tange à opção entre sancionar ou não o agente infrator. Em verdade, a Administração Pública, uma vez tendo conhecimento de um fato, não tem escolha se vai punir ou não o agente infrator. Dessa forma, em se tratando de infração praticada por um servidor público, por exemplo, o ente público tem a obrigação de imediatamente instaurar o PAD (Processo Administrativo Disciplinar) para aplicação das sanções administrativas, sem prejuízo da verificação acerca da caracterização da conduta como ato de Improbidade Administrativa. Alguns autores afirmam que esse poder é também discricionário, contudo, essa

⁷⁷ Arts. 23, VIII e 29, II, da Lei n. 8.987/1995.

⁷⁸ Vide Lei n. 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos), que dispõe: “Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções: I - advertência; II - multa; III - impedimento de licitar e contratar; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar”.

⁷⁹ Vide Lei n. 9.605/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, que estabelece o seguinte: “Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6.º: I - advertência; II - multa simples; III - multa diária; IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; V - destruição ou inutilização do produto; VI - suspensão de venda e fabricação do produto; VII - embargo de obra ou atividade; VIII - demolição de obra; IX - suspensão parcial ou total de atividades; XI - restritiva de direitos”.

⁸⁰ Art. 146, §1.º, da Lei n. 14.133/2021.

posição tem que ser vista com cautela, já que a própria Lei n. 8.112/90 determina que uma vez definida a infração praticada, a sanção correspondente é expressa em lei, não sendo, portanto, de livre escolha para o Administrador. A discricionariedade, nesses casos, fica limitada à extensão da sanção, como, por exemplo, por quanto tempo se estenderá uma penalidade de suspensão, haja vista a Lei autorizar sua aplicação por até 90 dias, conferindo margem de escolha restrita ao agente público. Nesse sentido, a autoridade administrativa competente poderá, dentro dos limites legais, definir a intensidade da penalidade a ser aplicada de acordo com a gravidade da infração cometida, em observância estrita ao princípio da proporcionalidade. Também se pode verificar a discricionariedade no exercício do Poder Disciplinar quando a lei se vale de conceitos jurídicos indeterminados para definir infrações administrativas. (CARVALHO, 2021, p. 136-137)

O professor Carvalho Filho (2018) indica que o princípio da proporcionalidade deve atender à adequação punitiva, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, à medida que

[...] a correta aplicação da sanção deve obedecer ao princípio da adequação punitiva (ou princípio da proporcionalidade), vale dizer, o agente aplicador da penalidade deve impor a sanção perfeitamente adequada à conduta infratora. Por essa razão, a observância do referido princípio há de ser verificada caso a caso, de modo a serem analisados todos os elementos que cercaram o cometimento do ilícito funcional. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 73)

Nesse contexto de discussão sobre a obrigatoriedade de imposição de sanção pela Administração Pública diante da infração apurada, em razão do poder-dever da prerrogativa sancionatória, verifica-se que a adoção da via consensual, quando realizada de acordo com a finalidade pública, não é ilegal, tampouco ofende a juridicidade em sentido mais amplo. Sustenta a doutrina atual que,

[...] dessa forma, a autorização normativa da consensualidade por permissivo genérico viabiliza a substituição da sanção por acordo administrativo mesmo quando apurada a responsabilidade administrativa. Tendo em vista que a leitura da legalidade mais adequada para lidar com a consensualidade corresponde à vinculação negativa da Administração à juridicidade, bem como à instrumentalidade das prerrogativas públicas, condicionadas à satisfação das finalidades públicas, a sanção somente não poderá ser substituída por acordo administrativo quando houver expressa delimitação normativa do tempo da negociação ou mediante explícita vedação pela norma. Ocorre que a prerrogativa sancionadora se enquadra no panorama geral das prerrogativas públicas, sendo, portanto, exorbitante e

instrumental. Na qualidade de mecanismo instrumental ao alcance dos fins de ordem pública estabelecidos nas leis-quadros ou, mesmo, no regramento infralegal, a prerrogativa sancionadora pode deixar de ser exercida pelo Poder Público no caso concreto, para alcance desses mesmos fins por outro modo de ação, como a atuação administrativa concertada. (PALMA, 2015, p. 280)

Em matéria de falta funcional praticada por servidor público, no contexto do poder administrativo disciplinar, vários estatutos de servidores públicos de diferentes entes federativos já preveem a possibilidade de solução consensual. É o caso, por exemplo, do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul que, por meio do regular exercício de seu poder normativo, instituiu o chamado Acordo de Não Persecução Disciplinar (ANPD), destinado a evitar a instauração de processo administrativo disciplinar, por meio da resolução consensual de conflitos, controvérsias e problemas na esfera disciplinar.⁸¹

De acordo com o ato normativo que regulamenta tal ANPD, o instituto poderá ser adotado estritamente nos casos de faltas disciplinares cujas sanções previstas sejam de advertência, multa ou censura.⁸²

Veja-se que o citado ANPD, nas hipóteses e na forma disposta na norma regulamentadora, não é aplicável em casos de demissão. É que, atualmente, entende-se que a autoridade administrativa está vinculada a aplicar a sanção de demissão a servidor quando caracterizadas as hipóteses previstas na norma de regência, como desse tipo de pena disciplinar.⁸³

Ressalta-se que o referido ANPD foi editado em consonância com a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público⁸⁴, cujo objetivo é assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e dos interesses que envolvem a atuação da instituição, por meio da implementação e da adoção de mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais.

⁸¹ Provimento n. 51/2021-PGJ/MPRS, que institui o Acordo de Não Persecução Disciplinar (ANPD) e o regulamenta, no âmbito das atribuições da Corregedoria-Geral do Ministério Público e das normas disciplinares dos membros do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, e dá outras providências.

⁸² Art. 3.º, do Provimento n. 51/2021-PGJ/MPRS.

⁸³ Vide verbetes das Súmulas n. 650 e 651 do Superior Tribunal de Justiça: “Súmula 650: A autoridade administrativa não dispõe de discricionariedade para aplicar ao servidor pena diversa de demissão quando caracterizadas as hipóteses previstas no artigo 132 da Lei n. 8.112/1990” e “Súmula 651: Compete à autoridade administrativa aplicar a servidor público a pena de demissão em razão da prática de improbidade administrativa, independentemente de prévia condenação, por autoridade judiciária, à perda da função pública”.

⁸⁴ Instituída pelo art. 1.º, da Resolução CNMP n. 118/2014.

Desta forma, percebe-se que até as instituições públicas constitucionalmente devotadas a atividades de controle externo já utilizam, internamente, a consensualidade para solução de seus conflitos.

Prosseguindo-se na análise dos poderes administrativos, ressalta-se que o poder discricionário “[...] é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público” (CARVALHO FILHO, 2018, p. 53). O poder discricionário é um poder administrativo que ocorre quando a legislação confere ao agente público a possibilidade de valoração da conduta, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade.

Não cabe ao Poder Judiciário se substituir ao administrador público para, por exemplo, aferir a discricionariedade de celebração de um acordo administrativo, devendo se ater aos aspectos, em sentido amplo, de legalidade. Neste sentido, a doutrina ensina que é possível controlar

[...] o poder discricionário, desde que seja com base na violação ao princípio da legalidade e/ou moralidade, proporcionalidade ou razoabilidade (legitimidade do ato), ou atendimento ao mínimo existencial. Os limites do mérito da discricionariedade são controláveis pelo Poder Judiciário, mas não cabe fazê-lo com relação ao conteúdo propriamente dito. Em outras palavras, o juiz pode analisar o ato praticado pelo administrador que tenha violado a razoabilidade, eis que se trata de um princípio constitucional implícito. Assim, no caso de atuação do Poder Judiciário, com relação ao poder discricionário, só caberá a anulação do ato administrativo, não podendo aplicar a penalidade ao servidor que tenha sido punido indevidamente. Deve-se ter em mente que a discricionariedade é diferente de arbitrariedade: o ato arbitrário é ilegal, ilegítimo e inválido. O que existe é uma margem de liberdade, e não de arbitrariedade. [...] Assim, há limites ao exercício do poder discricionário: a liberdade de atuação corresponde aos limites definidos em lei, e caberá ao Judiciário, por meio da razoabilidade e proporcionalidade, controlar o exercício desse poder discricionário, declarando a ilegalidade de atuação que viole estes princípios. [...] Conclui-se, desse modo, que o controle judicial alcançará todos os aspectos de legalidade dos atos administrativos, não podendo, todavia, estender-se à valoração da conduta que a lei conferiu ao administrador. [...] Modernamente, como já tivemos a oportunidade de registrar, os doutrinadores têm considerado os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como valores que podem ensejar o controle da discricionariedade, enfrentando situações que, embora com aparência de legalidade, retratam verdadeiro abuso de poder. Referido controle, entretanto, só pode ser exercido à luz da hipótese concreta, a fim de que seja verificado se a Administração se portou com equilíbrio no que toca aos meios e fins da conduta, ou o fator objetivo de motivação não ofende algum outro princípio, como, por exemplo, o da igualdade, ou ainda se a conduta

era realmente necessária e gravosa sem excesso. Não é tarefa simples, porque a exacerbação ilegítima desse tipo de controle reflete ofensa ao princípio republicano da separação de Poderes, cujo axioma fundamental é o do equilíbrio entre eles ou, como o denominam os constitucionalistas em geral, o princípio dos freios e contrapesos (*checks and balances*). (CARVALHO FILHO, 2018, p. 54-55)

Neste contexto, em matéria de acordos administrativos em sentido amplo, não havendo vedação legal – ou em jurisprudência vinculante, como no caso citado –, a Administração Pública, observada a sua vinculação negativa à juridicidade, poderá, no regular exercício do poder discricionário, por meio da consensualidade, verificar a solução administrativa que melhor atenda ao interesse público. Neste sentido, ensina a doutrina que,

[...] dentro da margem de discricionariedade, a Administração Pública está adstrita ao denominado ‘vínculo de fim’, e deve satisfazer as finalidades públicas por mecanismos os mais variados, gozando de relativa liberdade de escolha nos limites fornecidos pelo regime jurídico que disciplina a situação em concreto. Para os acordos substitutivos de sanção administrativa, é especialmente cara a análise dos efeitos esperados pela ação administrativa para que a Administração Pública delibere pela consensualidade ou pela imperatividade. Tomando a sanção administrativa e o acordo substitutivo como verdadeiros mecanismos de atuação administrativa, é possível extrair os principais efeitos que cada um apresenta para serem considerados na deliberação do Poder Público sobre o meio de preenchimento do ‘vínculo em branco’ entre atuação e finalidade. (PALMA, 2015, p. 281)

Ante a existência dessas alternativas de ação estatal, a citada administrativista delinea os efeitos específicos da opção pela via consensual ou pela via imperativa, que devem ser sopesados pelo administrador público, sempre com observância do princípio da proporcionalidade e com o objetivo de melhor alcançar o interesse público, com um olhar holístico.

3.3.3 Efeitos dos acordos substitutivos

A sanção proporciona diversos efeitos, como, por exemplo: (i) efeito repressivo sobre o infrator; (ii) efeito preventivo para as demais pessoas sujeitas ao poder disciplinar do Estado, dado o caráter exemplar da sanção; (iii) efeito restaurador da legalidade; (iv) efeito

afirmativo da autoridade da Administração Pública sobre os administrados; e (v) efeito persuasivo no âmbito da negociação de acordos administrativos.

Merece destaque que, em relação ao efeito preventivo, de caráter simbólico, a sanção aplicada pelo poder público serve de incentivo negativo à prática de outras infrações, seja para o próprio autor que cometeu o ilícito, seja para a coletividade sujeita ao mesmo regime jurídico, pelo seu caráter exemplar.

É justamente neste ponto que reside um dos vieses do fomento à utilização do ANPC como instrumento de política pública anticorrupção para evitar novos atos ímprobos de corrupção administrativa.

Já quanto ao efeito persuasivo, que consiste no uso da possibilidade de imposição de sanção como instrumento de barganha previamente à celebração dos acordos administrativos, verifica-se que, ainda quando celebrado com obrigações de caráter colaborativo, o ANPC poderá conter obrigações de cunho repressivo.⁸⁵

Há outros efeitos relevantes do acordo, como: (i) redução de tempo de trâmite em processos administrativos e/ou judiciais, em observância ao princípio da duração razoável de tais processos; (ii) economia de custos; (iii) evitação dos riscos relacionados à judicialização, seja para a Administração Pública, seja para o administrado; (iv) oferecimento de resposta imediata à sociedade, que traz benefício à coletividade no sentimento social de diminuição da impunidade; e (v) efetividade de realização, sobretudo se comparando, por exemplo, com os problemas de *enforcement* da sanção de multa, que conta com baixo índice de recolhimento e alto índice de judicialização.

Importante frisar que os acordos substitutivos de sanção não representam um direito subjetivo do investigado, mas um instrumento do qual a Administração Pública dispõe para a melhor realização das finalidades públicas. Como ensina a citada doutrina,

[...] celebração de acordo substitutivo encontra-se envolta na discricionariedade administrativa, o que implica afirmar que a atuação imperativa ou a consensual são opções colocadas à disposição da Administração Pública, para escolha dentro da margem de liberdade conferida pelo ordenamento jurídico. Desde que procedimental e devidamente fundamentada, a Administração pode prosseguir o processo sancionador e, comprovada a responsabilidade administrativa, aplicar a

⁸⁵ Como a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, o pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, conforme disposto no art. 12, da Lei n. 8.429/1992.

sanção ou celebrar acordo substitutivo, mediante consentimento do administrado, após etapa de negociação da prerrogativa sancionatória. Ademais, a celebração de acordo substitutivo também não pode ser considerada um direito oponível pelo particular com fulcro no princípio da igualdade, pelo fato de cada caso ser notadamente particular em relação a outro. (PALMA, 2015, p. 285)

Neste contexto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o termo de ajustamento de conduta não constitui direito subjetivo do investigado, porque

[...] do mesmo modo que o Ministério Público não pode obrigar qualquer pessoa física ou jurídica a assinar termo de cessação de conduta, o *Parquet* também não é obrigado a aceitar a proposta de ajustamento formulada pelo particular. O compromisso de ajustamento de conduta é um acordo semelhante ao instituto da conciliação e, como tal, depende da convergência de vontades entre as partes.⁸⁶

Reforçando tal tese, o Superior Tribunal de Justiça entende que “[...] o Termo de Ajustamento de Conduta é destituído de caráter obrigatório, razão pela qual sua não proposição não induz à carência de ação”.⁸⁷

Não obstante não seja um dever para a Administração Pública promover a oferta de celebração de acordo substitutivo, tampouco seja um dever para o administrado aceitar a proposta quando lhe for feita, verifica-se que, havendo possibilidade de consensualidade, os benefícios do acordo alcançarão, a um só tempo, o administrado e a coletividade.

3.3.4 Controle judicial dos acordos substitutivos

Um delicado ponto na discussão sobre acordos substitutivos em geral diz respeito às suas possibilidades de controle. Um cenário no qual as soluções negociadas sejam constantemente submetidas à revisão judicial é prejudicial à resolutividade dos conflitos e à efetividade da ação administrativa consensual.

Ademais, a depender da forma como o controle judicial é exercido, a insegurança jurídica pode frustrar a celebração de acordos dessa natureza.

⁸⁶ Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: REsp n. 596.764/MG.

⁸⁷ Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: REsp n. 1.252.869/DF.

Se, de um lado, deve-se reconhecer que a inafastabilidade do controle jurisdicional é um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro⁸⁸, de outro, é necessário discutir “[...] qual é a medida do controle dos acordos que não comprometa sua eficácia” (PALMA, 2015, p. 286), em prol tanto da regularidade quanto da efetividade desse instrumento administrativo.

Diante dos muitos efeitos práticos negativos de uma forma extremada de controle dos acordos, como a perda de eficiência na ação administrativa e o custo reputacional para a Administração Pública, o controle externo judicial desses acordos deve observar o princípio da separação de poderes⁸⁹ e o princípio das capacidades institucionais.

A discricionariedade administrativa no exercício regular da competência administrativa dos agentes públicos deve ser respeitada. Quem possui competência legal para analisar a resposta estatal adequada ao caso concreto – atuação imperativa ou consensual – é a Administração Pública, por meio do agente público que exerce a respectiva competência administrativa.

Transferir tal competência de decisão sobre o mérito administrativo para o Judiciário, além de ferir o citado princípio da separação de poderes, reduz a eficiência da decisão, na medida em que o Administrador Público, por meio da divisão de competências administrativas, conta com o suporte de órgãos dotados de especialização técnica – como no caso do direito regulatório.

Nesse cenário, cabe ao Judiciário apreciar a observância do devido processo legal na negociação administrativa, assim como a licitude do conteúdo das cláusulas adotadas e o respeito às formalidades prescritas para tais instrumentos.

Por outro lado, ao Judiciário, ao ser provocado por qualquer cidadão – por meio da ação popular, por exemplo⁹⁰ – ou pelo Ministério Público – por meio da ação civil pública, por exemplo⁹¹ –, cabe a análise da legalidade do acordo. E esta legalidade refere-se tanto aos aspectos formais do acordo celebrado quanto à perquirição de eventual desvio da finalidade pública.

A eventual subutilização dos instrumentos de consensualidade na Administração Pública brasileira não decorre exclusivamente do fato de que a consensualidade é uma nova

⁸⁸ Art. 5.º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁸⁹ Art. 2.º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁹⁰ Art. 1.º, da Lei n. 4.717/1965.

⁹¹ Arts. 1.º e 5.º, da Lei n. 7.347/1985.

tendência teórica do direito administrativo. Como visto, tal consensualidade é apenas uma das dimensões de uma mudança de paradigma mais ampla na seara do direito público, que abrange conceitos, por exemplo, como “[...] parcerias público-privadas, participação administrativa, regulação, governança pública e eficiência e implosão da dicotomia público-privado” (PALMA, 2015, p. 295).

Do ponto de vista histórico de evolução do direito público, esse fenômeno da dificuldade de utilização dos instrumentos de consensualidade retrata a perpetuação de uma cultura repressiva que se explica a partir de um legado histórico da Administração Pública burocrática como centro de autoridade. Tal concepção remonta ao antigo Estado de Polícia, que imperava no período de origem do direito administrativo.

Como ensina Palma (2015), essa cultura repressiva também se fundamenta numa defesa da inafastabilidade da prerrogativa sancionatória e na valorização da sanção administrativa quanto aos seus efeitos, sobretudo o simbólico. Ocorre que soluções consensuais revelam maior efetividade de atuação da Administração Pública, o que certamente gera um efeito positivo na prevenção de novos ilícitos administrativos, como visto no item anterior.

A tradicional cultura repressiva administrativa baseia-se na ideia da necessidade de uma demanda repressiva, isto é, uma concepção de que a violação da lei exige a retribuição por meio de sanção, que deve ser aplicada pelos órgãos de controle da Administração Pública. Ocorre que esses mesmos órgãos de controle podem – e devem – atuar no regular exercício de suas competências administrativas, por meio da consensualidade, com muito mais eficiência.

Imersos nessa cultura repressiva, os agentes administrativos deixam de aplicar ou normatizar os instrumentos consensuais, ou passam a utilizá-los de forma desvirtuada, transformando-os em instrumentos repressivos. É justamente o que se pretende evitar com a proposta desta Dissertação de ampliação do escopo das obrigações a serem assumidas no ANPC pelo agente infrator.

A superação desse padrão cultural é imprescindível no caminho da chamada administração dialógica, de modo a viabilizar o sucesso dos mecanismos consensuais, por meio do acolhimento de outro padrão de Administração mais atento a questões de eficiência. Como diz a autora citada “[...] [e]m um contexto de governança pública, a escolha entre a atuação sancionatória ou consensual concentra-se na avaliação dos efeitos que cada instrumento congrega no caso concreto” (PALMA, 2015, p. 301).

Mudar essa cultura repressiva passa também por reconhecer falhas objetivas em suas premissas, como se vê do trecho a seguir.

Sobre a valorização dos efeitos da sanção administrativa, necessário indicar que o efeito simbólico da sanção, do qual decorre a prevenção de infrações administrativas, é relativo. O estudo do caso dos compromissos de cessação permitiu identificar sérios problemas com o recolhimento das multas aplicadas, em razão de um sistema de execução fiscal descompassado com as necessidades regulatórias, que pode ser estendido ao direito regulatório como um todo. O limitado atributo da autoexecutoriedade do ato administrativo determina que a cobrança da quantia pecuniária seja procedida não pelo sancionador – a Administração Pública –, mas pelas mãos do Judiciário. Somado à demora do processo de execução judicial, o almejado efeito preventivo pela aplicação da sanção não necessariamente se confirma. Características institucionais do ente administrativo legitimado a impor as sanções administrativas e o desenho do processo sancionador – considerado em sentido amplo, abrangendo fiscalização, sancionamento e execução – terminam por questionar a eficácia da regulação por meio da coerção – o ‘porrete’: *big stick*. Com base em estudos empíricos sobre o *enforcement* da atuação administrativa sancionatória, uma linha do direito administrativo norte-americano defende que a regulação por incentivos, fundada na atividade de fomento estatal, pode ser mais efetiva que a regulação punitiva. Embora a consensualidade não se confunda com a atividade de fomento estatal, há em comum a análise instrumental da atuação sancionatória e a conclusão de que em determinados casos outros mecanismos, que não a sanção, podem ser mais eficazes. (PALMA, 2015, p. 301)

Moreira e Caggiano (2020), discutindo o combate à corrupção, também apontam problemas na atuação meramente repressiva do Estado brasileiro e vantagens na atuação consensual, conforme fragmento a seguir:

A baixa efetividade no controle da corrupção na esfera administrativa e judicial é fato. Segundo Furtado, citando estudo divulgado pelo TCU, menos de 1% das condenações no âmbito daquela Corte resultam em efetiva recuperação de valores desviados, sobretudo por conta da ineficiência do Judiciário e da demora entre a ocorrência do desvio e a execução das decisões. O mesmo se passa em âmbito penal, em que a legislação estabelece adequadamente as condutas indevidas no desempenho de funções públicas, mas há baixa efetividade, sobretudo, em decorrência da intervenção (morosa) do Judiciário – a causar, por exemplo, a prescrição dos crimes. No mesmo sentido, Guerra e Palma destacam a ineficiência de sanções pecuniárias cujos valores eventualmente resgatados são recolhidos a fundos sem destinação específica e com regras restritivas de resgate para investimentos. Nessa perspectiva, a lei em matéria de corrupção não pode, pois, limitar-se a estabelecer sanções a serem estritamente aplicadas, de modo automático e às cegas, pelas autoridades competentes caso constatada a configuração de prática ilícita. É necessário que ela contemple também

competência às autoridades públicas que lhes permita, casuisticamente, decidir a respeito da própria *aplicação* da lei, da sua isenção à atenuação. Isso sempre com foco nos objetivos dos poderes públicos – afinal, está-se a falar do exercício de função administrativa. As competências atribuídas aos agentes públicos merecem ser exercitadas com vistas ao respectivo cumprimento mais eficiente – que atinja os objetivos públicos, se possível, com os menores custos. Adotar essa racionalidade, portanto, pressupõe assumir a mutação do princípio da legalidade, não mais limitada à noção de *reserva de lei*. Eis a legítima atribuição de competências discricionárias *transacionais* ao Executivo, *sob o manto* da lei. (MOREIRA; CAGGIANO, 2020, p. 136-138, grifos no original)

Diante disso, patenteia-se a importância da autonomia da vontade das partes celebrantes do ANPC, de maneira que o controle judicial seja restrito à legalidade do acordo, como se será aprofundado na próxima seção quando for abordado especificamente o papel do Poder Judiciário na homologação do ANPC.

4 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E REGIME JURÍDICO DO ANPC

A Constituição da República de 1988 representa um importante marco na busca da probidade administrativa e na indicação da fase de formação da agenda do ciclo da política pública de enfrentamento à corrupção administrativa, mormente quando tratou dos princípios da administração pública⁹² e dos atos de improbidade administrativa.⁹³

A Lei n. 8.429/1992, também chamada Lei de Improbidade Administrativa – LIA –, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro como lei reguladora do art. 37, § 4.º, da Constituição da República⁹⁴, definindo um novo regime jurídico de tutela da probidade administrativa.

Trata-se, pois, de demonstração de preocupação do constituinte originário e do legislador infraconstitucional com a necessidade de instituição de uma política pública de combate da corrupção.

Para melhor compreensão sobre o regime jurídico do ANPC, faz-se conveniente consignar linhas gerais sobre a improbidade administrativa.

4.1 Aspectos gerais sobre a improbidade administrativa

Em comparação com a legislação pretérita sobre o tema (Lei n. 3.502/1958 – Lei Bilac Pinto), a LIA representou uma ampliação das possibilidades de enfrentamento e punição da improbidade administrativa, por alguns motivos, como: (i) por cuidar de uma maior variedade de ilicitudes cometidas por agentes públicos e terceiros; (ii) por não se restringir à hipótese de enriquecimento ilícito; e (iii) por acrescentar outras penalidades de cunho “civil, político e administrativo ao rol de sanções cominadas a atos dessa natureza” (FAZZIO JÚNIOR, 2012, p. 12-13).

A doutrina resume a legislação pretérita à LIA da seguinte forma:

Até o advento da Constituição de 1988, a legislação antecedente – Leis n. 3.164/57 (Lei Pitombo-Godói Ilha) e n. 3.502/58 (Lei Bilac Pinto),

⁹² Art. 37, *caput*, da CRFB/1988.

⁹³ Art. 37, § 4.º, da CRFB/1988.

⁹⁴ O art. 37, § 4.º, da Constituição da República de 1988, dispõe: “§ 4.º 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”.

preocupava-se apenas com o enriquecimento ilícito do agente público, decorrente ou não do prejuízo ao erário, ou seja, restringia-se à questão patrimonial. As sanções, por sua vez, limitavam-se ao ressarcimento e pagamento de perdas e danos. Impende esclarecer que o próprio Bilac Pinto, ao comentar a Lei n. 3.502/58, referiu-se às dificuldades a que estariam sujeitos os aplicadores da norma para a sua caracterização. Saliente-se a dificuldade de prova dos inúmeros requisitos então exigidos para configuração da tipologia legal do enriquecimento ilícito, chegando-se a exigir do doador, na hipótese de doação de bem pertencente ao patrimônio público sem observação da sistemática legal, a prova do seu interesse político. Ademais, estas leis não se aplicavam aos ocupantes de cargos eletivos. Em consequência, os Chefes do Poder Executivo, responsáveis diretos por uma série de desvios de verbas públicas, continuavam livres da responsabilidade extrapenal, decorrente da aplicação da legislação comentada. (TOURINHO, 2022, p. 148)

A definição de improbidade administrativa está diretamente ligada ao princípio da juridicidade, que impõe ao agente público o respeito não apenas à Lei em sentido estrito, mas também a todo o ordenamento jurídico, em especial à principiologia que rege as atividades da administração pública. Neste contexto, merecem destaques os princípios da moralidade e da impessoalidade, de maneira que se exige honestidade do agente público no trato com a coisa pública. O regime jurídico de enfrentamento à improbidade administrativa é visto, assim, como um freio à corrupção pública.

Recentemente, foi editada a Lei n. 14.230/2021, que promoveu profundas alterações na Lei de Improbidade Administrativa, como visto na primeira seção, de maneira que houve a reformatação de muitos de seus institutos, entre eles o ANPC, cujo estudo é objeto da presente dissertação.

Manteve-se uma divisão básica dos atos de improbidade em três grandes tipos: (i) os atos que importam em enriquecimento ilícito, que estão previstos no art. 9.º da LIA; (ii) os atos que causam prejuízo ao erário, que estão tipificados no art. 10 da LIA; (iii) e os atos atentatórios aos princípios da administração pública, constantes no art. 11 da LIA, com a ressalva aos tipos previstos em leis especiais.⁹⁵

Entre as matérias mais sensivelmente afetadas, merece destaque a tipologia dos atos de improbidade administrativa. De forma definitiva, revogaram-se os incisos I e II, do art. 11, da LIA⁹⁶, bem como o seu *caput* deixou de elencar, em forma de *numerus apertus*, atos de

⁹⁵ Vide art. 1.º, § 1.º, da Lei n. 8.429/1992.

⁹⁶ Os dispositivos, ora revogados, tipificavam como ato de improbidade: “I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”.

improbidade administrativa que atentem contra os princípios da administração pública.⁹⁷

Retirou-se a previsão isolada de uma espécie de improbidade administrativa decorrente de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário⁹⁸ que, contudo, foi acrescida como inciso do artigo que tipifica os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário.⁹⁹

Relevante alteração que vem recebendo atenção da doutrina é a exclusão da previsão da modalidade culposa de atos de improbidade administrativa causadores de dano ao erário.¹⁰⁰ Assim, a presença de dolo na conduta passou a ser exigência para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa.¹⁰¹ Mais que isso: a partir da reforma operada em 2021, a Lei passou a demandar a presença de um dolo específico ou elemento subjetivo específico do tipo para a imputação de ato de improbidade administrativa.¹⁰²

A previsão da modalidade culposa na redação anterior dos atos de improbidade tipificados no art. 10, da LIA, era criticada sobretudo por gestores públicos, em razão do fenômeno denominado “apagão das canetas”, como visto na segunda seção.

Outra alteração promovida pela reforma de 2021 da LIA que apresenta interface entre o tema “apagão das canetas” e a culpa no elemento subjetivo da conduta do agente é a previsão atual de excludente de ilicitude em matéria de improbidade. Observe que expressamente restou consignado que 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.¹⁰³

⁹⁷⁹⁷ A transformação de rol exemplificativo em taxativo se deu pela substituição da expressão “e notadamente” por “caracterizada por uma das seguintes condutas”. Veja-se a redação anterior: “Art. 11. Constitui 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, e notadamente [...]”. Agora, segue a nova redação dada pela reforma de 2021: “Art. 11. 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 seguintes condutas [...]”.

⁹⁸⁹⁸ Art. 10-A, da Lei n. 8.429/1992, revogado pela Lei n. 14.230/2021.

⁹⁹⁹⁹ Art. 10, XXII, da Lei n. 8.429/1992.

¹⁰⁰¹⁰⁰ A redação anterior do art. 10, *caput*, da Lei n. 8.429/1992, dispunha: “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1.º desta lei, e notadamente [...]”.

¹⁰¹¹⁰¹ A exigência do dolo está expressa não somente no *caput* dos arts. 9.º, 10 e 11, da LIA, mas também no art. 1.º, § 1.º, da mesma lei, além de reforçada no art. 17-C, § 1.º, do referido diploma normativo.

¹⁰²¹⁰² Vide art. 1.º, § 2.º e art. 11, §§ 1.º e 2.º, da Lei n. 8.429/1992.

¹⁰³ Vide art. 1.º, § 8.º, da Lei n. 8.429/1992.

Tal excludente de ilicitude guarda relação com o tratamento da Lindb de prestigiar as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público vigentes à época da prática do ato administrativo.¹⁰⁴

Todavia, em decisão do Min. Alexandre de Moraes em sede de medida cautelar na ADI 7.236, o referido dispositivo da Lei de Improbidade Administrativa teve sua eficácia suspensa, sendo considerado na fundamentação do *decisum* que se trata de preceito que adota critério “excessivamente amplo e resulta em insegurança jurídica apta a esvaziar a efetividade da ação de improbidade administrativa”.¹⁰⁵

Neste contexto, merece destaque que o Supremo Tribunal Federal chancelou a constitucionalidade da opção legislativa que excluiu a culpa dos atos de improbidade administrativa, por meio de decisão com repercussão geral, que ainda disciplinou o regime temporal de aplicação da exclusão da culpa nos atos ímprobos.¹⁰⁶

Em relação aos sujeitos ativos da improbidade administrativa, cabe ressaltar que podem praticar ato de improbidade administrativa tanto agentes públicos quanto particulares.

Quanto aos agentes públicos, a própria Lei traz uma conceituação abrangente de agente público que contempla os agentes políticos e os servidores públicos – estatutários, trabalhistas ou temporários –, bem como demais pessoas físicas que, “[...] transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de

¹⁰⁴ Dispõe o Decreto n. 4.657/1942: “Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”.

¹⁰⁵ STF, ADI 7.236/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 27.12.2022, p. 10.01.2023.

¹⁰⁶ Vide tese de repercussão fixada no ARE 843989, do STF: “1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se – nos artigos 9.º, 10 e 11 da LIA – a presença do elemento subjetivo – DOLO; 2) A norma benéfica da Lei n. 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa – é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5.º, 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 n. 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 n. 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei”.

investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função”¹⁰⁷ em qualquer das entidades que, no art. 1.º, são definidas como sujeitos passivos.¹⁰⁸

Em relação aos particulares que podem cometer ato de improbidade, a Lei expressamente prevê como sujeito ativo do ato de improbidade a pessoa física ou jurídica que celebra com a administração pública convênio, contrato de repasse¹⁰⁹, contrato de gestão¹¹⁰, termo de parceria¹¹¹, termo de cooperação – acordo de cooperação – ou ajuste administrativo equivalente – termo de fomento e termo de colaboração.¹¹² Em todos os casos, deve haver

¹⁰⁷107 Art. 2.º, *caput*, da Lei n. 8.429/1992.

¹⁰⁸ Portanto, são sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa os entes e entidades que compõem os “Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da administração direta e indireta, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal”, na dicção do art. 1.º, § 5.º, da Lei n. 8.429/1992.

¹⁰⁹ Transferência de recursos financeiros por intermédio de agente financeiro público federal.

¹¹⁰ Vide Lei n. 9.637/1998.

¹¹¹ Vide Lei n. 9.790/1999.

¹¹² Sobre o tema, vide informações do Governo Federal: “As Transferências Voluntárias são definidas pelo art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) como a entrega de recursos financeiros a outro ente da federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde. Esses recursos são repassados a Municípios, Estados, Entidades da administração pública federal integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e a Organizações da Sociedade Civil (OSC), mediante a celebração dos seguintes Instrumentos:

- (i) Convênio: instrumento que disciplina a transferência de recursos financeiros de órgãos ou entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, para órgãos ou entidades da Administração Pública Estadual, Distrital ou Municipal, direta ou indireta, consórcios públicos, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando à execução de projeto ou atividade de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação, disciplinado pelo Decreto n. 6.170, de 25 de julho de 2007, e pela Portaria n. 424, de 30 de dezembro de 2016;
- (ii) Termo de Fomento: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros, disciplinado pela Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014, e pelo Decreto n. 8.726, de 27 de abril de 2016;
- (iii) Termo de Colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros, disciplinado pela Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014, e pelo Decreto n. 8.726, de 27 de abril de 2016;
- (iv) Acordo de Cooperação: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros, disciplinado pela Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014, e pelo Decreto n. 8.726, de 27 de abril de 2016;
- (v) Termo de Execução Descentralizada: instrumento por meio do qual a descentralização de créditos entre órgãos e entidades integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União é ajustada, com vistas à execução de programas, de projetos e de atividades, nos termos estabelecidos no plano de trabalho e observada a classificação funcional programática, disciplinado pelo Decreto n. 10.426, de 16 de julho de 2020; e
- (vi) Contrato de Repasse: instrumento administrativo, de interesse recíproco, por meio do qual a transferência dos recursos financeiros se processa por intermédio de instituição ou agente financeiro público federal, que atua como mandatário da União, disciplinado pelo Decreto n. 6.170, de 25 de julho de 2007, e pela Portaria n. 424, de 30 de dezembro de 2016”. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acao-a-informacao/convenios-e-transferencias>. Acesso em: 22 jan. 2023.

repassa de recursos públicos.¹¹³

No que se refere às pessoas jurídicas, parte da doutrina entende que esse recebimento de recursos públicos na forma indicada no parágrafo anterior poderia ser considerado como uma previsão de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica. Contudo, cabe pontuar que, caso o ato de improbidade administrativa também configure ato lesivo à administração pública da Lei Anticorrupção¹¹⁴, as sanções da Lei de Improbidade Administrativa não poderão ser aplicadas¹¹⁵, devendo ser manejada a correlata ação civil pública de responsabilização da pessoa jurídica pela prática de atos contra a administração pública¹¹⁶, cujo regime jurídico também consiste em responsabilidade objetiva da pessoa jurídica.

Para que se possa melhor compreender os fundamentos desta corrente, observe a lição do professor Carvalho Filho (2022):

Em princípio, pessoas jurídicas não podem ser autoras de ato de improbidade. A LIA só aludiu a agentes, pessoas físicas, e não as incluiu no art. 2.º para caracterizá-las como agentes públicos. De outro lado, como o ato de improbidade pressupõe conduta movida por dolo (art. 1.º, § 1.º), é materialmente impossível admitir tal elemento subjetivo para pessoas jurídicas. Mas, como foi visto, a lei admitiu a responsabilização de pessoas jurídicas quando destinatárias de recursos de origem pública, alocados por força de contratos, convênios e outras parcerias (art. 2.º, parágrafo único). Resulta, pois, que sua responsabilização é objetiva, como, aliás, ocorre na Lei n. 12.846/2013, que regula atos lesivos de pessoas jurídicas contra a Administração. Advirta-se, no entanto, que tal responsabilização deve ser objeto de redobrada cautela e imparcialidade para não haver injustiças e gravames, isso porque, de um lado, elas não têm vontade própria, sendo dos agentes a expressão volitiva, e, de outro, vários tipos previstos na LIA são incompatíveis com a atribuição de sua responsabilidade. Essa precaução, diga-se de passagem, não é mera abstração. Ao contrário, a própria LIA estabelece que as sanções nela previstas não se aplicarão à pessoa jurídica quando o ato de improbidade for também sancionado como ato lesivo à Administração nos termos da já citada Lei n. 12.846/2013. Como exemplo, se a conduta revela fraude à licitação (art. 11, V, LIA), as sanções do art. 12, III, da LIA, não poderão ser aplicadas, já que a Lei n. 12.846/2013 prevê a conduta de fraudar licitação (art. 5.º, IV, 'd'); as sanções, portanto, serão as previstas nesse diploma. A responsabilidade da pessoa jurídica independe da de seus agentes. Sócios, cotistas, diretores e colaboradores, em princípio, não têm responsabilidade por conduta de improbidade imputada à respectiva pessoa jurídica. Mas serão responsabilizados se ficar comprovada a ocorrência de participação ou benefício diretos, caso em que responderão

¹¹³ Art. 2.º, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992.

¹¹⁴ Os atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira estão tipificados no art. 5.º, da Lei n. 12.846/2013.

¹¹⁵ Art. 3.º, § 2.º, da Lei n. 8.429/1992.

¹¹⁶ Vide arts. 18/21, da Lei n. 12.846/2013.

nos limites da sua participação (art. 2.º, § 2.º, LIA). Trata-se, no caso, de responsabilidade subjetiva, decorrente de comportamento doloso. (CARVALHO FILHO, 2022, p. 929)

Por fim, podem ser responsabilizados os terceiros que induzem ou concorrem dolosamente para a prática do ato de improbidade administrativa, como preceitua o art. 3.º, *caput*, da LIA.¹¹⁷

De acordo com parte da doutrina, as pessoas jurídicas estariam excluídas da incidência desse dispositivo, pois: (i) houve a exclusão da modalidade de terceiro beneficiário existente antes da reforma de 2021; (ii) o dolo é exigido como elemento subjetivo da conduta desse terceiro; e (iii) a responsabilização da pessoa jurídica foi tratada no parágrafo único do art. 2.º. Tal entendimento é capitaneado, por exemplo, pelo professor Carvalho Filho (2022).¹¹⁸

Em sentido oposto, no entanto, há quem sustente a possibilidade de o particular, como pessoa jurídica que se beneficiou do ato ímprobo, ser responsabilizado nos termos do art. 3.º, da Lei n. 8.429/1992¹¹⁹, como se observa no trecho abaixo colacionado:

Outrossim, as pessoas jurídicas também poderão figurar como terceiros na prática dos atos de improbidade. Tal hipótese é facilmente vislumbrada no caso de incorporação ao seu patrimônio dos bens públicos desviados pelo agente ímprobo. Afinal, o art. 3.º da Lei n. 8.429/92 não fez distinções no que tange ao terceiro como sujeito ativo, o que leva à ilação de que as pessoas jurídicas estão incluídas em tal previsão. Nesse diapasão, uma vez comprovado que determinado numerário de origem pública foi incorporado ao patrimônio de uma pessoa jurídica, esta estará impreterivelmente sujeita às sanções previstas no art. 12, da Lei n. 8.429/92, compatibilizando-se com suas especificidades. [...] (AGRA, 2022, p. 89)

Sobre a responsabilização da pessoa jurídica pela prática de ato de improbidade administrativa, prossegue a doutrina interpretando os novos dispositivos da LIA:

Também merece ser referido que a pessoa jurídica pode ser punida pelos termos da Lei de Improbidade Administrativa. Ela não poderá ser sancionada na forma do art. 2.º da Lei n. 8.429/92, tendo em vista que esta regra alcança somente o agente público. Então, pela via do art. 3.º, a pessoa jurídica somente será sancionada se esta eventualmente concorrer ou induzir para

¹¹⁷ A redação anterior da LIA estabelecia que o particular que se beneficiasse de qualquer forma do ato ímprobo também era sujeito ativo do ato de improbidade. Vide a redação superada: “Art. 3.º. As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

¹¹⁸ Vide Carvalho Filho, 2022, p. 930.

¹¹⁹ Vide Agra, 2022, p. 89; Heinen, 2023, p. 533.

com um ato típico de um agente público definido no art. 2.º. Nesta situação, a sanção deve alcançar a pessoa jurídica, e não os sócios, cotistas, diretores ou colaboradores, salvo se, comprovadamente, houver sua participação direta, caso em que responderão nos limites da sua colaboração – art. 3.º, § 1.º. (HEINEN, 2023, p. 533)

No que se refere aos sujeitos passivos, ou seja, aos sujeitos que são vitimados pelos atos de improbidade administrativa, a Lei n. 8.429/1992 abrange, primeiramente, as pessoas jurídicas da Administração Direta e Indireta no âmbito dos três Poderes da República.¹²⁰ O conceito compreende as pessoas jurídicas de natureza federativa, mas também as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Também as entidades do setor privado podem ser sujeitos passivos dos atos de improbidade, desde que enquadradas em uma de duas hipóteses que, como traço comum, dizem respeito ao fato de que estão “[...] atreladas ao Poder Público mediante *vínculo jurídico* e dele recebem algum tipo de *benefício financeiro*” (CARVALHO FILHO, 2022, p. 925, grifos no original).

Na primeira hipótese, tem-se o ato contra o patrimônio de “[...] entidade privada que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais”.¹²¹ Na segunda possibilidade, tem-se o ato contra o patrimônio de “[...] entidade privada para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual”.¹²² Para essa segunda hipótese, a lei limita o ressarcimento ao erário à “repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos”.¹²³ Entre as entidades privadas que podem figurar como sujeito passivo, podem ser citadas “[...] as pessoas de cooperação governamental” (CARVALHO FILHO, 2022, p. 926).

Em seu art. 12, a Lei de Improbidade Administrativa relaciona as sanções típicas que podem ser aplicadas em razão da prática de ato de improbidade administrativa. No inciso I, as sanções cabíveis na hipótese de enriquecimento ilícito; no inciso II, aquelas cabíveis na hipótese de lesão ao erário; no inciso III, as cabíveis na hipótese de violação de princípios administrativos.¹²⁴

¹²⁰ Art. 1.º, § 5.º, da Lei n. 8.429/1992.

¹²¹ Art. 1.º, § 6.º, da Lei n. 8.429/1992.

¹²² Art. 1.º, § 7.º, da Lei n. 8.429/1992.

¹²³ Art. 1.º, § 7.º, *in fine*, da Lei n. 8.429/1992.

¹²⁴ Diante da importância das sanções e da necessidade de se conhecer qual a espécie e a quantidade de sanção que é aplicável para cada tipo de ato de improbidade administrativa, observe a redação do art. 12, da LIA: “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

Por sua vez, o ressarcimento integral do dano ao erário migrou dos incisos do art. 12, da LIA – como sanção pessoal –, para o *caput* do mesmo art., deixando-se clara sua natureza de obrigação de reparação do dano. Neste contexto, a reforma de 2021 indica que deve ser deduzido o ressarcimento ao erário efetivo – e não sua mera condenação – já promovido pelo autor do ilícito nas instâncias criminal, civil e administrativa que tiver por objeto os mesmos fatos.¹²⁵

Neste sentido, ressalta-se que a reforma de 2021 da LIA proibiu o chamado *bis in idem* no que tange à proibição de se exigir o pagamento duas vezes para fins do mesmo ressarcimento ao erário. No entanto, dada a independência das esferas civil, administrativa e criminal, nada impede a formação de títulos executivos diferentes que determinem o ressarcimento ao erário. Tal inovação legislativa, em verdade, deve ser lida como forma de consolidação do entendimento jurisprudencial então vigente.

O Superior Tribunal de Justiça já salientava que, não obstante ter um Tribunal de Contas condenado o autor do ilícito ao ressarcimento do prejuízo causado e ao pagamento de multa administrativa, é assente o entendimento de que não se configura *bis in idem* a coexistência de título executivo extrajudicial – acórdão do TCU ou TCE – e de sentença condenatória em ação civil pública de improbidade que determinam o ressarcimento ao erário.

Assim, conclui o STJ:

O que não se permite é a constrição patrimonial além do efetivo prejuízo apurado. Assim, é possível a formação de dois títulos executivos, devendo

pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9.º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, 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, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos;

II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, 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, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos;

III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos”.

¹²⁵ Vide art. 12, § 6.º, da Lei n. 8.429/1992.

ser observada a devida dedução do valor da obrigação que primeiramente foi executada no momento da execução do título remanescente.¹²⁶

Em relação à aplicação da pena nas ações de improbidade administrativa, mantém-se a clássica necessidade de observância do princípio da proporcionalidade, como se observa da expressão “de acordo com a gravidade do fato”, constante no art. 12, *caput*, da LIA.

Neste contexto, merece destaque que a atual redação da LIA também se preocupou com os casos de atos de improbidade que representem menor ofensa aos bens jurídicos tutelados, de forma que devem receber uma sanção que se limitará à aplicação de multa, sem prejuízo do ressarcimento do dano e da perda dos valores obtidos, quando for o caso.¹²⁷

A reforma de 2021 da LIA inovou ao vedar expressamente a solidariedade, na medida em que dispôs que, na hipótese de litisconsórcio passivo, a condenação ocorrerá no limite da participação e dos benefícios diretos, vedada qualquer solidariedade.¹²⁸

Quando se tratar de responsabilização de pessoa jurídica pela prática de ato de improbidade administrativa, deve ser observado pelo julgador o princípio da preservação da empresa, à medida que a própria redação atual legal determina que deverão ser considerados os efeitos econômicos e sociais das sanções, de modo a viabilizar a manutenção das atividades da pessoa jurídica.¹²⁹

Trata-se de medidas punitivas de naturezas jurídicas diversas. Por exemplo, a proibição de contratar possui natureza administrativa, o ressarcimento do dano guarda natureza civil e a suspensão de direitos políticos detém natureza política. Ainda sobre as sanções em espécie, observa-se que a Lei de Improbidade Administrativa sanciona com maior gravidade os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, ocorrendo o inverso em relação aos que representam – somente – violação aos princípios administrativos.

A Lei n. 8.429/1992 cuida do processo administrativo destinado à apuração da prática da improbidade administrativa. No tocante à pessoa jurídica lesada, a Lei prescreve que, a partir do recebimento de representação sobre fatos dessa natureza, caso tal representação

¹²⁶ Vide REsp n. 1.413.674 – SE, STJ.

¹²⁷ Vide art. 12, § 5.º, da Lei n. 8.429/1992.

¹²⁸ Vide art. 17-C, § 2.º, da Lei n. 8.429/1992.

¹²⁹ Vide art. 12, § 3.º, da Lei n. 8.429/1992.

atenda às formalidades legais¹³⁰, a autoridade competente deverá iniciar a imediata apuração dos fatos, na forma da legislação de processo administrativo disciplinar.¹³¹

Ademais, a Lei preceitua o dever de comunicar ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas a existência de processo administrativo com esse objeto de apuração.¹³²

Sem prejuízo da legitimidade da pessoa jurídica interessada para promover a apuração do ato de improbidade administrativa, merece destaque a atuação do Ministério Público na matéria como grande protagonista constitucionalmente devotado a tutelar a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis¹³³, por meio de uma de suas funções institucionais, que consiste na apuração da prática de atos lesivos ao patrimônio público e social.¹³⁴

A LIA dispõe que o Ministério Público pode instaurar inquérito civil ou procedimento investigativo assemelhado e requisitar instauração de inquérito policial com vistas à apuração da prática de ato de improbidade administrativa.¹³⁵ Além disso, o citado diploma legislativo prevê a garantia do contraditório em favor do investigado ao determinar que lhe seja dada a oportunidade de se manifestar por escrito e de juntar documentos nos autos de procedimento que apure ato de improbidade administrativa.¹³⁶

Encontra-se na Lei de Improbidade Administrativa extensa disciplina do processo judicial voltado à responsabilização por atos de improbidade administrativa. Segundo a Lei, tal ação segue o procedimento comum do Código de Processo Civil¹³⁷, havendo, entretanto, a incidência de diversas normas específicas da Lei n. 8.429/1992.

A fase do juízo de admissibilidade da demanda, mediante a notificação preliminar para oferecimento de defesa prévia que anteriormente era prevista na redação anterior da LIA¹³⁸, foi suprimida com a reforma de 2021, o que representa avanço em tema de duração razoável do processo, haja vista que, na prática, aquela fase inicial, muitas vezes, levava anos para

¹³⁰ Art. 14, § 1.º, da Lei n. 8.429/1992.

¹³¹ Art. 14, § 3.º, da Lei n. 8.429/1992.

¹³² Art. 15, da Lei n. 8.429/1992.

¹³³ Art. 127, *caput*, da Constituição da República de 1988.

¹³⁴ Dispõe a Constituição da República de 1988: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] 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”.

¹³⁵ Art. 22, *caput*, da Lei n. 8.429/1992.

¹³⁶ Art. 22, parágrafo único, da Lei n.º 8.429/1992.

¹³⁷ Art. 17, *caput*, da Lei n. 8.429/1992.

¹³⁸ Previa a redação anterior do art. 17, § 7.º, da Lei n. 8.429/1992: “Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias”.

terminar. A manutenção daquela fase preliminar, somada à prescrição intercorrente trazida com a reforma de 2021, poderia inviabilizar o combate à corrupção dos atos tipificados como de improbidade administrativa.

Por outro lado, a revogação do juízo prévio de admissibilidade da demanda não representa prejuízo à defesa, já que foram acrescentadas novas disposições legais protetivas ao demandado, contendo precauções para inviabilizar, de plano, demandas temerárias ou que não preencham os requisitos legais para serem deflagradas.¹³⁹

Não obstante tenha-se visto acima que as sanções previstas na LIA podem ter naturezas jurídicas diversas – administrativa, cível ou política –, a despeito da literalidade do art. 17-D, *caput*¹⁴⁰, a demanda consistente na ação de improbidade administrativa trata, de acordo com a doutrina majoritária, de “ação de natureza civil” (CARVALHO FILHO, 2022, p. 955). Invoca-se a lição de Emerson Garcia (2021), conceituando a improbidade administrativa como inserida no campo do direito sancionador cível:

No direito sancionador cível tem-se um traço de proximidade e outro de distanciamento em relação ao direito penal: a proximidade fica por conta da necessidade de ser aplicado por órgão jurisdicional, a partir do ajuizamento de uma ação; o distanciamento, por sua vez, decorre da impossibilidade de o condenado vir a sofrer sanção privativa de liberdade. Além disso, observa-se que o instrumento utilizado é a legislação processual civil, bem como que a técnica tipológica empregada assume textura mais aberta, a exemplo daquela historicamente adotada no âmbito do direito sancionador administrativo. As sanções passíveis de serem aplicadas nesse âmbito coexistem com as cominações cíveis *stricto sensu*, classicamente reconduzíveis ao dever de recomposição do status quo (v.g.: deveres de reparar e de devolver), que não configuram sanções. A existência de um direito sancionador cível decorre de disposição expressa do direito positivo brasileiro. Ao analisar a natureza jurídica da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), cujas sanções, por força do art. 37, § 4.º, da Constituição da República, podem ser aplicadas sem prejuízo da ação penal cabível, o Supremo Tribunal Federal reconheceu expressamente a sua natureza cível, o que, inclusive, afasta a

¹³⁹ Neste sentido, dispõem o art. 17 § 6.º-B, da Lei n. 8.429/1992: “A petição inicial será rejeitada nos casos do art. 330 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), bem como quando não preenchidos os requisitos a que se referem os incisos I e II, do § 6.º deste artigo, ou ainda quando manifestamente inexistente o ato de improbidade imputado”, bem como seu § 10-B: “Oferecida a contestação e, se for o caso, ouvido o autor, o juiz: I - procederá ao julgamento conforme o estado do processo, observada a eventual inexistência manifesta do ato de improbidade”, e ainda seu § 11: “Em qualquer momento do processo, verificada a inexistência do ato de improbidade, o juiz julgará a demanda improcedente”.

¹⁴⁰ Dispõe o art. 17-D, da Lei n. 8.429/1992: “A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos”.

incidência do foro por prerrogativa de função nessa seara. (GARCIA, 2021, p. 60)

Neste sentido, corroborando a tese de que a natureza jurídica da improbidade administrativa é cível, destaca-se tradicionalmente a doutrina que costumava afirmar que se tratava de uma espécie de ação civil pública, pois busca a proteção de direitos transindividuais representados, em legitimidade extraordinária, pelo Ministério Público – ou ordinariamente pela pessoa jurídica interessada.

Adota-se, nesta Dissertação, o posicionamento de que a ação de improbidade administrativa mantém sua natureza cível – sancionadora. Tal entendimento não se abala com a nova redação da LIA contida em seu art. 17-D, *caput*, que deve ser lido para fins de justificar o que consta em seu parágrafo único¹⁴¹, no sentido de vedar o manejo de ação de improbidade para o controle de legalidade de políticas públicas, que se submete ao regime jurídico próprio da Lei da Ação Civil Pública, com caráter prestacional e/ou reparatório, sem cunho sancionador.

Tal inovação legislativa também deve ser lida no contexto do fenômeno do “apagão das canetas”, pois o legislador definiu que instrumento jurídico da ação de improbidade administrativa não se presta a fazer pressão no gestor público em tema de controle de política pública.

Abonando tal pensamento, observe que foram revogados os incisos I e II, do art. 11, da LIA – assim como foi excluído o tipo mais aberto de improbidade por violação aos princípios da administração pública até então previsto no *caput* do mesmo artigo –, que rotineiramente eram utilizados pelo Ministério Público em matéria de controle de políticas públicas, principalmente em tema de omissão em políticas públicas obrigatórias por força de lei e da Constituição, como aquelas nas áreas da saúde e da educação.

Em sentido oposto, sustentando ostentar a ação de improbidade administrativa natureza de direito administrativo sancionador, parte da doutrina afirma que:

¹⁴¹ Art. 17-D, da Lei n. 8.429/1992: “Parágrafo único. Ressalvado o disposto nesta Lei, o controle de legalidade de políticas públicas e a responsabilidade de agentes públicos, inclusive políticos, entes públicos e governamentais, por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social submetem-se aos termos da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985”.

Verdade que os autores citados confundem a natureza da Lei de Improbidade como sendo cível, quando em realidade é de direito administrativo sancionador. Apenas o processo civil rege as ações que são propostas para aplicação da Lei de Improbidade, o que torna comum essa confusão. Aliás, em antigas cátedras havia o chamado direito judiciário, que era o embrião do processo civil e processo penal e se contrapunha ao direito administrativo. Nesse diapasão, a evolução das cátedras revelou uma dimensão material do direito administrativo, para além de seus aspectos meramente formais ligados à regulação das atividades da administração pública. Sustentamos que o direito administrativo transcende a disciplina da atividade da administração pública, alcançando também atos do Poder Judiciário e de outras instituições, tais como agências reguladoras, porque possui uma dimensão formal e outra material, tal como desenhado na Constituição. Trata-se de um direito administrativo constitucionalizado substancial e formalmente, que abarca, inclusive, o denominado direito da função pública, incluindo a teoria da probidade administrativa. (OSÓRIO, 2020, p. 4)

É relatado por Juliano Heinen (2023) que, durante o julgamento do Tema n. 1.199, o Supremo Tribunal Federal apreciou a questão da natureza da improbidade administrativa, formando-se divergências entre os Ministros da Corte, mas alcançando-se um entendimento majoritário em favor do reconhecimento da natureza de direito administrativo sancionador para a improbidade administrativa:

De acordo com o que foi antecipado na parte final do item ‘9.1.1’, o STF fixou as teses do Tema n. 1.199 sobre a (ir)retroatividade da Lei n. 14.133/2021, ocasião em que abordou a natureza jurídica da improbidade administrativa, o que ficou consignado nos votos dos Ministros. A primeira compreensão firmada foi: a improbidade administrativa não tem natureza penal – portanto, as alterações promovidas não retroagiam a atingir fatos praticados antes da vigência da nova lei. Alguns votos justificaram a irretroatividade declarando que a natureza jurídica da improbidade é de direito civil. Outros Ministros, ao contrário, justificaram a retroatividade das alterações aproximando a Lei n. 8.429/1992 ao direito penal. Contudo, prevaleceu o entendimento de que a improbidade administrativa está inserida no âmbito do direito administrativo sancionador. Acreditamos que este seja o entendimento adequado. [...] (HEINEN, 2023, p. 519)

Em relação ao procedimento da ação de improbidade administrativa, merecem destaque algumas das normas específicas ao rito da ação de improbidade administrativa em comparação ao procedimento comum, como: (i) a necessidade de o autor da ação individualizar a conduta de cada réu, com a indicação, salvo impossibilidade devidamente fundamentada, de elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência do(s) ato(s)

de improbidade administrativa¹⁴²; (ii) não incidência da presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em caso de revelia¹⁴³, diante da gravidade de algumas das sanções previstas na LIA; e (iii) requisitos especiais para a sentença judicial.¹⁴⁴

A Lei n. 14.230/2021, inovando em relação à redação originária da LIA, conferiu legitimidade exclusiva ao Ministério Público para propositura da ação de improbidade administrativa.

Em matéria de enfrentamento da corrupção administrativa, entende-se que a manutenção da legitimidade da pessoa jurídica interessada para deflagrar ação de improbidade seria medida salutar na tutela do patrimônio público.

Neste sentido, bem agiu o Supremo Tribunal Federal ao declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do *caput* e dos §§ 6.º-A e 10-C do art. 17, assim como do *caput* e dos §§ 5.º e 7.º do art. 17-B, da Lei n. 8.429/1992, na redação dada pela Lei n. 14.230/2021, de modo a “[...] restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução cível”.¹⁴⁵

Finalmente, merece destaque a decisão do STF nas mesmas ADIs 7042 e 7043 referidas no parágrafo anterior, no que toca à inovação legislativa promovida pela reforma de 2021 na LIA, que estabeleceu que a assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrador público ficaria obrigada a defendê-lo judicialmente caso este viesse a responder ação por improbidade administrativa, até que a decisão transite em julgado.¹⁴⁶

O viés questionável desse dispositivo já vinha sendo apontado em doutrina, que propunha uma solução menos traumática ao interesse público, como se observa no trecho a seguir:

As assessorias jurídicas passaram a ter papel inovador na ação de improbidade. A assessoria jurídica responsável pelo parecer no sentido da legalidade do ato praticado pelo administrador ficará compelida a defendê-lo judicialmente até o trânsito em julgado, na hipótese de ser réu em ação de

¹⁴² Art. 17, § 6.º, I, da Lei n. 8.429/1992.

¹⁴³ Art. 17, § 19, I, da Lei n. 8.429/1992.

¹⁴⁴ Art. 17-C, *caput*, da Lei n. 8.429/1992.

¹⁴⁵ Vide ADIs 7042 e 7043.

¹⁴⁶ Art. 17, § 20, da Lei n. 8.429/1992.

improbidade (art. 17, § 20, LIA). A norma causa estranheza, porque assessorias jurídicas são órgãos internos de aconselhamento e opinamento para o administrador. A defesa judicial cabe ao órgão jurídico externo, provavelmente uma procuradoria. Assim, quando a lei fala em ‘defendê-lo’, não pode tratar-se da defesa processual, mas apenas do fornecimento de subsídios e argumentos para reafirmar a posição estampada no parecer interno. (CARVALHO FILHO, 2022, p. 957)

No entanto, a questão restou superada, à medida que, no mesmo julgamento das ADIs 7042 e 7043, o STF declarou a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do § 20, do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, incluído pela Lei n. 14.230/2021, no sentido de que não existe a obrigatoriedade de defesa judicial do agente público que cometeu ato de improbidade por parte da advocacia pública, pois a sua predestinação constitucional, enquanto função essencial à Justiça, identifica-se com a representação judicial e extrajudicial dos entes públicos. No entanto, permite-se essa atuação em caráter extraordinário e desde que a norma local assim disponha.

4.2 Evolução legislativa, conceito e natureza jurídica do ANPC

Três anos depois de promulgada a Constituição Cidadã de 1988, foi editada a Lei n. 8.429/1992, chamada de Lei de Improbidade Administrativa (LIA), marco histórico nacional dessa política pública de combate da corrupção.

Diante do tradicional alcance dado ao princípio da indisponibilidade dos bens jurídicos tutelados pela lei de improbidade, em sua redação originária, a Lei n. 8.429/1992 proibia expressamente a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa.¹⁴⁷ Tal dispositivo foi revogado pela Medida Provisória n. 703, de 18 de dezembro de 2015, que, contudo, perdeu a sua eficácia por não ter sido convertida em lei, razão pela qual persistiu a vedação de autocomposição.

Durante muitos anos, a doutrina dividia-se entre a possibilidade ou não de solução consensual em tema de improbidade administrativa, diante da expressa vedação legal.

Dentre os refratários a tal possibilidade, há aqueles que sustentavam que a indisponibilidade do objeto da ação de improbidade administrativa, qual seja, a proteção do patrimônio público, “[...] justificaria a proibição” (BEZERRA FILHO, 2012, p. 360). No

¹⁴⁷ Vide o revogado art. 17, § 1.º, da Lei n. 8.429/1992.

mesmo sentido, em razão de a probidade administrativa e a proteção do patrimônio público representarem “[...] interesses indisponíveis e não direitos patrimoniais privados” (FAZZIO JÚNIOR, 2012, p. 451-452), impôs-se a vedação à transação, acordo ou conciliação em sede de ação civil de improbidade administrativa.

Já no campo favorável à possibilidade de consensualidade em matéria de improbidade administrativa, com fulcro no art. 190 do CPC/2015, no art. 4.º da Lei n. 12.850/2013 e nos arts. 16 e 17 da Lei n. 12.846/2013, apoiou-se a “[...] aplicação dos institutos da colaboração premiada e do acordo de leniência como negócios jurídicos atípicos em processos de improbidade administrativa” (DIDIER JR.; BOMFIM, 2017, p. 116-118). Para o acordo de leniência em particular, isso se explicaria pelo fato de a Lei n. 8.429/1992 e a Lei n. 12.846/2013 integrarem um microsistema de combate aos atos lesivos à Administração Pública.

Nesse mesmo sentido, adotando uma interpretação sistêmica, a maior parte da doutrina já se posicionava no sentido da possibilidade de solução consensual nas ações de improbidade, como se observa no trecho da obra de Carvalho Filho (2018) transcrito a seguir:

A LIA veda expressamente a transação, o acordo e a conciliação nas ações de improbidade (art. 17, § 1.º), vale dizer, impede qualquer tipo de solução negociada nesse tipo de demanda. O fundamento consiste em que, tratando-se de ofensa ao princípio da moralidade, não haveria ensejo para acordos. No entanto, a legislação vem, a cada dia, admitindo mitigações ou exclusões de penalidades, para permitir que o Estado conquiste benefícios de maior amplitude, mediante informações de infratores. [...] Considerando tais aspectos e os valores que passaram a sobressair na matéria, a doutrina tem defendido a possibilidade de solução consensual na ação de improbidade, embora limitando as benesses do acusado apenas a certas sanções. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 1.183)

O Ministério Público, como principal instituição nacional com vocação constitucional para o combate à corrupção, encontrava dificuldade em atuar de forma consensual, resolutiva e com celeridade em casos de improbidade administrativa, ante a proibição normativa.

Assim, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a resolução permitindo a celebração de compromisso de ajustamento de conduta em improbidade administrativa, trazendo como parâmetro para definição das obrigações ao compromissado o ressarcimento ao erário e a aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de

acordo com a conduta ou o ato praticado.¹⁴⁸ Na mesma linha, procederam alguns Ministérios Públicos estaduais^{149 150} e o Ministério Público Federal¹⁵¹, assim como as pessoas jurídicas lesadas.^{152 153}

Não obstante o acerto meritório do conteúdo da citada normativa do CNMP, fato é que, como visto na seção anterior, resolução decorre do poder administrativo normativo e não se confunde com lei em sentido estrito, razão por que deve ser exercido pelo legitimado para complementar a lei e não para inovar totalmente no ordenamento jurídico. Desse modo, ainda persistia incerteza jurídica sobre a possibilidade de celebração de acordo entre o poder público e o agente infrator em sede de improbidade administrativa.

Ainda assim, o Ministério Público começava a se valer de instrumentos de autocomposição para resolver as causas no domínio da improbidade administrativa, como a seguir:

Analisando-se dados públicos de acordos de colaboração e de leniência já firmados, verifica-se que o *Parquet* tem assumido compromissos como: (i) o não ajuizamento de ações de improbidade pelos fatos desvelados no acordo e extinção daquelas que já tiverem sido propostas; (ii) o requerimento de reconhecimento apenas do efeito declaratório dos atos ímprobos nas ações já ajuizadas ou que venham a ser; ou (iii) o requerimento da não aplicação das sanções previstas no art. 12 da LIA. No mais, em acordo de leniência firmado pelo MPF, chama a atenção a previsão de compromissos por parte da autoridade no sentido de não propor qualquer medida adicional para obter o ressarcimento cível ou aplicar penalidades à signatária e de empreender

¹⁴⁸ Vide Resolução CNMP n. 179/2017.

¹⁴⁹ Tal como vem fazendo o Ministério Público do Estado do Ceará, conforme se vê da Nota Técnica n. 01/2020: *Acordo de Não Persecução Cível*. Centro de Apoio Operacional de defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa do MPCE. Disponível em: http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2020/02/11fev20_CAODPP_nota-tecnica-acordo-nao-persecucao-civel.pdf. Acesso em: 11 nov. 2020.

¹⁵⁰ Vide a Resolução n. 1.193/2020-CPJ, de 11 de março de 2020, do Órgão Especial do Colégio dos Procuradores de Justiça do MPSP, que Disciplina o acordo de não persecução cível no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo, regulamentando o disposto no 17, § 1.º, da Lei n. 8.429/92 e no art. 7.º, § 2.º da Resolução n. 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

¹⁵¹ Merece destaque a normatização da utilização de Acordo de Não Persecução Cível (ANPC) nas ações de improbidade administrativa em tramitação no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), conforme se vê do arquivo intitulado *Orientações sobre a celebração de Acordo de Não Persecução Cível no âmbito do NIDCIN/PRR 1.ª Região*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/regiao1/sala-de-imprensa/docs/normativo-anpc>, Acesso em: 11 nov. 2020.

¹⁵² Exemplo: Portaria Normativa AGU n. 18, de 16 de julho de 2021, que regulamenta o Acordo de Não Persecução Cível em matéria de improbidade administrativa no âmbito da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal.

¹⁵³ Vide Resolução PGE-RJ n. 4703, de 17 de maio de 2021, que dispõe sobre procedimento para atuação judicial e extrajudicial da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro em Acordos de Não Persecução Cível quanto a atos de improbidade administrativa.

gestões junto aos demais entes públicos legitimados para postular ressarcimento de danos, para que compensem os valores pagos no acordo do montante de débito que imputem à colaboradora. Destaca-se, ainda, o Termo de ‘Autocomposição para Ato de Improbidade’ firmado pelo MPSP para encerrar inquérito civil que investigava caixa dois em campanhas eleitorais. [...] No acordo, em troca da descontinuidade das investigações, a concessionária investigada se dispôs a pagar R\$ 81,5 milhões a título de reparação de danos e multas. Embora não se tenha tido acesso ao acordo e não se possa confirmar o fundamento legal utilizado, chama atenção o fato de que parece limitar-se à esfera da improbidade administrativa, o que pode indicar um novo caminho na celebração dos pactos. (CAMPELO, 2020, p. 4)

Fortalecendo o entendimento sobre a possibilidade de solução negociada em matéria de improbidade administrativa, a Lei n. 13.655/2018, como visto na seção três, introduziu dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb)¹⁵⁴, como já visto, autorizando expressamente a celebração de compromisso entre os interessados para eliminar irregularidade ou situação contenciosa na aplicação do direito público.

Assim, afirmava parte da doutrina que a nova legislação admitiu a celebração de termo de ajustamento de conduta nas ações de improbidade administrativa, em sentido diametralmente oposto à vedação então prevista no art. 17, §1.º, da Lei n. 8.429/1992. Mas ainda pairava insegurança jurídica sobre a matéria face a não revogação da proibição legal do citado art. 17, §1.º, da LIA.

Por outro lado, estudiosos como o professor Carvalho Filho (2018) ensinam que não se aplica aos atos de improbidade administrativa o compromisso a que alude o art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942), haja vista que tal compromisso não pode envolver interesses indisponíveis, limitando-se aos disponíveis, principalmente os de caráter patrimonial.

O Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) questionou no Supremo Tribunal Federal (STF) a constitucionalidade do art. 17, §1.º, da Lei n. 8.429/1992, que vedava a transação, acordo ou conciliação nas ações que discutem suposta prática de atos de improbidade administrativa.

Em Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁵⁵, a legenda sustentava que a vedação a qualquer transação “[...] gera absoluta ineficiência administrativa”, porque impede que os litígios judiciais possam ser solucionados de forma célere, “[...] acarretando um duplo

¹⁵⁴ Vide arts. 26 e 27, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb).

¹⁵⁵ Vide ADI 5980.

prejuízo ao erário, tanto pelo aumento de gastos com a tramitação demorada do processo judicial, quanto pela demora na restituição de valores públicos indevidamente desviados”.¹⁵⁶

O partido destacou que, no sistema de tutela da probidade administrativa, que é integrado, por exemplo, pela Lei Anticorrupção, pela Lei da Ação Civil Pública e pela Lei de Improbidade Administrativa, somente a LIA vedava a realização de acordos, razão pela qual a norma violaria os princípios da eficiência administrativa, da tutela jurisdicional efetiva e da razoável duração do processo. Ocorre que, diante da revogação expressa do citado parágrafo pela Lei Anticrime, a ADI 5980 foi julgada prejudicada, por perda superveniente de seu objeto.

Com o advento da Lei n. 13.964/2019 – conhecida como Lei ou Pacote Anticrime –, o legislador expressamente permitiu a solução consensual em matéria de improbidade administrativa, haja vista que o art. 17, § 1.º da LIA passou a ter a seguinte redação: “As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei”.

Numa leitura inicial do citado dispositivo legal, parecia que o problema teria sido resolvido. No entanto, a parte final da norma dispunha que o ANPC será possível “[...] nos termos desta Lei”. Ocorre que, a análise da íntegra do mesmo diploma legal revela que permanecia a omissão sobre os requisitos objetivos e subjetivos, os procedimentos e as sanções que devem nortear o ANPC. Explica-se: o então art. 17-A da Lei n. 8.429/1992¹⁵⁷,

¹⁵⁶ Vide notícia *Partido questiona norma que veda realização de acordo nas ações de improbidade administrativa*. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385752>. Acesso em: 11 nov. 2020.

¹⁵⁷ “Art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar Acordo de Não Persecução Cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados:

I - o integral ressarcimento do dano;

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

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

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

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

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

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

aprovado pelo Legislativo, que trazia os mencionados parâmetros legais, foi integralmente vetado¹⁵⁸ pelo Presidente da República.

Por um lado, a doutrina festejava a positivação do Acordo de Não Persecução Cível, mas, por outro, diante do citado veto, criticava a falta de parâmetros para padronizar a utilização do instituto conforme se observa na lição do professor Andrade:

É indiscutível, portanto, o mérito da alteração da redação do § 1.º do artigo 17 da LIA, que põe fim a uma importante discussão nessa seara. Contudo, não podemos deixar de criticar o fato de a Lei n. 13.964/2019 não ter trazido parâmetros procedimentais e materiais a serem observados nesse tipo de ajuste, em ordem a padronizar, em todo o território nacional, esse tipo de negociação. (ANDRADE, 2020, p. 121)

A doutrina vinha jogando luz nas razões do citado veto presidencial, para destacar a possibilidade de celebração de ANPC, ainda que não houvesse disposição legal sobre os parâmetros materiais e procedimentais para aplicação do instituto. Nesse sentido,

[...] o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional disciplinava o Acordo de Não Persecução Cível no art. 17-A da Lei n. 8.429/92. Ocorre que este dispositivo foi vetado pelo Presidente da República sob o argumento de que o art. 17-A previa apenas o Ministério Público como legitimado para celebrar o acordo, o que contraria, na visão do chefe do Poder Executivo, o interesse público, já que excluía a possibilidade de a pessoa jurídica lesada também firmar esse acordo. (CAVALCANTE, 2020, p. 121)

Cavalcante (2020) sustentava que, mesmo com o veto do art. 17-A, o ANPC podia ser celebrado, diante da expressa autorização legal do novo art. 17, § 1.º, da Lei n. 8.429/1992. O

¹⁵⁸ Razões dos vetos ao *caput* e §§ 1.º, 3.º, 4.º e 5.º do art. 17-A da Lei n. 8.429/1992, alterados pelo art. 6.º do projeto de lei: “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. Assim, excluir o ente público lesado da possibilidade de celebração do Acordo de Não Persecução Cível representa retrocesso da matéria, haja vista se tratar de real interessado na finalização da demanda, além de não se apresentar harmônico com o sistema jurídico vigente.”

Razões dos vetos ao projeto do § 2.º do art. 17-A da Lei n. 8.429/1992: “A propositura legislativa, ao determinar que o acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade, contraria o interesse público por ir de encontro à garantia da efetividade da transação e do alcance de melhores resultados, comprometendo a própria eficiência da norma jurídica que assegura a sua realização, uma vez que o agente infrator estaria sendo incentivado a continuar no trâmite da ação judicial, visto que disporia, por lei, de um instrumento futuro com possibilidade de transação.”

autor ainda acrescentava que, naquele momento, tanto o Ministério Público quanto a pessoa jurídica lesada podiam, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar Acordo de Não Persecução Cível.

Ainda na doutrina especializada no tema, o Professor Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2020) observava que há necessidade urgente de regulamentação do ANPC, destacando que “[...] deveria ser editado Decreto regulamentador pelo Poder Executivo, ou mesmo a modificação da Resolução n. 179/2017 do CNMP, a fim de disciplinar a matéria em âmbito institucional” (PINHO, 2020, p. 161).

Acerca da importância e contemporaneidade da consensualidade em matéria de improbidade administrativa, a doutrina destaca que “[...] a pertinência do debate justifica-se pela necessidade de garantia de maior segurança jurídica na utilização desses instrumentos, bem como em seu adequado aproveitamento para a proteção da própria Administração Pública” (PAULA; FARIA, 2020).

Ocorre que, recentemente, durante a elaboração da presente Dissertação, a Lei de Improbidade Administrativa foi substancialmente alterada pela Lei n. 14.230/2021, de maneira que se estabeleceu não só a possibilidade de celebração de ANPC, mas também se regulamentou a forma de aplicação do instituto.

Neste ponto, as alterações trazidas pelo Projeto de Lei n. 2.505/2021 e materializadas na Lei n. 14.230/2021 representam notório avanço no preenchimento das lacunas até então existentes para maior aplicabilidade e efetividade do ANPC e, sobretudo, para trazer maior segurança jurídica.

No entanto, sobre a abrangência das obrigações que podem constar no acordo, ainda há necessidade de maior aprofundamento, como será feito a seguir.

Em matéria de conceituação do ANPC, a doutrina ensina que,

[...] na prática, o ANPC constitui instrumento de autocomposição no âmbito da improbidade administrativa, uma espécie de *pactum de non petendo*, que, a rigor, engloba questões de direito material (por exemplo, sanções, ressarcimento do dano) e de direito processual (por exemplo, a própria não judicialização). Em tais arranjos, é possível que os envolvidos criem ‘trocas entre direito material e direito processual, um *trade-off* entre formalidades processuais e benefícios no campo do direito material’.¹⁵⁹

¹⁵⁹ Mazzola & Oliveira (2022). Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2022/06/03/sancoes-premiais/>
Acesso em: 25 jan. 2023.

O professor Carvalho Filho (2022), por sua vez, define o ANPC nestes termos:

Trata-se, na verdade, de um acordo, ou seja, uma conjugação de vontades, sujeitas a direitos, deveres e obrigações, cujo objetivo reflete um interesse para os pactuantes. Em sua essência, um dos pactuantes é o órgão estatal, enquanto o outro é aquele sobre o qual pesam elementos que indiciam ou comprovam a prática de ato de improbidade. (CARVALHO FILHO, 2022, p. 959)

A doutrina, de forma geral, vislumbra o caráter negocial do ANPC e afirma a inexistência de obrigatoriedade em sua celebração, consignando tratar-se de um negócio jurídico eminentemente material, mas que pode conter previsões de natureza processual:

Inegavelmente, as consequências de uma eventual exclusão (num acordo *substitutivo*) ou aceitação do cumprimento voluntário (num acordo *sancionatório*) de qualquer das sanções previstas na LIA são de natureza material. Mas essa conclusão, claro, não impede que negócios jurídicos processuais – respeitantes a mudanças no procedimento ou a ônus, poderes, faculdades e deveres *processuais* – sejam celebrados no curso de uma ação civil de improbidade, a fim de que o procedimento venha a ser adaptado ou flexibilizado em face do que restou *materialmente* acordado no ANPC. (TRINDADE JÚNIOR, 2022, p. 116, grifos no original)

Finalmente, cabe invocar a conceituação feita por Valter Farid Antonio Junior (2022), que distingue o ANPC de uma transação típica:

Todavia, considerando ser da essência deste contrato a disponibilidade sobre direitos patrimoniais de caráter privado suscetíveis de circulação (art. 841, CC), o ANPC não se amolda, com propriedade, à figura da transação, por se tratar de medida consensual que, diferentemente da autorregulação de interesses privados em perspectiva horizontal, sujeita-se a um *modelo verticalizado*, permeado por princípios norteadores do Direito Administrativo, com destaque à *indisponibilidade do interesse público* – que não é sinônimo de impossibilidade de emprego de medidas consensuais de solução de conflitos no âmbito da Administração Pública – e à *supremacia do interesse público*. [...] Por esta razão, na esteira de Fredie Didier Jr. e Daniela Santos Bomfim, ao se referirem à colaboração premiada, o ANPC deve ser entendido como modalidade de *negócio jurídico atípico*, de natureza *sancionatória e reparatória* que, embora se assemelhe à transação típica, com ele não se confunde, por obrigar o agente ímprobo ao cumprimento de determinadas condições, com destaque à *reparação integral do dano e à submissão às sanções previstas no artigo 12 da Lei n. 8.429/1992*, em troca da não instauração de ação de improbidade ou de obstar o prosseguimento de ação já proposta. (ANTONIO JUNIOR, 2022, p. 233, grifos no original)

Assim, a natureza jurídica do ANPC é de ser um negócio jurídico bilateral firmado entre o poder público – Ministério Público ou pessoa jurídica interessada – e o agente investigado ou demandado pela prática de ato de improbidade administrativa, marcado pela consensualidade, que pode ser de mera reprimenda ou de colaboração, conforme o caso.

Justamente por ostentar a natureza jurídica de negócio jurídico bilateral, é imprescindível que se observe e se respeite a autonomia das partes que pactuam o acordo. Neste contexto, afasta-se, de plano, a possibilidade de o investigado – ou demandado, se o caso já estiver em fase processual – possuir direito subjetivo ao ANPC.

Como visto na seção sobre consensualidade, os acordos substitutivos de sanção não representam um direito subjetivo do investigado, mas um instrumento do qual se valem os agentes públicos com função de controle para buscar a melhor forma de realização das finalidades públicas. Neste sentido, consignou-se que a jurisprudência do STJ¹⁶⁰ já afastou a obrigatoriedade de oferecimento ao investigado de proposta de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC.

Nesta mesma linha, não ostenta o investigado direito subjetivo ao ANPC, tratando-se de uma faculdade a sua proposta pelo poder público – Ministério Público ou pessoa jurídica interessada. Neste sentido, a doutrina corrobora da seguinte forma:

Releva consignar que o interessado não goza de direito subjetivo à realização do acordo, assim como dele não dispõe o réu da ação penal no tocante ao benefício da suspensão condicional do processo, consoante orientação pacífica dos Tribunais Superiores. (GOMES JÚNIOR; LIMA, 2021, p. 194)

Não obstante a não obrigatoriedade de oferecimento de proposta de ANPC, numa era de administração pública dialógica e de Ministério Público resolutivo, parece conveniente que, quando possível, seja ofertado ao investigado o acordo, como ensina a doutrina:

Entendemos que não há obrigatoriedade para oferecimento do ANPC por parte do Ministério Público, mas revela-se possível e recomendável que o referido órgão estabeleça, por meio de atos normativos, parâmetros objetivos para propositura dos acordos e seus respectivos conteúdos pelos seus respectivos membros, com o intuito de garantir maior racionalidade e

¹⁶⁰ Vide REsp n. 596.764/MG e REsp n. 1.252.869/DF, do STJ.

isonomia, sem afastar a discricionariedade inerente à atuação de cada membro do *Parquet*.¹⁶¹

Corroborando a faculdade do oferecimento de proposta de ANPC ao investigado, o ato normativo que disciplina a matéria ANPC no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) dispõe que o ANPC poderá ser proposto, desde que necessário e suficiente para a prevenção e a reprovação do ilícito, mediante avaliação das peculiaridades do caso concreto.¹⁶²

Por outro lado, para fins de se atender ao princípio da isonomia e à transparência de suas atividades, no contexto de *accountability*, a normativa interna do MPRJ estabelece que a recusa na celebração do Acordo de Não Persecução Cível será fundamentada e deverá constar dos autos do procedimento investigatório ou do processo judicial.¹⁶³

4.3 Legitimados do ANPC

Como visto no item sobre os aspectos gerais da improbidade administrativa, a reforma da LIA, por meio da Lei n. 14.230/2021, inseriu na Lei n. 8.429/1992 dispositivos que previram a legitimidade exclusiva do Ministério Público, tanto para a propositura de ação de improbidade administrativa¹⁶⁴, quanto para a celebração de Acordo de Não Persecução Cível.¹⁶⁵

Tratou-se de uma mudança em relação ao modelo original da Lei de Improbidade Administrativa, que previa legitimidade ativa concorrente e disjuntiva para o *Parquet* e a pessoa jurídica lesada, como relembra a doutrina:

Partindo da legislação específica à indagação do ato ímprobo, tem-se que, inicialmente, o art. 17, *caput*, da Lei n. 8.429/92 instituiu que a ação que investiga o ato ímprobo será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, tratando-se de legitimação não exclusiva, em verdade concorrente e disjuntiva. Conceitua Hugo Nigro Mazzilli que se diz concorrente em razão de os colegitimados poderem agir em defesa de

¹⁶¹ Mazzola & Oliveira (2022) Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2022/06/03/sancoes-premiaais/>. Acesso em: 25 jan. 2023.

¹⁶² Vide Art. 1.º, § 1.º, da Resolução GPGJ/MPRJ n. 2.469/2022, que disciplina, no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o Acordo de Não Persecução Cível, de forma a regulamentar o disposto no art. 17-B, da Lei n. 8.429/1992.

¹⁶³ Vide Art. 1.º, § 3.º, da Resolução GPGJ/MPRJ n. 2.469/2022.

¹⁶⁴ Art. 17, *caput*, da Lei n. 8.429/1992.

¹⁶⁵ Art. 17-B, *caput*, da Lei n. 8.429/1992.

interesses transindividuais; sendo disjuntiva porque o litisconsórcio não é obrigatório. Assim, tinha-se que ambos os legitimados podiam agir autonomamente, independentemente da concordância ou atividade do outro. (AGRA, 2022, p. 295)

Como visto em tópico anterior, esse afastamento da legitimidade da pessoa jurídica lesada pelo ato de improbidade foi objeto de questionamento junto à Corte Suprema.¹⁶⁶ Discorrendo sobre os impactos iniciais da jurisprudência sobre o tema, a doutrina indicava que

[...] a mudança introduzida pela Lei n. 14.230/2021, a respeito de conferir apenas ao Ministério Público a legitimidade para propositura da ação, ensejou o ajuizamento de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs n. 7.042 e 7.043), sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. Argumenta-se que as normas impugnadas retiram a legitimidade dos entes públicos lesados para ajuizar ações de improbidade, de modo a dificultar as investigações de atos ímprobos e impor obrigações às Procuradorias Estaduais, em ofensa ao princípio da vedação do retrocesso social, ao direito fundamental à probidade, ao pacto federativo, à autonomia dos Estados e aos princípios administrativos da eficiência, da segurança jurídica e da moralidade. Em decisão proferida no dia 17 de fevereiro de 2022, o Ministro Alexandre de Moraes deferiu parcialmente a medida cautelar, *ad referendum* do Plenário do STF, para conceder interpretação conforme a Constituição ao *caput* e aos §§ 6.º-A, 10-C e 14 do art. 17 da Lei n. 8.429/92, com a redação dada pela Lei n. 14.230/2021, no sentido da existência de legitimidade ativa concorrente entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa. Na oportunidade, o Ministro Alexandre de Moraes também suspendeu os efeitos do § 20 do art. 17 da LIA, com a redação dada pela Lei n. 14.230/2021, e do art. 3.º da Lei n. 14.230/2021. Para o Ministro relator, ‘a supressão da legitimidade das pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação de improbidade administrativa pode representar grave limitação ao amplo acesso à jurisdição (CF, art. 5.º, XXXV), com ferimento ao princípio da eficiência (CF, art. 37, *caput*) e, no limite, obstáculo ao exercício da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para ‘zelar pela guarda da Constituição’ e ‘conservar o patrimônio público’ (CF, art. 23, I), bem como um significativo retrocesso quanto ao imperativo constitucional de combate à improbidade administrativa’. (AGRA, 2022, p. 297)

Os fundamentos e a decisão da liminar referida na citação acima acabaram sendo confirmados pelo STF, na decisão final das ADIs em análise. Com uma única decisão, o Supremo Tribunal Federal restabeleceu a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas, tanto para a

¹⁶⁶ Vide ADIs 7042 e 7043.

propositura da ação por ato de improbidade administrativa, quanto para a celebração do ANPC.

Foi ressaltado nesse julgamento que os titulares do direito têm legitimação ordinária para defesa do seu patrimônio – caso da pessoa jurídica lesada pelo ato de improbidade administrativa –, sem prejuízo da hipótese de legitimação extraordinária, que ocorre, no caso, quando o Ministério Público promove ação de improbidade ou celebra ANPC para pleitear um direito alheio, titularizado pela coletividade representada pelo *Parquet*.

4.4 Requisitos do ANPC

Para fins de celebração de um ANPC válido, mostra-se relevante não apenas o cumprimento das normas procedimentais cabíveis, mas também o atendimento de requisitos relacionados tanto à observância dos pressupostos objetivos e subjetivos para a pactuação do instrumento, quanto à inclusão das obrigações consideradas necessárias pelas leis incidentes.

Destarte, passa-se à análise e discussão de cada um desses requisitos.

4.4.1 Pressupostos objetivos e subjetivos

A Lei n. 8.429/1992 dispõe sobre alguns requisitos de ordem objetiva, subjetiva e procedimental para a celebração do ANPC. Os aspectos de procedimento serão abordados em tópico seguinte, passando-se agora a examinar os requisitos objetivos e subjetivos.

A LIA estipula que a pactuação do ANPC deve considerar a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso.¹⁶⁷ Trata-se daquilo que a doutrina denomina “[...] elementos circunstanciais objetivos e subjetivos do acordo” (CARVALHO FILHO, 2022, p. 959).

Wallace Paiva Martins Júnior (2022) observa que outros parâmetros para essa análise devem ser extraídos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

Há uma íntima ligação desse preceito com o § 2.º do art. 22 do Decreto-lei n. 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) ao apregoar que ‘na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da

¹⁶⁷ Art. 17-B, § 2.º, da Lei n. 8.429/1992.

infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente'. É certo que não há completa e integral simetria, razão pela qual, considerando que o acordo é forma de responsabilização e punição, devem ser agregadas também as balizas desse § 2.º do art. 22, além do próprio *caput* do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa ao enunciar que, independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, são cabíveis as sanções cumulativas ou não de seus incisos I a III, de acordo com a gravidade do fato, bem como os demais constantes de seus parágrafos.¹⁶⁸

No âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, foram delineados diversos fatores a serem considerados pelo membro do *Parquet* para decidir sobre o oferecimento do acordo¹⁶⁹, inclusive prevendo a modalidade colaborativa de ANPC¹⁷⁰, da seguinte forma:

O Acordo de Não Persecução Cível poderá ser proposto, desde que necessário e suficiente para a prevenção e a reprovação do ilícito, mediante avaliação das peculiaridades do caso concreto, considerando-se:

I - ser mais vantajoso à tutela do bem jurídico que o ajuizamento da ação de improbidade administrativa ou o seu prosseguimento, levando-se em consideração, entre outros fatores: a) o tempo de duração do processo; b) a efetividade das sanções aplicáveis; c) a maior abrangência de responsabilização de agentes públicos e de terceiros envolvidos no ilícito; d) a personalidade do agente; e) a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato ilícito; f) o proveito auferido pelo agente e a extensão do dano causado;

II - constituir meio de obtenção de provas em quaisquer espécies de atos de improbidade administrativa, desde que o beneficiado pela composição colabore efetivamente com as investigações e o processo, quando for o caso.

Outro requisito para a celebração do ANPC é a exigência do poder público proponente possuir justa causa para o ajuizamento de ação de improbidade administrativa.

Neste sentido, a referida normativa do MPRJ estabelece que quando o membro do Ministério Público não identificar indícios suficientes da existência do ato de improbidade de responsabilidade do agente público ou de terceiro, não será cabível o Acordo de Não Persecução Cível.¹⁷¹

¹⁶⁸ Martins Júnior (2022). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/292958991/v1/page/RB-35.7>. Acesso em: 22 jan. 2023.

¹⁶⁹ Vide Art. 1.º, § 1.º, da Resolução GPGJ/MPRJ n. 2.469/2022.

¹⁷⁰ A modalidade do ANPC como consensualidade de colaboração está expressa no art. 1.º, § 1.º, II, da Resolução GPGJ/MPRJ n. 2.469/2022.

¹⁷¹ Art. 1.º, § 2.º, II, da Resolução GPGJ/MPRJ n. 2.469/2022.

4.4.2 Obrigações necessárias no ANPC

A Lei de Improbidade Administrativa estabelece duas obrigações necessárias que devem constar do instrumento do ANPC. São elas: (i) o integral ressarcimento do dano; e (ii) a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados.¹⁷²

Interessante preocupação prática indica a possibilidade de frustração do ANPC e do próprio interesse público quando não houver possibilidade fática de o compromissário ressarcir integralmente o dano ao erário.

Previamente à edição da Lei n. 14.230/2021, havia controvérsia doutrinária a respeito da possibilidade de celebração de acordo na seara da improbidade administrativa que previsse um ressarcimento apenas parcial do dano ao erário ou mesmo a não previsão dessa obrigação. Todavia, com o advento do referido diploma legal, há dispositivo que expressamente prevê a obrigatoriedade do ressarcimento integral. Não obstante, parte da doutrina sustenta o cabimento de uma negociação em torno dessa obrigação, como se observa no trecho a seguir colacionado:

A despeito dessa nova previsão legal, a questão continua complexa. E o problema se eleva quando a inflexibilidade da exigência de ressarcimento integral inviabilizar completamente um acordo e, com isso, outros interesses igualmente públicos e relevantes deixarem de ser atendidos. Nessas situações, não se pode negar a possibilidade de vir a ser ponderado – no caso concreto e de forma excepcional – se a imposição do ressarcimento integral do dano está, ou não, em consonância com o melhor interesse da sociedade. É o que poderá ocorrer na hipótese de o réu ou o investigado comprovadamente não titularizar patrimônio suficiente para reparar todos os danos causados, muito embora disponha de informações e de provas essenciais para elucidar a verdadeira extensão objetiva e subjetiva do ilícito, inclusive permitindo revelar os principais partícipes ou beneficiários e o destino dos recursos desviados. E não será incomum que tal circunstância se verifique, por exemplo, com aqueles que ocupam apenas posições subalternas ou de menor relevância na hierarquia da organização ilícita. Nessa particular conjuntura, há que se admitir que o requisito da reparação integral do dano seja mitigado, desde que, claro, haja reforçada e idônea justificação, até mesmo para que o juiz possa homologar o ajuste celebrado. Por certo, qualquer concessão específica em relação ao signatário do acordo não irá afetar o direito de cobrar o valor a ser ressarcido pelos demais

¹⁷² Art. 17-B, *caput*, I e II, da Lei n. 8.429/1992.

responsáveis, nos limites de sua participação e dos benefícios auferidos. (TRINDADE JÚNIOR, 2022, p. 121-122)

Pozzo *et al.* (2022) fazem crítica semelhante ao sustentarem que tal exigência do ressarcimento integral não parece guardar compatibilidade com a ideia de consensualidade que visa ao atingimento de finalidades públicas, mormente diante de hipóteses nas quais os réus sequer possuem recursos financeiros para adimplir completamente essa obrigação pecuniária. Nesse cenário, os autores sinalizam uma solução mediante a substituição do ressarcimento integral pelo cumprimento de outra espécie de obrigação consistente no oferecimento de bem, serviço ou utilidade em favor da Administração Pública.

Nesta Dissertação, concorda-se com a tese de mitigação da obrigação de o compromissado promover o integral ressarcimento ao erário, mas de forma excepcional e devidamente motivada, quando houver impossibilidade fática de fazê-lo e desde que novas obrigações sejam incluídas no ANPC, sobretudo aquelas que viabilizem a identificação de coautores do ilícito e a localização de bens, direitos e valores para fins de futuro ressarcimento do dano ao erário ou reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida.

Impedir, *prima facie*, a celebração do ANPC àquele autor do ilícito que comprovadamente não tenha condições de arcar pessoalmente com o ressarcimento ao erário seria prestigiar autores do ilícito que detêm o poder econômico.

Ademais, em análise do microssistema anticorrupção, percebe-se que tal medida acabaria privilegiando os líderes de organizações criminosas, que são as pessoas que normalmente concentram a maior quantidade do benefício econômico ilícito, e isso iria de encontro ao previsto na Lei de Organizações Criminosas, que veda a colaboração premiada a tal líder.¹⁷³

No âmbito do MPRJ, a normativa interna de regência dispôs que as sanções necessárias ao ANPC poderão ser afastadas, de maneira fundamentada, nas situações em que o beneficiado pelo acordo colaborar com as investigações e o processo.¹⁷⁴

Quanto à outra obrigação necessária no bojo do ANPC na forma da Lei n. 8.429/1992, qual seja, a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevidamente obtida pela prática do ato de improbidade, cabe ressaltar que tal vantagem não possui necessariamente origem

¹⁷³ Art. 4.º, § 4.º, I, da Lei n. 12.850/2013.

¹⁷⁴ Art. 2.º, § 2.º, da Resolução GPGJ/MPRJ n. 2.469/2022.

pública nem pressupõe algum prejuízo ao erário, haja vista que o próprio texto legal ressalvou a possibilidade de tal vantagem ser oriunda de agentes privados. Seja qual for a origem da vantagem ilícita auferida pelos infratores, fato é que os valores devem ser revertidos à pessoa jurídica estatal prejudicada.

No MPRJ, além do cumprimento daquelas duas obrigações necessárias de cunho patrimonial em favor da pessoa jurídica interessada, o ANPC deve contemplar a aplicação de uma ou mais sanções dentre as cominadas na LIA.¹⁷⁵

Tal previsão segue a orientação do Conselho Nacional do Ministério Público que, de forma inédita, desde 2017, já indicava a possibilidade de solução consensual de casos envolvendo improbidade administrativa, pela adoção do instrumento do Termo de Ajustamento de Conduta.¹⁷⁶

Desta forma, o CNMP, fomentando uma atuação resolutiva do Ministério Público, por meio de normativa geral e abstrata com abrangência sobre todos os ramos e unidades do Ministério Público brasileiro, indicava o cabimento do compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado.

4.4.3 ANPC e confissão

A Lei de Improbidade Administrativa é silente sobre a necessidade de confissão do compromissado como cláusula obrigatória para a celebração do ANPC. Assim, há três entendimentos possíveis sobre o tema.

A primeira corrente sustenta que não se trata de uma lacuna legislativa, mas de verdadeiro silêncio eloquente, na medida em que, quando quis fazê-lo, o legislador expressamente inseriu a confissão como obrigação no direito negocial.

¹⁷⁵ A Resolução GPGJ/MPRJ n. 2.469/2022 dispõe: “Art. 2.º O acordo de não persecução cível, além do ressarcimento ao erário e da perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, contemplará, conforme o caso, a aplicação de uma ou mais sanções cominadas em lei, observado o disposto no art. 10, VI, desta Resolução, bem como as condições necessárias para assegurar a sua efetividade. § 1.º - A vantagem indevida obtida será revertida à pessoa jurídica lesada, ainda que oriunda de agentes privados. § 2.º - A aplicação da sanção a que se refere o *caput* deste artigo poderá ser afastada, de maneira fundamentada, nas situações em que o beneficiado pelo acordo colaborar com as investigações e o processo”.

¹⁷⁶ Vide art. 1.º, § 2.º, da Resolução CNMP n. 179/2017.

Os adeptos desta corrente, inclusive, lembram que a mesma lei que criou o ANPC – Pacote Anticrime –, criou o ANPP, que contou com expressa exigência de confissão. Observe argumentação doutrinária sobre o tema:

Se o legislador quisesse fazer essa obrigatoriedade, teria feito, assim como fez nas demais legislações citadas. É oportuno ressaltar que nem mesmo a confissão extrajudicial em investigações criminais, em caso de descumprimento, tem validade para, por si só, incriminar o acusado, conforme já decidiu o STF. Assim, não é lícito ao legitimado querer mais do que o legislador, criando regras que ele, que é o constitucionalmente incumbido de legislar, não fez. Admitir essa exigência é assumir que o Ministério Público tem o poder de inovar o sistema legal, como se fosse um poder superior aos três poderes de nossa República. O nosso Estatuto Fundamental não legitimou o Ministério Público para legislar ou suprir omissões legislativas, pelo que deverá manter-se nos estritos contornos que lhe foram reservados e cumprir os seus deveres, que não são poucos e que ainda precisam ser exercitados em plenitude, como a defesa da dignidade humana.¹⁷⁷

A segunda corrente é no sentido da obrigatoriedade da confissão, diante da natureza do instituto. Para tanto, sustenta-se que a aplicação ao ANPC, em diálogo das fontes, das normas que disciplinam a autocomposição em outras instâncias de responsabilização do direito sancionador¹⁷⁸, faz com que a confissão da prática do ato de improbidade administrativa, embora não prevista expressamente na LIA, seja condição para a celebração do Acordo de Não Persecução Cível. Nesse sentido, sustenta o mencionado autor que

[...] essa interpretação favorece a coerência do microsistema de tutela do patrimônio público. Afinal, não abona a lógica jurídica sustentar que um agente público que fraudar uma licitação poderá celebrar um Acordo de Não Persecução Cível na esfera da improbidade administrativa, pela prática de ato lesivo ao erário (art. 10, VIII, da LIA), independentemente de confissão, ao passo que, na esfera criminal, esse mesmo agente somente poderá celebrar um acordo de não persecução penal, pela prática do mesmo fato, se confessar sua participação no ilícito (art. 89 da Lei n. 8.666/1993).¹⁷⁹

¹⁷⁷ Celestino (2022). Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/358616/acordo-de-nao-persecuacao-civil-na-lei-de-improbidadeo>. Acesso em: 23 jan. 2023.

¹⁷⁸ Vide os seguintes dispositivos legais: (i) artigo 16, § 1.º, III, da Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial); (ii) artigo 86, § 1.º, IV, da Lei n. 12.825/2011 (Lei do Cade); e (iii) artigo 28-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei Anticrime (Lei n. 13.964/2019).

¹⁷⁹ Andrade (2020). Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecuacao-civil/>. Acesso em: 6 nov. 2020.

Corroborando o entendimento acima, parte da doutrina indica a necessidade de se manter a racionalidade do sistema jurídico, pois um agente que cometeu um só fato que, ao mesmo tempo, enseje-lhe o oferecimento do ANPC – pelo ato de improbidade – e do ANPP – pelo correlato crime contra a administração pública –, ao firmar dois acordos com o Ministério Público, teria que confessar o ilícito apenas no bojo do ANPP, o que foge à lógica de integração dos institutos que compõem o microsistema anticorrupção.

Outro ponto comum é que, seja no acordo de não persecução penal, seja no cível, a celebração não está condicionada a nenhum proveito para a investigação; basta a mera confissão. Esta, aliás, é uma das principais notas distintivas do ANPP em relação aos institutos de direito premial, para os quais não basta a mera confissão. É preciso ir além e colaborar efetivamente com os órgãos de investigação, trazendo resultados úteis e eficazes em termos investigatórios. O transporte da exigência da confissão para o ANPC, consoante leciona Landolfo Andrade, encontra fundamento na própria racionalidade do sistema jurídico, pois não abonaria o raciocínio lógico sustentar que um agente público que fraudar uma licitação poderá celebrar um Acordo de Não Persecução Cível na esfera da improbidade administrativa, pela prática de ato lesivo ao erário (art. 10, VIII, da LIA), independentemente de confissão, mas, na esfera criminal, esse mesmo agente somente poderá celebrar um acordo de não persecução penal, pela prática do mesmo fato, se confessar sua participação no ilícito (artigo 89 da Lei n. 8.666/1996). Haveria aí uma verdadeira contradição axiológica, um defeito de lógica legislativa, no plano deontológico. (CAMBI *et al.*, 2020, p. 72)

Existe, ainda, uma terceira corrente (GAJARDONI, 2022) que considera que a confissão do agente pode ser prevista no âmbito do ANPC com fundamento em normativa própria do Ministério Público:

O Ministério Público ‘poderá’, conforme as circunstâncias do caso concreto, decidir se é recomendável, do ponto de vista da tutela dos direitos metaindividuais e da política institucional do órgão, a celebração do acordo. Para tanto, considerará, nos termos do art. 17-B, § 2.º, da LIA, a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso. Poderá, inclusive, condicionar a celebração do acordo a condutas colaborativas por parte do investigado (colaboração premiada). Ou mesmo à confissão do agente sobre os fatos narrados. Tudo nos termos de normativa própria a ser gestada, à luz das políticas institucionais do Ministério Público, pelos seus órgãos superiores (especialmente o CNMP), o que é fundamental para manter, a bem da

igualdade, um padrão comportamental dos diversos membros da instituição.¹⁸⁰

Seguindo o entendimento de abalizada doutrina e regulamentando a LIA, a normativa interna do MPRJ expressamente indicou como de conteúdo obrigatório no ANPC cláusula que contenha a assunção da responsabilidade pelo ato ilícito praticado¹⁸¹, providência que consiste em avanço em tema de segurança jurídica, pois todos os membros da instituição devem agir de acordo com a norma.

4.5 Procedimento do ANPC

A validade do ANPC depende, dentre outros aspectos, do atendimento a diferentes normas de ordem procedimental. Trata-se de um dos pontos que, previamente ao advento da Lei n. 14.230/2021, mais carecia de regramento no âmbito legal.

Todavia, mesmo após a edição da referida lei alteradora da Lei n. 8.429/1992, muitas questões sobre o procedimento do ANPC são objeto de profundo debate. É o que se verá a partir de agora.

A reforma da LIA, por meio da Lei n. 14.230/2021, ao disciplinar o ANPC, trouxe também disposições de natureza procedimental, que padronizam a forma de aplicação do instituto, trazendo inegável segurança jurídica em matéria de devido processo legal, seja em matéria de processo administrativo – incluindo o inquérito civil –, seja na fase de processo judicial.

No caso da pessoa jurídica interessada, a apuração do ato de improbidade ocorrerá observando-se a legislação que regula o processo administrativo disciplinar aplicável ao agente.¹⁸²

¹⁸⁰ Gajardoni (2022). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/códigos/100959444/v5/page/RL-1.9>. Acesso em: 22 jan. 2023.

¹⁸¹ Art. 10, IV, da Resolução GPGJ/MPRJ n. 2.469/2022.

¹⁸² Observe como dispõe a Lei n. 8.429/1992 sobre o tema: “Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.

§ 1.º A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterà a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

§ 2.º A autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas no § 1.º deste artigo. A rejeição não impede a representação ao Ministério Público, nos termos do art. 22 desta lei.

§ 3.º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos, observada a legislação que regula o processo administrativo disciplinar aplicável ao agente.

Por outro lado, o Ministério Público, como colegitimado tanto para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa, como para a celebração do ANPC, investiga eventual prática de ato de improbidade administrativa por meio do inquérito civil público.¹⁸³

É que o texto constitucional estabelece que na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis que incumbe ao Ministério Público¹⁸⁴, destaca-se sua função institucional de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos.¹⁸⁵

Assim, o inquérito civil, que tem natureza unilateral e facultativa, é instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público, como é o caso do patrimônio público e social tutelados pela LIA.¹⁸⁶

No curso ou na fase de conclusão do procedimento investigatório próprio – inquérito civil para o Ministério Público e processo administrativo para o ente interessado –, havendo elementos que apontem para a existência material da prática de ato de improbidade administrativa, com indícios suficientes de autoria, o agente público poderá oferecer ao investigado proposta de celebração de ANPC. O mesmo pode ocorrer no curso de processo judicial, em ação de improbidade administrativa.

O ANPC pode ser celebrado pelos legitimados com o investigado ou demandado pela prática de ato de improbidade administrativa antes ou após o ajuizamento da ação de improbidade administrativa¹⁸⁷, ou seja, tanto na fase pré-processual de apuração do ilícito,

Art. 15. 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.

Parágrafo único. O Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo”.

¹⁸³¹⁸³ Vide artigos 6.º, inciso VII, e 7.º, inciso I, da Lei Complementar n. 75/93; artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I,

da Lei n. 8.625/93 e art. 8.º, § 1.º Lei n. 7.347/85.

¹⁸⁴¹⁸⁴ Art. 127, *caput*, da Constituição da República.

¹⁸⁵¹⁸⁵ Art. 129, III, da Constituição da República.

¹⁸⁶¹⁸⁶ Vide art. 1.º, *caput*, da Resolução CNMP n. 23/2007.

¹⁸⁷ Vide art. 17-B, da Lei n. 8.429/92: “§ 1.º A celebração do acordo a que se refere o *caput* deste artigo dependerá, cumulativamente: I - da oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação; II - de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação; III - de homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa.

como no curso da ação de improbidade, inclusive em fase de recurso e, ainda, no momento da execução da sentença condenatória.¹⁸⁸

Quando a ação de improbidade administrativa já tiver sido ajuizada, o demandante – Ministério Público ou pessoa jurídica interessada – e o demandado, havendo a possibilidade de solução consensual, poderão requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a noventa dias, para fins de tentativa de celebração de ANPC.¹⁸⁹

Walber Agra (2022, p. 312) considera que o exaurimento de tal prazo de noventa dias previsto não prejudica a realização de eventual ANPC, dado que a própria LIA expressamente prevê que o acordo em questão pode ser celebrado no curso da investigação, no curso da ação de improbidade ou mesmo quando da execução da sentença condenatória.

Esta previsão legal do art. 17-B, § 4.º, da LIA é vista pela doutrina como uma evidência do “[...] intento legislativo de incentivar a consensualização e evitar o prolongamento de litígios, sempre desinteressante para todos” (CARVALHO FILHO, 2022, p. 959).

Especificamente em relação à celebração de ANPC quando o processo judicial já tiver resultado na formação de título executivo judicial, José Carlos Fernandes Junior (2022) faz as seguintes considerações:

a) é vedada qualquer convenção envolvendo as sanções de natureza pessoal, aplicadas ao(s) condenado(s), quais sejam, de suspensão temporária dos direitos políticos, de perda da função pública e de proibição temporária de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, que devem ser executadas e cumpridas como definido pelo Poder Judiciário; b) seu objeto restringir-se-á a questões de natureza patrimonial e, mesmo assim, desde que preservados, em favor do ente lesado, no mínimo, os valores, corrigidos monetariamente, correspondentes ao dano sofrido pelo erário e a vantagem auferida indevidamente, além de entraves, esses comprovados, à efetividade do título executivo judicial, decorrentes da incapacidade financeira do condenado, que justifiquem a composição em valores inferiores aos fixados pelo Poder Judiciário.¹⁹⁰

¹⁸⁸ Art. 17-B, § 4.º, da Lei n. 8.429/92.

¹⁸⁹ Art. 17, § 10-A, da Lei n. 8.429/1992.

¹⁹⁰ Fernandes Junior (2022). Disponível em: <https://www.conamp.org.br/publicacoes/artigos-juridicos/8880-os-limites-da-celebracao-do-anpc-apos-o-transito-em-julgado-da-sentenca-condenatoria.html>. Acesso em: 22 jan. 2023.

Explica o referido autor que as sanções de natureza pessoal, para serem efetivadas, necessitam apenas da formalização das comunicações necessárias e da publicização dos decretos condenatórios, de maneira que não carece de nova previsão em um eventual ANPC a ser celebrado a essa altura.

De outra parte, percebe-se que, para serem efetivadas as sanções de multa civil, de ressarcimento ao erário e de reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, são necessários atos voltados ao patrimônio do executado, com a satisfação de obrigações de natureza pecuniária, algo que pode se mostrar dificultoso a depender das capacidades financeiras do condenado, fato que justifica a solução consensual.

A nova redação da Lei de Improbidade Administrativa trouxe a previsão da necessidade de oitiva do Tribunal de Contas competente para fins de apuração do valor de dano ao erário a ser ressarcido, devendo a Corte de Contas se manifestar, com a indicação dos parâmetros utilizados, dentro do prazo de noventa dias.¹⁹¹ A questão foi disciplinada também no mesmo sentido no âmbito do MPRJ.¹⁹²

A doutrina aponta o acerto da inclusão da participação do citado órgão de controle externo¹⁹³ na celebração do ANPC, explicando a possível racionalidade desse dispositivo pelos seguintes argumentos:

A razão de ser do envolvimento do Tribunal de Contas parece ser a de evitar o desprezo do órgão de contas aos termos do acordo, tal como aconteceu em relação aos acordos de leniência, como também para que não haja duplicidade ou continuidade de processos de tomada de contas especial (que visam ao ressarcimento ao erário), mesmo após a sua celebração. (FERRAZ, 2022, p. 185)

No entanto, o autor defende que o Tribunal de Contas não figura como participante da negociação do ANPC – papel este reservado ao *Parquet* –, mas simplesmente como árbitro do *quantum debeatur* (FERRAZ, 2022, p. 186).

Diante da nova previsão normativa, o Conselho Nacional de Presidentes dos Tribunais de Contas – CNPTC –; a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil –

¹⁹¹ Art. 17-B, § 3.º, da Lei n. 8.429/1992.

¹⁹² Art. 12, II, da Resolução GPGJ/MPRJ n. 2.469/2022.

¹⁹³ O ordenamento jurídico indica que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes federativos e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Poder Legislativo, mediante controle externo, com auxílio dos Tribunais de Contas, e pelo sistema de controle interno de cada Poder (arts. 70 e 71, da Constituição da República de 1988).

Atricon –; o Instituto Rui Barbosa – IRB; e a Associação Brasileira dos Tribunais de Contas dos Municípios – Abracom – editaram Resolução¹⁹⁴ sobre o tema.

Tal resolução aprovou diretrizes relacionadas aos procedimentos da apuração do valor de ressarcimento de dano ao erário quando solicitada a oitiva do Tribunal de Contas pelo Ministério Público, no âmbito de processos judiciais e administrativos que tratem da apuração de ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 17-B, § 3.º, da Lei de Improbidade Administrativa.¹⁹⁵

Todavia, no âmbito de decisão proferida na ADI 7236, foi deferida medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal com o fim de suspender a eficácia do art. 17-B, § 3.º, da Lei n. 8.429/1992, incluído pela Lei n. 14.230/2021. Segundo o Ministro Relator, tal comando legal importava em indevida interferência na autonomia do *Parquet*. Consoante manifestado em sua decisão,

[...] ao assim dispor, a norma aparenta condicionar o exercício da atividade-fim do Ministério Público à atuação da Corte de Contas, transmudando-a em uma espécie de ato complexo apto a interferir indevidamente na autonomia funcional constitucionalmente assegurada ao órgão ministerial. Eventual desrespeito à plena autonomia do Ministério Público, em análise sumária, consiste em inconstitucionalidade perante a independência funcional consagrada nos artigos 127 e 128 da Constituição Federal. Além de inúmeras incertezas que circundam a aplicação da regra (v.g. vinculatividade do cálculo realizado e procedimentos para sua oitiva), portanto, a própria fixação de prazo para a manifestação, mediante lei ordinária de autoria parlamentar, afeta o gozo das prerrogativas de autonomia e de autogoverno das Cortes de Contas, o que, na linha do que previsto pelo texto constitucional e reconhecido pela reiterada jurisprudência desta SUPREMA CORTE, ‘inclui, essencialmente, a iniciativa reservada para instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e seu funcionamento, como resulta da interpretação lógico-sistemática dos artigos 73, 75 e 96, II, d, da Constituição Federal’.¹⁹⁶

4.6 Controle do ANPC

Como se sabe, o bem jurídico tutelado pela LIA é a probidade administrativa, a cujo respeito implica diretamente o nível de corrupção no país. Neste sentido, ressaltando a importância dessa Lei, é previsto que o sistema de responsabilização por atos de improbidade

¹⁹⁴ Vide Resolução Conjunta CNPTC/Atricon/IRB/Abracom n. 01/2022 (BRASIL, 2022).

¹⁹⁵ Art. 1.º, Resolução Conjunta CNPTC/Atricon/IRB/Abracom n. 01/2022. (BRASIL, 2022).

¹⁹⁶ STF, ADI 7236, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 27/12/2022.

administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social.¹⁹⁷

Proporcionalmente à importância manifesta do bem jurídico tutelado pela LIA, foram fixadas sanções gravosas aos infratores, inclusive no que toca aos direitos políticos, que são direitos fundamentais que caracterizam o regime democrático, destacando a participação popular na formação da vontade do Estado, sobretudo por meio do voto – direito de votar e de ser votado.¹⁹⁸

Diante da gravidade das sanções previstas na LIA, o legislador estabeleceu duas formas de controle sobre o membro do Ministério Público que celebra o ANPC: (i) controle interno, que será abordado neste item; e (ii) controle externo, por meio do Poder Judiciário, que será objeto de análise no próximo item.

Particularmente em relação ao ANPC celebrado anteriormente ao ajuizamento de ação de improbidade administrativa, a LIA estabelece a exigência de aprovação do acordo pelo órgão do *Parquet* competente para a apreciação das promoções de arquivamento de inquéritos civis.¹⁹⁹

No âmbito dos Ministérios Públicos dos estados, tal órgão é o Conselho Superior do Ministério Público.²⁰⁰ Por sua vez, em relação ao Ministério Público Federal, os órgãos competentes são as Câmaras de Coordenação e Revisão.²⁰¹

José dos Santos Carvalho Filho (2022) aponta uma possível inconstitucionalidade formal nessa previsão, por conta do disposto no art. 128, § 5.º, CRFB/1988, que estabelece a iniciativa privativa dos Procuradores-Gerais do Ministério Público da União e dos Estados para projetos de lei que tratem da organização da instituição por eles comandada (CARVALHO FILHO, 2022, p. 959).

Finalmente, merece destaque que o controle interno abordado no presente item somente ocorrerá quando o ANPC for proposto antes do ajuizamento da ação de improbidade.

¹⁹⁷ Art. 1.º, *caput*, da Lei n. 8.429/1992.

¹⁹⁸ Sobre o tema, observe que a Constituição da República de 1988 dispõe da seguinte forma: “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos [...]; § 3.º São condições de elegibilidade, na forma da lei: II - o pleno exercício dos direitos políticos. [...] Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4.º”.

¹⁹⁹ Art. 17-B, § 1.º, II, da Lei n. 8.429/1992.

²⁰⁰ Art. 30, Lei n. 8.625/1993.

²⁰¹ Art. 171, IV, da Lei Complementar n. 75/1993.

Proposta a celebração de ANPC pelo membro do Ministério Público, seja na fase pré-processual – durante as investigações e, portanto, com a necessária homologação da proposta pelo órgão de controle interno –; seja na fase processual – no curso da ação de improbidade, inclusive na fase recursal e de cumprimento de sentença –, o ANPC deve ser submetido à homologação judicial.²⁰²

Sobre a matéria, a normativa interna do MPRJ traz sua disciplina de forma detalhada, com destaque para: (i) previsão de cláusula com a imediata execução das sanções pactuadas e a extinção do processo com resolução do mérito²⁰³; (ii) extração de peças necessárias e comunicação à Justiça Eleitoral para fins de inscrição no Sistema de Informações de Óbitos e Direitos Políticos – Infodip –, no caso de pactuação de suspensão de direitos políticos²⁰⁴; e (iii) definição do membro do Ministério Público com atribuição para oferecer ANPC após a sentença e acompanhar o seu cumprimento.²⁰⁵

Ainda diante da disciplina lacônica do ANPC conferida anteriormente pela Lei n. 13.964/2019, o jurista Emerson Garcia (2021) já defendia a necessidade de homologação judicial do ANPC com base em argumentos como: (i) à luz da legitimidade disjuntiva e concorrente do Ministério Público e da pessoa jurídica lesada, a homologação judicial evitaria que um dos legitimados deixasse de conhecer o ANPC proposto pelo outro, ou deixasse de sobre ele se manifestar; (ii) a Lei n. 8.429/1992 contém a previsão de sanções como a de perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos, que somente “[...] se efetivam

²⁰² Art. 17-B, § 1.º, III, da Lei n. 8.429/1992.

²⁰³ Vide art. 6.º, da Resolução GPGJ/MPRJ n. 2.469/2022, que dispõe: “O acordo de não persecução cível será submetido à homologação judicial, sendo exigida a prévia aprovação do Conselho Superior do Ministério Público em se tratando de ajuste extrajudicial. § 1.º - No bojo do acordo deverão ser celebradas as convenções que se fizerem necessárias, com realce para a imediata execução das sanções pactuadas e a extinção do processo com resolução do mérito, em se tratando de acordo celebrado no plano judicial, observadas as peculiaridades de eventual acordo de colaboração”.

²⁰⁴ Vide art. 6.º, da Resolução GPGJ/MPRJ n. 2.469/2022, que dispõe: “§ 2.º - Na hipótese de ser convencionada a suspensão de direitos políticos, nos 10 (dez) dias subsequentes à homologação do acordo, o órgão de execução extrairá as peças necessárias e comunicará à Justiça Eleitoral para fins de inscrição no Sistema de Informações de Óbitos e Direitos Políticos – Infodip –, nos termos do inciso II, do art. 1.º e inciso II do art. 6.º, da Resolução Conjunta n. 6, de 21 de maio de 2020, do Conselho Nacional de Justiça e do Tribunal Superior Eleitoral. § 3.º - Dar-se-á ciência ao Procurador-Geral de Justiça e ao Conselho Superior do Ministério Público, no prazo de 10 (dez) dias, da decisão que homologar, ou não, o acordo”.

²⁰⁵ Vide arts. 7.º, 8.º e 9.º, da Resolução GPGJ/MPRJ n. 2.469/2022, que dispõem: “Art. 7.º. O Acordo de Não Persecução Cível poderá ser celebrado posteriormente à sentença, presentes os requisitos estabelecidos nesta Resolução. Parágrafo único - A atribuição para a apreciação de proposta de Acordo de Não Persecução Cível, em processos com recursos interpostos para o Tribunal de Justiça, será do Procurador de Justiça com atribuição, e, caso haja recurso interposto para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, do Procurador-Geral de Justiça. Art. 8.º. O Ministério Público cientificará o Relator do caso a respeito da negociação voltada à celebração do acordo, oportunidade em que será postulado que o processo não seja pautado para julgamento. Art. 9.º. Caberá ao órgão de execução de primeira instância promover o acompanhamento do cumprimento do acordo de não persecução cível, homologado em instância superior”.

com o trânsito em julgado da sentença condenatória”²⁰⁶; (iii) é característica marcante do direito sancionador brasileiro, constatada em diversos de seus institutos jurídicos, que os acordos sobre sanções sejam homologados pela própria autoridade que detém competência para aplicá-las, havendo previsão expressa das eventuais exceções; (iv) a mesma lei que instituiu o ANPC também previu o ANPP, havendo para este último a previsão legal de homologação judicial; e (v) a homologação judicial privilegia a segurança jurídica, especialmente no já referido contexto de legitimidade concorrente e disjuntiva para a celebração do ANPC (GARCIA, 2021, p. 89-92).

Compreendem Pozzo *et al.* (2022) que a homologação judicial confere segurança e efetividade às disposições constantes do ANPC e dispensa uma apreciação valorativa por parte do juízo. Nesse cenário, enxergam “[...] uma intersecção clara entre a utilização dos Acordos de Não Persecução Cível como um instrumento alternativo de solução de conflito e o princípio da eficiência administrativa” (POZZO *et al.*, 2022)²⁰⁷ Já defendiam essa posição Cambi *et al.* (2020) quando ainda vigente o regime do ANPC da Lei Anticrime:

Outra interessante discussão remete ao controle judicial sobre a sanção estipulada. Por se tratar de ato discricionário, em regra, não cabe ao juiz intervir na proposição do acordo, tampouco substituir seu conteúdo. Seu papel restringe-se ao exame das formalidades legais e dos requisitos jurídicos pertinentes. Havendo discordância do Estado-Juiz em relação à estrita legalidade dos termos do acordo, caberá ao magistrado devolvê-lo para adequação, sob pena de interferir na esfera de liberdade e autonomia da vontade das partes. Afinal, são as partes que estão autovinculadas às convenções pelo livre acordo de vontades. Já os juizes estão adstritos ao ordenamento jurídico (heterovinculação), submetendo-se às normas jurídicas – sejam legisladas ou pactuadas (contratos e convenções). Insere-se aí a ideia já debatida antes de contratualização e de expansão da consensualidade ou convencionalidade, em busca de resultados concertados entre os diversos sujeitos processuais, que desloca a prevalência das partes na solução do conflito, remanescendo ao juiz tão somente um controle de legalidade. Portanto, os magistrados não podem controlar a conveniência nem deixar de observar rigorosamente os negócios jurídicos válidos. (CAMBI *et al.*, 2020, p. 87)

²⁰⁶²⁰⁶ Vide art. 20, *caput*, da Lei n. 8.429/1992.

²⁰⁷ Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/292958991/v1/page/RB-34.4>. Acesso em: 22 nov. 2022.

Fernando da Fonseca Gajardoni (2022)²⁰⁸, por seu turno, descreve essa homologação judicial como “[...] condição de eficácia do negócio jurídico”, de modo semelhante ao penal.²⁰⁹ Assim sendo, o ANPC sem homologação judicial sequer teria força de título executivo extrajudicial, que o atribuem a Lei da Ação Civil Pública²¹⁰ e o Código de Processo Civil.²¹¹

É dito por Gajardoni (2022) que a homologação judicial do ANPC pode ocorrer sob duas formas distintas:

Em uma primeira, ele aferiria, exclusivamente, a regularidade formal da avença, isto é, se o negócio jurídico preenche os requisitos do art. 104 do CC e 17-B, *caput* e § 1.º: capacidade do agente, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei, se foi celebrado pelos legitimados (MP e investigado/acusado), se houve previsão da reparação do dano e reversão da vantagem indevida, e se houve homologação pelo órgão superior do MP nos casos de acordos pré-processuais. Em uma segunda perspectiva, para além dos requisitos formais retrorreferidos, o juiz controlaria o próprio conteúdo da convenção, observando as diretrizes estabelecidas no art. 17-B, § 2.º, para homologar ou não o acordo: a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso através da avença.²¹²

O autor defende a segunda forma de homologação, a qual se destinaria a “[...] aumentar os filtros de controle a bem de uma compreensão uniforme, com participação da pessoa jurídica lesada e do Estado-Juiz, sobre o atendimento do interesse público na celebração do acordo”. Esta Dissertação não adere a tal posicionamento.

Como desenvolvido anteriormente na seção sobre consensualidade, um modelo extremado de controle judicial – como este que permitiria o juiz apreciar inclusive as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso por meio do acordo) – acarreta

²⁰⁸ Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/códigos/100959444/v5/page/RL-1.9>. Acesso em: 22 jan. 2023.

²⁰⁹ Art. 28-A, §§ 4.º e 8.º, do Código de Processo Penal.

²¹⁰ Dispõe a Lei n. 7.347/1985: “Art. 5.º, § 6.º - Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

²¹¹ Por sua vez, o CPC estabelece que: “Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: [...] IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal.”

²¹² Gajardoni (2022). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/códigos/100959444/v5/page/RL-1.9>. Acesso em: 22 nov. 2022.

uma série de efeitos negativos sobre os acordos administrativos e frustra o propósito perseguido por essa via consensual, notadamente nos aspectos da resolutividade e efetividade.

Compete ao Judiciário analisar questões como a observância do devido processo legal no processo de negociação, a juridicidade dos dispositivos pactuados e o atendimento às formalidades prescritas em lei.

Entretanto, a valoração do interesse público que ocorre na decisão entre a via imperativa e a via consensual compete à Administração Pública, *in casu*, ao Ministério Público ou à pessoa jurídica vitimada pelo ato ímprobo. É, portanto, uma questão de mérito administrativo que deve ser respeitada pelo Judiciário, sob pena de violação aos princípios da separação de poderes, da eficiência e da segurança jurídica.

Não obstante, no Superior Tribunal de Justiça já foi acolhido entendimento em prol de um controle judicial forte do conteúdo dos ANPCs, como está a seguir:

Esta última linha reflexiva foi a encampada pelo STJ no último dia 9.3.2022, ao julgar os Embargos de Divergência em Agravo no REsp n. 102.585/RS, de relatoria do ministro Gurgel de Faria. Na oportunidade, a Corte homologou acordo firmado pelo MP-RS e uma pessoa jurídica prestadora de serviços de coleta de resíduos sólidos no município de Pelotas, que, entre outras sanções, havia sido proibida de contratar com o Poder Público pelo prazo de cinco anos. Pelo ajuste, a empresa assumiu o compromisso de pagar, em substituição à condenação de proibição de contratar com o Poder Público, uma multa civil de R\$ 2,5 milhões. No bojo do acórdão, especialmente do voto-vogal do ministro Herman Benjamin, veio à tona a questão do papel do Poder Judiciário frente aos acordos celebrados no curso das Ações de Improbidade. Concluiu-se, na oportunidade, que a melhor interpretação é a que submete ao controle judicial não apenas os requisitos formais, mas também o próprio conteúdo do acordo, a fim de verificar ‘se a avença atende as expectativas da coletividade à luz de particularidades subjetivas e objetivas da causa, bem como do princípio constitucional da razoável duração do processo, inclusive na fase satisfativa (artigos 5.º, LXXVIII, da CF e 4.º do CPC)’. Para o vogal, a própria inteligência do artigo 17-B, § 2.º, da LIA aponta ‘[...] no sentido de que o acordo (sic: o seu conteúdo) deverá considerar ‘a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso’.²¹³

4.7 Efeitos da celebração do ANPC para o colegitimado

²¹³ Gomes Junior; Lima & Favreto (2022). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-25/opinioao-stj-limites-controle-judicial-anpc>. Acesso em: 23 jan. 2023.

Quando o Ministério Público optar por propor ao investigado a celebração do ANPC, a LIA estabelece que haverá necessidade de oitiva do ente federativo lesado pelo ato de improbidade²¹⁴, o que é bastante razoável, inclusive para fins de eventuais esclarecimentos sobre a extensão dos danos sofridos, fato que pode alterar a natureza e o montante das obrigações a serem pactuadas com o investigado.

No âmbito do *Parquet* fluminense, existe regulamentação da matéria dispondo que o membro do Ministério Público deverá cientificar o ente lesado para que se manifeste sobre a celebração do ANPC, principalmente a respeito do montante dos danos a serem reparados, não se exigindo, contudo, a aquiescência como requisito de validade ou eficácia do ajuste.²¹⁵

A compulsoriedade da concordância com o acordo do ente federativo ou entidade da Administração Indireta interessada cientificada não guardava lógica com a legitimidade exclusiva conferida ao *Parquet* pela Lei n. 14.230/2021 para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa e para celebração de ANPC, diante da independência funcional dos membros do Ministério Público.²¹⁶

Nesse sentido, Martins Júnior (2022) lembra que o requisito previsto no art. 17-B, § 1.º, I, da LIA passou a ter maior relevância a partir do advento da decisão do STF nas ADIs 7042 e 7043, que restabeleceu a legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas, tanto para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa, quanto para a celebração do ANPC.

Em outras palavras: agora que há dois legitimados para tomar do infrator o compromisso pelo ANPC, como deve ocorrer a relação entre eles? Certamente, o ideal seria uma atuação conjunta e articulada. No entanto, neste item, serão abordados aspectos jurídicos e dificuldades práticas desta legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para propositura e celebração do ANPC.

A relevância da previsão de oitiva do ente público interessado²¹⁷ explica-se pelo fato de que, havendo os dois citados legitimados, a oitiva da pessoa jurídica interessada confere maior segurança jurídica na pactuação do acordo, evitando questionamentos judiciais. A mesma lógica, inclusive, deve se aplicar quando o proponente do ANPC for o ente público lesado.

²¹⁴ Art. 17-B, § 1.º, I, da Lei n. 8.429/1992.

²¹⁵ Art. 12, I, da Resolução GPGJ/MPRJ n. 2.469/2022.

²¹⁶ Art. 127, § 1.º, da Constituição da República de 1988.

²¹⁷ Art. 17-B, § 1.º, I, da Lei n. 8.429/1992.

Como explicam Cambi *et al.* (2020) ainda quando vigente o modelo de ANPC trazido pela Lei Anticrime de 2019:

De qualquer forma, é recomendável que o agente do Ministério Público, antes da homologação do acordo de não persecução cível (art. 17, § 1.º, da Lei n. 8.429/92) pelo Conselho Superior, intime a pessoa jurídica de direito público lesada, por ser colegitimada para tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta (art. 5.º, § 6.º, da Lei n. 7.347/85) e para a propositura da ação civil pública por improbidade administrativa (art. 17, caput, da Lei n. 8.429/92). Embora se trate de uma legitimidade concorrente e disjuntiva, o que não exige a anuência, autorização ou participação do outro colegitimado, a manifestação da advocacia pública inibe acordos incompletos e que possam ser, eventualmente, questionados e até anulados perante o Poder Judiciário. Com isso, também se confere maior segurança jurídica no cumprimento desses acordos. (CAMBI *et al.*, 2020, p. 86)

Pelo trecho acima transcrito, verifica-se que a doutrina já apontava a conveniência de interlocução entre MP e a pessoa jurídica interessada a fim de conferir maior segurança jurídica ao acordo.

Também sensível a essa problemática, Emerson Garcia (2021), à luz do regime do ANPC da Lei Anticrime, já apontava, como referido *supra*, as variadas razões que conduzem à necessidade de homologação judicial desse acordo. Uma delas, que merece ser destacada, diz respeito à legitimidade concorrente e disjuntiva entre o *Parquet* e o ente público interessado, situação que demanda o pronunciamento judicial com vistas à preservação da segurança jurídica sobre o ajustado:

A terceira ordem de argumentos está situada no plano pragmático. O fato de o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada terem legitimidade disjuntiva e concorrente para o ajuizamento da ação civil por ato de improbidade, por si só, já é indicativo de que admitir a celebração de acordos extrajudiciais, sem a posterior homologação judicial, pode dar azo a divergências de entendimento e a uma elevada insegurança jurídica. Basta pensarmos na existência de conclusões diversas a respeito das sanções que se compatibilizam com o referencial de proporcionalidade ou mesmo em relação à própria existência ou tipificação do ilícito praticado. Divergências dessa natureza, quando contextualizadas no âmbito do compromisso de ajustamento de conduta, exigiriam a deflagração de uma demanda para a anulação do ajuste, possibilitando, ato contínuo, a imposição de medida diversa por determinação judicial. Caso o mesmo *iter* seja seguido aqui, ter-se-á o risco de perecimento do direito de sancionar, já que a prescrição pode se aperfeiçoar antes que a anulação seja obtida. Não é preciso lembrar que o cúmulo de demandas, a de anulação do acordo e a de condenação nas

sanções, na mesma relação processual, dará azo a muitas discussões, já que uma demanda é pressuposto da outra, o que dificulta sobremaneira a tramitação simultânea. Concluindo-se que a tramitação simultânea não é possível, entendimento que se mostra bem razoável, a prescrição tende a ser inevitável. (GARCIA, 2021, p. 92)

Dentro dessa perspectiva, o melhor tratamento a respeito da eficácia perante o colegitimado do ANPC homologado judicialmente deve ser aquele conferido à celebração de TAC, qual seja, o de que a existência do acordo retira o interesse de agir para eventual ação coletiva de mesmo objeto a ser proposta por qualquer dos colegitimados. Sobre esse tratamento dado ao TAC, explica a doutrina:

Como visto, acaso celebrado o TAC, como regra, haverá seu cumprimento ‘voluntário’ ou sua execução judicial. É o cenário que abarca um termo de ajustamento de conduta *apto*, faltando interesse processual, inclusive, para eventual ação coletiva quanto ao mesmo objeto, movida pelo próprio legitimado tomador do compromisso ou pelos demais. (PINHO; PORTO, 2021, p. 218, grifo no original)

Mas, para a aplicação dessa tese, deve-se considerar imprescindível a oitiva do colegitimado previamente à homologação judicial do ANPC.

Em relação ao ANPC formulado pelo Ministério Público, a obrigação de oitiva do ente público interessado decorre da própria LIA.²¹⁸

Já em referência ao ANPC proposto pela pessoa jurídica lesada, deve-se reconhecer a mesma obrigação de oitiva prévia, dessa vez por parte do *Parquet*. Tal raciocínio deve ser aplicado por analogia ao preconizado no art. 17-B, § 1.º, I, da LIA, trazendo a necessidade de se ouvir o Ministério Público antes da celebração do ANPC proposto pela pessoa jurídica colegitimada ao sujeito responsabilizado pelo ato de improbidade administrativa.

A supressão da lacuna legislativa justifica-se pela adoção da mesma sistemática entre Ministério Público e pessoa jurídica interessada, mormente pelo fato de que a omissão legislativa se deu em razão da supressão da legitimidade da pessoa jurídica para celebrar ANPC, que restou restabelecida por decisão do STF.

Ademais, no bojo do processo judicial em que se pleiteia a homologação, a obrigação de oitiva prévia do *Parquet* também pode ser extraída do Código de Processo Civil²¹⁹, que

²¹⁸ Art. 17-B, § 1.º, I, da Lei n. 8.429/1992.

²¹⁹ Art. 178, I, do Código de Processo Civil c/c art. 17, § 4.º, da Lei n. 8.429/1992 c/c art. 127, *caput*, Constituição da República de 1988.

prevê a necessidade de intimação do Ministério Público para intervenção como *custos iuris* nas causas que versem sobre interesse público ou social.

Nessa situação, antes do pronunciamento judicial acerca da matéria, deve-se intimar o órgão ministerial para oferecimento de parecer a respeito da homologação do ANPC proposto pelo ente público lesado, inclusive podendo apresentar nova proposta.

Caso o membro do Ministério Público não concorde com o ANPC e ainda assim o acordo seja homologado, poderá o *Parquet* apelar da sentença homologatória.²²⁰

Nessa mesma linha, a doutrina explica que o consenso entre os atuais colegitimados para celebração do acordo não é exigido, e aquele que não concordar com os termos do ANPC pode buscar no Judiciário a solução do impasse.

Não havendo consenso entre os colegitimados, o acordo será válido e eficaz; adota-se, nesse caso, a mesma orientação do processo coletivo, em que, aquele que não concorda com o acordo ou com as cláusulas pactuadas, poderá questioná-lo em juízo. Quando o acordo vier a ser celebrado pela pessoa jurídica de direito público lesada, também se faz necessária a intervenção do Ministério Público, inclusive porque a instituição tem legitimidade para executar o compromisso de ajustamento de conduta firmado por outro órgão público, no caso de sua omissão frente ao descumprimento das obrigações assumidas (art. 12 da Resolução 179/17 do CNMP). Ora, se a atuação do Ministério Público é obrigatória como fiscal da ordem jurídica, na ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada pela pessoa de direito público lesada (art. 17, § 4.º, da Lei n. 8.429/92), com maior razão, por força da própria Constituição da República (art. 127, *caput*, CF), tal atuação fiscalizadora deve ocorrer em todos os Acordos de Não Persecução Cível discutidos, pela pessoa de direito público lesada, na esfera extrajudicial, ainda mais quando eles precisam ser homologados judicialmente. (CAMBI *et al.*, 2020, p. 86-87)

Caso eventual vício do ANPC somente seja descoberto após o trânsito em julgado, destaca-se, ainda, a possibilidade de cabimento, em tese, de propositura de ação anulatória²²¹ caso restem configuradas as hipóteses legais.

Desta forma, percebe-se que a oportunidade da participação da pessoa jurídica interessada – quando o ANPC partir do Ministério Público – e a imprescindível participação do Ministério Público – quando a iniciativa do ANPC vier da pessoa jurídica interessada – fazem com que o colegitimado fique vinculado aos termos do acordo, limitado a seu objeto,

²²⁰ Vide art. 996, *caput*, do Código de Processo Civil.

²²¹ Art. 966, § 4.º, do Código de Processo Civil.

de maneira que deve ser respeitada a eficácia da coisa julgada da sentença homologatória em relação a tal objeto, com a ressalva de eventual futura ação anulatória.

Assim, haverá maior segurança jurídica para todos os envolvidos, principalmente para o investigado, fato que potencializa a utilização e a efetividade deste tipo de consensualidade do direito sancionador.

5 ANPC E SEUS NOVOS HORIZONTES

Em se tratando de obrigações de previsão necessária para o ANPC, a nova legislação exige que, do ANPC, advenham, ao menos, os seguintes resultados: (i) o integral ressarcimento do dano; e (ii) a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados.²²²

Além de indicar que as obrigações mínimas de natureza patrimonial acima citadas não consistem em um rol taxativo de medidas a serem cumpridas pelo investigado, pois no *caput*, do art. 17-B, da LIA, o legislador usou a expressão “ao menos”, verifica-se que, mais adiante, no parágrafo sexto do mesmo artigo, foi prevista expressamente a possibilidade de o acordo contemplar outro compromisso. Trata-se da adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas.²²³

Portanto, além das obrigações patrimoniais necessárias, o legislador abriu a possibilidade de serem negociados no ANPC mais dois blocos de medidas: (i) o primeiro está ligado à ideia de controle interno, *compliance*, integridade, governança, ESG²²⁴ e *accountability*; e (ii) o segundo consiste, de forma genérica, em “[...] outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas”.

5.1 ANPC e fomento de mecanismos de *compliance*, governança, integridade, *accountability* e ESG

A LIA estabeleceu expressamente a possibilidade de o ANPC contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia

²²² O art. 17-B, da Lei n. 8.429/1992 dispõe em seu *caput*: “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: I - o integral ressarcimento do dano; II - a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados”.

²²³ Vide art. 17-B, § 6.º, da Lei n. 8.429/1992: “O acordo a que se refere o *caput* deste artigo poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas”.

²²⁴ ESG é uma sigla em inglês que significa *Environmental, Social and Governance*, ou seja, relaciona-se à preocupação sobre a governança ambiental, social e corporativa de uma organização, seja do setor privado, seja da administração pública.

de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.²²⁵

O termo *compliance* tem o significado de “[...] agir de acordo com uma regra, um pedido ou um comando” e se refere ao “[...] empenho de autores e gestores em impedir a corrupção e promover atitudes éticas nas organizações” (SANTOS; GUEVARA; AMORIM, 2013, p. 54). Assim, resta evidente, nessa linha, como o fomento do *compliance*, por meio do ANPC, pode contribuir para a política pública de enfrentamento à corrupção.

E mais: a efetivação de medidas de *compliance*, por meio da implantação de sistemas de integridade e códigos de ética em entes, entidades e órgãos da administração pública e do setor privado, contribui sobremaneira na prevenção e na repressão a atos de corrupção.

Um bom sistema de *compliance* acarreta incremento e maior efetividade na *accountability* de uma organização, seja pública, seja privada. Como visto na segunda seção desta Dissertação, no âmbito da administração pública, *accountability* não está relacionada apenas ao princípio da publicidade de forma genérica, mas inclui processos formais de prestações de contas e processos políticos mais amplos, que envolvem desenhos institucionais e participação democrática na constituição de políticas públicas, com grande relevância em matéria de controle social.

No aspecto da gestão privada, a inclusão no ANPC de medidas que promovam a ideia de *accountability* possui inegável impacto na questão ética no âmbito corporativo. Não se ignora, contudo, a polissemia do conceito de *accountability* e os efeitos decorrentes dos contornos que lhe forem dados a partir daí, como se observa no trecho a seguir:

Derivado da literatura política, o termo quando empregado na dimensão corporativa pode ser compreendido como o exercício do controle da corporação por parte dos *stakeholders* (Valor, 2005). Especificamente na literatura contábil é possível associar a compreensão do tema a partir da classificação em dois modelos de *accountability*: delegação e participação (Grant & Keohane, 2005; Dillard & Vinnari, 2019). No modelo por delegação, aqueles que confiaram recursos a um detentor de poder têm o direito de responsabilizá-lo com base em critérios por eles definidos (Grant & Keohane, 2005). Essa noção se alinha à ideia de *accountability* empregada na literatura financeira e gerencial que tem como paradigma a abordagem de agência e na qual os sistemas de contabilidade são componentes do processo de responsabilização do agente pelo principal, seja na perspectiva externa, de conflito entre investidor e gestor (Brennan & Solomon, 2008), ou na

²²⁵ Art. 17-B, § 6.º, da Lei n. 8.429/1992.

perspectiva intraorganizacional, de conflito entre gestor e subordinado (Roberts & Scapens, 1985). Por outro lado, uma literatura crítica considera esta abordagem da *accountability* restrita, privilegiando a quantificação e seu enfoque exclusivamente econômico (Cooper & Owen, 2007; Messner, 2009; Belal, Cooper, & Khan, 2015; Dillard & Vinnari, 2019). Essa corrente compreende *accountability* a partir do modelo de participação, que parte da noção de que aqueles que são afetados pelas ações da organização têm o direito de responsabilizá-la a partir de seus critérios. Nessa corrente, mais alinhada à abordagem dos *stakeholders*, as pesquisas seguem duas vertentes: (1) contabilidade social e ambiental, preocupada com os impactos sociais e ambientais do sistema capitalista (Messner, 2009), na qual *accountability* está mais voltada para o controle do poder nas relações sociais (Dillard & Vinnari, 2019); e (2) contabilidade como prática social interna das organizações, na qual a discussão da *accountability* adentra a abordagem ética na medida em que a prática contábil reflete na constituição da vida organizacional (Roberts & Scapens, 1985). (SOUSA; SILVA JUNIOR, 2022, p. 7-8)

Como abordado no item 2.1.2 – ANPC e o ciclo de políticas públicas –, o tema sobre o controle da administração pública possui especial relevância em matéria de política pública anticorrupção.

Em se tratando de classificação do controle da administração pública, sob o aspecto da extensão do controle, a doutrina de direito administrativo divide-o em interno e externo. Controle externo é aquele exercido por órgão fiscalizador diverso do controlado, como aquele realizado pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas para responsabilização de agentes que tenham, por exemplo, causado dano ao erário em superfaturamento de contrato administrativo.²²⁶

Já o controle interno é aquele exercido por órgãos de um Poder sobre condutas administrativas produzidas dentro de sua própria esfera.²²⁷ A importância do regular exercício

²²⁶ Neste contexto, dispõe a Constituição da República de 1988: “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária. Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete [...]”

²²⁷ Neste contexto, dispõe a Constituição da República de 1988: “Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. § 1.º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento

da função de controle interno pelos agentes públicos com tal competência é tamanha que o próprio texto constitucional estabeleceu a responsabilidade solidária dos responsáveis pelo controle interno que, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela não derem ciência ao Tribunal de Contas, que exerce o controle externo.

O controle interno da pessoa jurídica é mais um fator a ser aprimorado com a pactuação no ANPC dessas obrigações de inclusão e/ou aperfeiçoamento de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

Dessa forma, haverá o estímulo à implementação de processos e mecanismos destinados à prevenção e punição de ilicitudes internamente à pessoa jurídica. Reconhecendo a complexidade da conceituação de controle interno, Vidal e Rocha-Pinto (2020) resgatam, entre outras, a definição dada pelo *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (Coso), explicando o controle interno como sendo o

[...] processo conduzido pela governança, pela administração e por profissionais da organização com o intuito de tentar possibilitar a realização de objetivos relacionados à eficácia e eficiência das operações, cuja divulgação pode englobar conceitos como confiabilidade, transparência, oportunidade e conformidade com leis e regulamentos aplicáveis. (VIDAL; ROCHA-PINTO, 2020, p. 4)

Os efeitos positivos incluem, ainda, a esfera da integridade, que é tema de preocupação da legislação pátria. Merece ser destacado que o Decreto regulamentador da Lei Anticorrupção apresenta o conceito de programa de integridade como aquele que consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com objetivo de: (i) prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e (ii) fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional.²²⁸

de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. § 2.º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

²²⁸ Art. 56, *caput*, do Decreto n. 11.129/2022, que regulamenta a Lei n. 12.846/2013.

Ademais, o decreto estabelece que o programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, que, por sua vez, deve garantir o constante aprimoramento e a adaptação do referido programa, buscando garantir sua efetividade.²²⁹

A propósito, a Lei Anticorrupção indica que a existência 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 no âmbito da pessoa jurídica representam fatores a serem considerados na aplicação de sanções.²³⁰

Outrossim, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos preocupou-se com a existência de um regime de integridade no seio das pessoas jurídicas licitantes e contratadas. Dessa forma, o citado diploma normativo previu: (i) a necessidade de implantação de programa de integridade pelo vencedor de grandes contratações²³¹; (ii) o desenvolvimento de programa de integridade como critério de desempate em julgamento de licitação²³²; (iii) a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade como um critério para aplicação de sanções pela Administração²³³; e (iv) a exigência de implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade como requisito para a reabilitação de licitante ou contratado que tenha praticado determinadas espécies de infrações.²³⁴

Neste contexto, merece destaque que a doutrina relaciona a aplicação de mecanismos e procedimentos de integridade à realização dos ideais de governança corporativa, como se pode observar no trecho abaixo:

A alusão ao termo governança corporativa guarda relação com a condução racional da entidade por meio de um sistema de gestão em que se exaltam os mecanismos de controle. A ênfase na prevenção e na repressão de condutas que possam traduzir riscos ao cumprimento dos objetivos sociais e à existência da entidade relacionam-se à governança corporativa. Daí o destaque atribuído a procedimentos e mecanismos de integridade como gestão de riscos, *accountability*, transparência, instâncias de auditoria, entre outros. (SILVA; COELHO, 2017, p. 179)

²²⁹ Art. 56, parágrafo único, do Decreto n. 11.129/2022, que regulamenta a Lei n. 12.846/2013.

²³⁰ Art. 7.º, VIII, Lei n. 12.846/2013.

²³¹ Art. 25, § 4.º, Lei n. 14.133/2021.

²³² Art. 60, IV, Lei n. 14.133/2021.

²³³ Art. 156, § 1.º, V, Lei n. 14.133/2021.

²³⁴ Art. 163, parágrafo único, Lei n. 14.133/2021.

Com efeito, a inclusão das obrigações descritas na primeira parte do art. 17-B, § 6.º, da Lei n. 8.429/1992, pode impactar de modo mais amplo o contexto organizacional de pessoas jurídicas privadas, servindo como um instrumento de transformação na área de governança.

Lauro Eduardo Soutello Alves (2001) descreve os conceitos de governança e sua interação com a ideia de cidadania empresarial:

Cidadania empresarial, entendida como um conjunto de princípios e sistemas de gestão destinados à criação ou preservação de valor para a sociedade, pode ser englobada no conceito mais amplo de governança – o qual inclui o conceito de governança corporativa, mas não se restringe a ele. Governança é um conceito frequentemente difuso, podendo ser aplicado tanto a métodos de gestão da empresa (governança corporativa) quanto a meios de preservação do meio ambiente (governança ambiental) ou formas de combate ao suborno e à corrupção de funcionários públicos (governança pública). Não obstante seu caráter difuso, o conceito de governança tem como ponto de partida a busca do aperfeiçoamento do comportamento das pessoas e das instituições. (ALVES, 2001, p. 81)

Nessa seara, como tema atualíssimo, vale citar a agenda de práticas conhecidas pela sigla ESG – *Environmental, Social and Corporate Governance* – ou, em português – Governança Ambiental, Social e Corporativa –, que, como ensina Nardone (2021), pode trazer benefícios concretos para as organizações aderentes a esse modelo que se preocupa com questões de ordem ambiental, social e de governança, como se extrai do fragmento a seguir:

Fato incontestável é que a adoção de práticas ESG se tornou um diferencial no mercado privado, com importantes mudanças no padrão de consumo, já que os consumidores querem conhecer a origem do produto, as condições de sua produção, a gestão de resíduos, de embalagens; nas opções de trabalho, pois os novos talentos buscam conhecer não apenas a remuneração oferecida, mas especialmente as políticas de RH das empresas; e quanto aos investidores, estes têm indicado que o alinhamento de práticas sustentáveis tornou-se um critério, uma nova tendência facilitadora da obtenção de recursos – a financiabilidade. [...] Enquanto no mundo corporativo estudos da McKinsey indicam que as organizações que investem na questão da diversidade têm retorno financeiro 35% maior que a média do mercado, pesquisa da *Forbes* indica que, além da diversidade, ações voltadas ao *compliance* e a melhores práticas internas e à transparência impactam positivamente na imagem e nos resultados das instituições que as adotam.²³⁵

²³⁵ Nardone (2021). Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/Artigo%20-%20Nardone%20-%20As%20pr%C3%A1ticas%20ESG.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2022.

Também nesse contexto, a doutrina especializada explica o papel de instrumentos de políticas públicas anticorrupção para a mudança de postura no setor privado em favor da adesão aos modelos de *compliance* e governança corporativa, como se percebe no texto colacionado abaixo:

No Brasil, o baixo cumprimento das leis e a fiscalização deficitária do governo encorajam as empresas às práticas antiéticas (Halter, Arruda, & Halter, 2009). A Operação Lava-Jato revelou um esquema envolvendo grandes empresas e a esfera política nacional, considerado pelo World Economic Forum como um dos maiores escândalos de corrupção no Brasil (Padula & Albuquerque, 2018). Para coibir tais comportamentos, o governo brasileiro promoveu esforços na aprovação da Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e do Decreto n. 8.420/2015, que sinalizaram a necessidade de *compliance* como legislação indutiva, a partir do marco normativo da Governança Corporativa (GC), com orientações sobre os mecanismos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, aplicação dos códigos de ética e de conduta pelas empresas (Lei n. 12.846/2013). A GC ganhou destaque para promover a transparência e regulação das práticas anticorrupção nas companhias abertas, sendo também um tema central da Responsabilidade Social Corporativa (RSC) (Aguilera, Rupp, Williams, & Ganapathi, 2007; Jamali, Safieddine, & Rabbath, 2008; Kaymak & Bektas, 2017). Os mecanismos de GC são fundamentais na detecção e no monitoramento da corrupção corporativa (Agyei-Mensah, 2017; Frías-Aceituno, Rodríguez-Domínguez, & García-Sánchez, 2014; Malagueño, Albrecht, Ainge, & Stephens, 2010; Na, Kang, & Kim, 2018; Owolabi, 2011; Wu, 2005), e o seu combate é um importante atributo da RSC (Branco & Delgado, 2012; Hills, Fiske, & Mahmud, 2009; Hoi & Lin, 2012). Desse modo, o combate à corrupção precisa ser suportado pelos mecanismos de GC por meio das práticas de RSC (Malagueño *et al.*, 2010). (KOPROWSKI *et al.*, 2021, p. 2)

Assim, verifica-se que a adoção de medidas de integridade, governança, *compliance*, *accountability*, ESG e demais providências assemelhadas potencializam o sistema de controle interno, sendo eficaz instrumento anticorrupção e, por isso, devem ser, quando possível, pactuadas como obrigações no ANPC.

5.2 Outras obrigações possíveis no ANPC

Verifica-se que o segundo bloco de obrigações possíveis no ANPC – as “[...] outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas” referidas no art. 17-B, § 6.º – foi fixado de forma aberta pelo legislador, como ocorre de praxe em matéria de direito sancionador extrapenal, pois não foram especificadas essas outras medidas. Observe

que o legislador não indicou eventuais outras sanções pessoais a serem aplicadas ao autor do fato, tais como aquelas previstas nos incisos do art. 12, da própria LIA, nem apontou obrigações de fazer ou não fazer a serem pactuadas com o investigado.

Diante dessa expressa autorização legislativa prevista no art. 17-B, *caput* e § 6.º, da Lei n. 8.429/1992, quais seriam essas outras medidas a serem inseridas no ANPC a título de obrigação ao autor do fato? Seria conveniente deixar completamente a cargo de cada membro do Ministério Público ou representante da pessoa jurídica interessada indicar, aleatoriamente, tais medidas? Não seria recomendável, em nome da segurança jurídica, isonomia, impessoalidade e previsibilidade, o estabelecimento de parâmetros mínimos ou até mesmo a definição dessas medidas? Caso positivo, quais seriam essas medidas, de onde elas seriam extraídas e por meio de qual método?

A busca de padronização dessas outras obrigações a serem negociadas entre Ministério Público ou pessoa jurídica interessada e investigado pode ser feita com a observação e a importação de medidas previstas em outros institutos de consensualidade do direito sancionador – penal, administrativo e cível –, por meio do diálogo das fontes e métodos de interpretação da hermenêutica clássica. Assim, certamente, fomentar-se-á a utilização do ANPC e atender-se-á aos direitos fundamentais de todos os envolvidos.

A lacuna normativa sobre a definição dessas outras medidas a serem pactuadas no ANPC ainda existente traz insegurança jurídica e ocasiona falta de padronização para o próprio poder público propor o acordo ante a ausência de parâmetros legais para definição das obrigações a serem negociadas.

Observe o exemplo hipotético de um Promotor de Justiça titular da Promotoria Alfa, que entende, com base em sua independência funcional, que, além do ressarcimento ao erário, um acordo em caso de superfaturamento em contrato administrativo deve obrigar o infrator ao pagamento de multa civil no valor de x% do valor do dano ao erário; por sua vez, o membro do Ministério Público titular da Promotoria Beta pode entender que bastaria o ressarcimento ao erário. Finalmente, um terceiro Promotor titular da Promotoria Gama, em tese, pode se negar a oferecer o ANPC ao investigado caso ele não coopere com as investigações ou não confesse o ato ilícito.

Esse exemplo revela que, em uma mesma situação fática, o Ministério Público poderia adotar soluções jurídicas diferentes, diante da lacuna legislativa, causando distorções indesejadas e, de certa forma, impactando os princípios da isonomia e da impessoalidade.

Assim, adotando-se a teoria do diálogo das fontes, a pluralidade de métodos da hermenêutica jurídica e a principiologia do direito público, será possível a importação, a partir de outros institutos do microsistema anticorrupção, de obrigações a serem inseridas no ANPC que melhor atendam ao interesse público.

Esses compromissos a serem pactuados compõem novo horizonte do ANPC, que será proposto na busca de sua maior aplicabilidade, seja como instrumento de consensualidade de colaboração, seja mediante a inclusão de outras medidas que incrementem efetividade a esta política pública anticorrupção em atos de improbidade administrativa.

5.3 ANPC e teoria do diálogo das fontes

O direito contemporâneo, com sua multiplicidade de realidades fáticas e fontes jurídicas, exige uma metodologia de aplicação adequada à realização de suas finalidades. Nesse contexto, surge a ideia do diálogo das fontes, que procura contribuir para a interpretação e aplicação das normas, levando em conta as diversas fontes legais que compõem o ordenamento jurídico.

Hironaka e Tartuce (2020) expõem a importância dessa teoria, aduzindo que

[...] uma das principais justificativas que pode surgir para a incidência refere-se à sua funcionalidade. É cediço que vivemos um momento de explosão de leis, um Big Bang legislativo, como simbolizou Ricardo Lorenzetti. O mundo pós-moderno e globalizado, complexo e abundante por natureza, convive com uma quantidade enorme de normas jurídicas, a deixar o aplicador do Direito até desorientado. Repense-se a convivência com a era da desordem, conforme expõe o mesmo Lorenzetti. O diálogo das fontes serve como leme nessa tempestade de hipercomplexidade. Desse modo, diante do pluralismo pós-moderno, com inúmeras fontes legais, surge a necessidade de coordenação entre as leis que fazem parte do mesmo ordenamento jurídico. A expressão é feliz justamente pela adequação à realidade social da pós-modernidade [...].²³⁶

O diálogo das fontes, como explica Sérgio Malta Prado (2013), é uma construção teórica concebida pelo jurista Erik Jayme e trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques,

²³⁶ Hironaka & Tartuce (2020). Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000185f5139699419f2f6a&docguid=I2685ef60428a11e58548010000000000&hitguid=I2685ef60428a11e58548010000000000&spos=15&epos=15&td=40&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 22 jan. 2023.

professora da UFRGS, com o fim de propor um novo paradigma de interpretação das normas jurídicas.

Claudia Lima Marques (2020) considera que, na atual realidade de convergência do campo de aplicação das leis, os tradicionais critérios de solução de antinomias – hierarquia, anterioridade e especialidade – revelam-se insuficientes para resolver todos os conflitos entre normas jurídicas. Nesse sentido, sustenta a autora:

A fragmentação em leis especiais (materiais ou subjetivamente), gerais e transversais, o pluralismo de leis de ordem pública (como o CDC), leis complementares, pluralismo de normas de conduta e de organização do sistema (como as bancárias), acaba em antinomias (aparentes) e conflitos de leis. Há que se priorizar a harmonia e a coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema unitário) e a ‘coerência derivada ou restaurada’ (*cohérence dérivée ou restaurée*), que se fará pelo ‘dia-logos’ (uso das várias lógicas), e não pela exclusão de uma lei superada pela ‘lógica’ de outra (mono-logos), como nos critérios clássicos de ‘solução’ (superação de uma norma por outra e uso único de uma das leis, com retirada de uma norma do sistema) [...].²³⁷

São elencados pela renomada jurista três bases ou fundamentos para a aplicação dessa teoria:

- 1) A unidade e coerência do ordenamento jurídico nacional, visto como sistema brasileiro de fontes (sistema é um ‘todo construído’ com uma ‘lógica’, que será retirada da Constituição Federal, em especial dos direitos fundamentais e dos valores protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4.º);
- 2) A convergência e complementariedade dos campos de aplicação das diversas fontes, que não são mais campos de aplicação totalmente coincidentes (material e subjetivamente), de forma que não pode haver revogação, derrogação ou ab-rogação (a revogação expressa é cada vez mais rara no ordenamento jurídico brasileiro e o legislador geralmente indica a aplicação simultânea das leis, ‘no que couber’ ou quando a relação também envolve sujeito de direito protegido ou se a lei/fonte é mais favorável ao sujeito de direito protegido constitucionalmente);
- 3) A necessidade de dar efeito útil (‘escutar’/considerar) às várias fontes adaptando o sistema conforme os valores constitucionais, colmatando as lacunas ao reunir em microssistemas as fontes que convergem para a mesma finalidade, ou através de uma interpretação sistêmica, teleológica ou mesmo histórica das leis gerais e especiais.²³⁸

²³⁷ Marques (2020). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/243330318/v1/page/RB-1.1>. Acesso em: 22 jan. 2023.

²³⁸ Idem.

Em matéria de ANPC, merece destaque o terceiro fundamento explicado acima, à medida que poderá ser preenchida uma lacuna legislativa – ausência de previsão de ANPC de colaboração na LIA – por meio da utilização de instrumentos de consensualidade do, já apresentado, microssistema anticorrupção.

O emprego da teoria do diálogo das fontes pode ocorrer de três maneiras diversas. No diálogo sistemático de coerência, uma das leis aplicadas é utilizada como base conceitual da outra, sendo ambas aplicadas em simultâneo. Tal método mostra-se particularmente adequado aos casos de aplicação de lei geral com lei especial, ou de uma lei central do sistema ao lado de uma lei que constitui um microssistema próprio.

No diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade, faz-se uma aplicação coordenada de duas leis, com a aplicação complementar de normas e princípios de uma delas para a solução de caso concreto abrangido pela outra. O exemplo dado por Claudia Lima Marques é o da aplicação de cláusulas gerais de uma lei de forma subsidiária ou complementar em caso regulado por outra lei.

No diálogo de coordenação e adaptação sistemática, verificam-se influências recíprocas sistemáticas, que podem resultar tanto em “[...] uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei” quanto em uma “[...] possível transposição das conquistas do *Richterrecht* (direito dos juízes), alçadas em uma lei para a outra”.²³⁹

Da análise dos referidos mecanismos de diálogo das fontes, percebe-se que especialmente o diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade é apto a solucionar a lacuna normativa existente no ANPC no tocante à definição de quais outras obrigações podem ser nele previstas.

Nesse ponto, deve-se salientar que a teoria do diálogo das fontes, conquanto tenha se popularizado no Brasil por seu emprego na interação entre direito civil e consumerista, é vocacionada à aplicação em qualquer ramo jurídico, como contam Fachin e Bueno (2019):

Como se vê, embora o método do diálogo das fontes tenha sua aplicação mais comumente identificada no contexto das relações recíprocas entre as normas gerais do Direito Civil e as prescrições defensivas consumeristas, sua estrutura teórica, seguramente, pode ser empregada na perspectiva de outros ramos do direito e sob diversos enfoques normativos. Inúmeros recortes,

²³⁹ Marques (2020). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/243330318/v1/page/RB-1.2>. Acesso em: 22 jan. 2023.

portanto, podem ser selecionados para fins de exame de sua respectiva influência, efetiva ou potencial.²⁴⁰

A defesa da adoção da teoria do diálogo das fontes na interpretação da Lei de Improbidade Administrativa é feita por Juliano Heinen (2023):

O tema do objeto da Lei de Improbidade Administrativa será mais bem trabalhado no item ‘91.4’, que segue. Por ora, merece ser explorada a lógica da referida legislação. O texto atual do art. 1.º, “caput, da Lei n. 8.429/1992, deixa claro que o tema da improbidade deverá ser pensado globalmente, ou seja, a partir de um ‘sistema’ (sic.) – a palavra empregada pelo legislador faz todo o sentido com a lógica da reforma promovida em 2021. De modo que o direito sancionador deverá ser compreendido a partir de uma série de microssistemas (v.g.: lei de improbidade, Código Penal, Lei Anticorrupção – Lei n. 12.846/2013, leis de licitações, etc.), os quais devem dialogar entre si – aplica-se aqui o método de Erik Jayme, popularizado no Brasil pela Prof. Claudia Lima Marques. Em outras palavras, de modo muito sintético, não se pode pensar que a improbidade administrativa é uma ‘legislação em si mesma’, mas sim que é inserida no bojo de uma série de legislações que tutelam o tema e, com elas, a Lei n. 8.429/1992 deverá dialogar. Concluindo: a partir de uma interpretação sistemática e teleológica (finalística), estaria o legislador ordinário a dizer que os microssistemas deveriam ser vistos de modo conglobante, ou seja, é possível que um possa interferir no outro. Deve ser ressalvado, no entanto, a parte final do art. 37, § 4.º, da CF/88, quando fala que a ação de improbidade administrativa não prejudica as sanções penais cabíveis. (HEINEN, 2023, p. 518-519)

A aplicação ao ANPC, em diálogo das fontes, das normas que disciplinam a autocomposição em outras instâncias de responsabilização do direito sancionador²⁴¹ é utilizada por parte da doutrina para, por exemplo, identificar a obrigatoriedade de inclusão no ANPC de cláusula contendo confissão do compromissado pela prática do ato de improbidade administrativa (ANDRADE, 2020).

Nesse sentido, quando ainda vigorava o formato de ANPC da Lei Anticrime, Renato de Lima Castro (2020) já propugnava que o diálogo das fontes servisse de solução para a definição do regime jurídico desse instituto no tocante à falta de previsão sobre os requisitos necessários à aplicação do acordo:

²⁴⁰ Fachin & Bueno (2019). Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/direito-as-garantias-e-deveres-de-protecao-sob-o-dialogo-das-fontes-no-ambito-do-processo-penal-13092019>. Acesso em: 22 jan. 2023.

²⁴¹ Vide os seguintes dispositivos legais: (i) art. 16, § 1.º, III, da Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial); (ii) art. 86, § 1.º, IV, da Lei n. 12.529/2011 (Lei do Cade); e (iii) art. 28-A, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei Anticrime (Lei n. 13.964/2019).

Indaga-se, outrossim, se a ausência de expressa previsão na Lei de Improbidade Administrativa dos pressupostos para a efetivação do Acordo de Não Persecução Cível inviabiliza sua proposição, diante do veto presidencial e de sua manutenção pelo Congresso Nacional. A resposta a esta questão é certamente negativa, já que o diálogo das fontes permite a utilização dos referenciais advindos do microsistema penal para o direito administrativo sancionador, quer porque há balizas doutrinárias e jurisprudenciais que certamente servirão como regras intransponíveis e limitadoras de eventuais propostas de não persecução civil desmedidas, quer porque as aproximações decorrentes de microsistemas estatais que consagram o direito de punir do Estado não apenas podem como devem se inter-relacionar. (CASTRO, 2020, p. 214)

Desse modo, a partir do diálogo com o microsistema penal, com base na normativa do ANPP, o citado autor propunha que a confissão ou reconhecimento da prática do ilícito fosse requisito para a celebração do ANPC, com a ressalva de que, no seu entender, fosse recomendável que tal exigência não abarcasse toda e qualquer espécie de ato de improbidade administrativa, mas apenas aquelas condutas que reclamassem, como resposta jurídica, a imposição de “[...] sanções de grande gravidade, tais como suspensão de direitos políticos e perda da função pública” (CASTRO, 2020, p. 216-217).

Como já referido acima, Cambi *et al.* (2020, p. 63) defendiam, quando em vigor as regras do ANPC estabelecidas pela Lei Anticrime, a comunicação do microsistema anticorrupção aos casos de improbidade administrativa por intermédio da teoria do diálogo das fontes. Seguindo esse pensamento, propuseram que o regime jurídico do ANPC aproveitasse a disciplina de outros institutos, como o compromisso de ajustamento de conduta, o ANPP e a colaboração premiada, a depender da gravidade do ato de improbidade:

Diante da ausência de regulamentação de aspectos procedimentais e materiais do ANPC, propõe-se colmatar a lacuna por meio de um diálogo entre os sistemas penal e administrativo sancionador, a fim de se estabelecer uma escala gradual de gravidade de fatos mediante um paralelo entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, para, então, encontrar o regime jurídico que melhor se adéqua à hipótese, iniciando pelas regras que disciplinam o termo de ajustamento de conduta, passando pelas normas que regulamentam o ANPP até chegar nas regras do acordo de leniência e da colaboração premiada. (CAMBI *et al.*, 2020, p. 83)

Não obstante, é importante um alerta a respeito da aplicação da teoria do diálogo das fontes. Seu uso deve respeitar a sistematicidade. Anote-se a preocupação apontada por

Emerson Garcia (2021) com a utilização do Termo de Ajustamento de Conduta para realização de acordos na esfera da improbidade administrativa antes da positivação do ANPC:

O uso do termo de ajustamento de conduta nessa seara, a exemplo de toda e qualquer adaptação, trazia complicadores. Ainda que o diálogo entre as fontes seja algo não só desejável, como produtivo, o que valoriza o caráter sistêmico do direito e evita rupturas em uma concepção mais alargada de isonomia, ele não pode chegar ao extremo de desestruturar o próprio sistema. Explica-se: a existência de instâncias independentes não permite que requisitos, instrumentos e consequências afetas a uma seara sejam livremente transpostas para outra. Esse obrar, longe de ser um ‘diálogo’, seria verdadeira ‘violência sistêmica’, máxime quando o operador do direito não tivesse nenhum balizamento legal, repita-se, nenhum, para definir os efeitos da consensualidade no sistema em que seria inserida. (GARCIA, 2021, p. 77)

Atualmente, com a previsão legal do ANPC, inclusive com estabelecimento de requisitos, legitimados, objeto e regras procedimentais e materiais, o aplicador do direito depara-se com uma remanescente lacuna importante: a modalidade de consensualidade de colaboração.

Nesta esteira, preenchidos os fundamentos teóricos para utilização da teoria do diálogo das fontes, conclui-se não apenas pela viabilidade jurídica, mas pelo fomento de aplicação dessa teoria, para fins de inclusão no ANPC de obrigações previstas em outros instrumentos de consensualidade do direito penal – em especial, acordo de não persecução penal e acordos de colaboração premiada; de natureza cível, como o termo de ajustamento de conduta; e de natureza administrativa, como o acordo de leniência no âmbito de atos lesivos à Administração Pública, bem como o acordo de não persecução disciplinar.

5.4 ANPC e métodos de interpretação da hermenêutica clássica

Com vistas à realização de todas as potencialidades do ANPC enquanto instrumento de política pública anticorrupção, o operador do direito não pode desprezar a utilização dos diferentes métodos de interpretação encontrados na hermenêutica jurídica clássica.

Especialmente, devem ser aproveitados os modelos de interpretação quanto aos meios, consistentes em “[...] técnicas, critérios, processos ou procedimentos que servem à interpretação jurídica” (FRIEDE, 2020, p. 707).

A doutrina esquematiza tais métodos hermenêuticos em três grandes grupos: (i) interpretação gramatical, lógica e sistemática; (ii) interpretação histórica, sociológica e evolutiva; e (iii) interpretação teleológica e axiológica (FERRAZ JUNIOR, 2013, p. 252-267).

De acordo com Ferraz Junior (2013), o primeiro grupo cuida de problemas sintáticos. As conexões das palavras nas sentenças – questões léxicas – são objeto da interpretação gramatical. As conexões de expressões com outras expressões em um mesmo contexto – questões lógicas – são objeto da interpretação lógica. As conexões das sentenças num todo orgânico – questões sistemáticas – são objeto da interpretação sistemática.

A interpretação gramatical ou literal é descrita por Caio Mário da Silva Pereira (2013, p. 165) como “[...] análise filológica do texto, a pesquisa do sentido pela observação da linguagem”. Discorrendo especificamente sobre esse elemento gramatical, Venosa (2019, p. 201) sinaliza que ele serve como primeira análise que permite discernir possibilidades de interpretação da lei que devem ser afastadas pelo processo literal, mas adverte que o trabalho de interpretação não pode se limitar a esse método. Deve-se considerar, por exemplo, que, por vezes, erros de técnica legislativa comprometem a redação do texto normativo, daí a utilidade de outros métodos como o lógico e o sistemático.

Caio Mário da Silva Pereira (2013, p. 166) ensina que a interpretação lógica ou racional consiste em perseguir a “razão da norma”, lendo o enunciado em articulação com outros dispositivos e buscando seus motivos e causas determinantes. Nesse último aspecto, o autor parece incluir no método lógico elementos que outros juristas imputam ao método histórico; vide Ferraz Junior (2013, p. 262), ao afirmar que o levantamento das condições históricas por meio do levantamento dos precedentes normativos – normas anteriores à interpretada – contribui para, no âmbito da interpretação histórica, “entender os motivos condicionantes” da gênese do preceito interpretado.

A interpretação sistemática, por sua vez, é descrita como um processo lógico de maior amplitude, que visa à “[...] subordinação da norma a um conjunto de disposições de maior generalização, do qual não pode ou não deve ser dissociada” (PEREIRA, 2013, p. 166-167), envolvendo, por exemplo, o reconhecimento de que a Constituição se localiza no topo do complexo legislativo e de que existem princípios que norteiam esse sistema de normas.

Reis Friede (2020) oferece a seguinte explicação sobre o objetivo do método sistemático:

Com efeito, a ideia central contida na interpretação sistemática põe em relevo esta ordenação conjunta e ampla que caracteriza um dado sistema, requerendo, assim, que o texto legal seja examinado sob o prisma global e harmônico, contribuindo para a correta compreensão a ser sacada pelo intérprete acerca de uma regra do Direito. (FRIEDE, 2020, p. 724)

Neste contexto, a interpretação sistemática viabiliza a utilização do ANPC de colaboração, mediante a aplicação de princípios e direitos fundamentais envolvidos, como se verá nos próximos itens desta Dissertação.

Todavia, uma interpretação jurídica deve ir além, aproveitando os métodos histórico, sociológico, teleológico e axiológico.

Consoante a explicação de Venosa (2019, p. 202), o método histórico, por intermédio da análise documental do processo legislativo que culminou na edição do diploma normativo, bem como da análise da legislação pretérita, explicita o ambiente político e social do momento de edição da lei. Com isso, evita-se que o “deslocamento histórico do julgamento” conduza a problemas de interpretação e decisão com base na norma extraída do preceito.

Neste contexto, verifica-se que, no caso em estudo, ou seja, para a compreensão e o preenchimento da lacuna legislativa sobre o ANPC de colaboração, faz-se necessária a aplicação do citado método histórico, por intermédio da análise do processo legislativo que culminou com a edição da Lei n. 14.230/2021. Trata-se do PL n. 882/2019, posteriormente superado pelo PL n. 10.887/2018, como será estudado à frente em item próprio.

Este método histórico é um processo revelador da *occasio legis*, que pode ser definida como um “[...] conjunto de circunstâncias que marcaram efetivamente a gênese da norma” (FERRAZ JUNIOR, 2013, p. 262).

Já a interpretação sociológica, na lição de Ferraz Junior (2013, p. 262, 264), conduz à busca do sentido da norma a partir do levantamento não das condições históricas, mas das condições atuais, com o fim de “[...] verificar as funções do comportamento e das instituições sociais no contexto existencial em que ocorrem”, ilustrando qual espécie de preocupação é abarcada pela interpretação sociológica, conforme exemplificado a seguir:

Por exemplo, é preciso verificar, quando alguém adquire, para consumo, um refrigerante, se o vasilhame, pelo qual se paga o ‘depósito’, foi também adquirido ou se houve apenas uma espécie de empréstimo. A questão é saber qual a função econômica daquele ‘depósito’ no contexto do mercado de bebidas. (FERRAZ JUNIOR, 2013, p. 264)

Neste contexto, utiliza-se a interpretação sociológica para preencher a lacuna legislativa na especificação das demais medidas que podem ser objeto de pactuação no ANPC. Para tanto, remete-se o leitor à segunda seção desta Dissertação, em que a corrupção foi situada como um problema público que demanda seu enfrentamento por meio de políticas públicas eficientes. Para obter maior aplicabilidade e efetividade, faz-se imprescindível a utilização do ANPC na modalidade de consensualidade de colaboração.

O mesmo doutrinador (FERRAZ JUNIOR, 2013, p. 262) enfatiza a dificuldade de se diferenciarem os métodos histórico e sociológico, fato que conduz à concepção de uma interpretação histórico-evolutiva que contemple os dois aspectos temporais: momento passado de criação do enunciado normativo e momento presente de incidência da norma.

O método teleológico refere-se à forma de interpretação que remete ao “[...] fim que a ordem jurídica persegue com aquele específico comando normativo” (SCHREIBER, 2021, p. 78). Para tanto, o intérprete deve mirar os objetivos visados pela lei, “[...] evitando resultados interpretativos que conspirem ou inviabilizem a concretização desses objetivos legais inferidos” (DELGADO, 2015, p. 235).

Neste contexto, é certo que o ANPC foi editado como forma de consensualidade no enfrentamento a atos de corrupção e, para que tal política pública atinja os fins colimados pelo legislador, faz-se necessária a possibilidade de sua aplicação na modalidade de consensualidade colaborativa.

Ainda deve ser resgatado outro elemento de interpretação por intermédio do método axiológico. Esse método interpretativo prega a leitura das normas jurídicas que esteja em conformidade com os valores que fundamentam o sistema jurídico. No precioso ensinamento de Pietro Perlingieri (2019), “[...] [a] interpretação axiológica significa que o interesse da norma se faz levando em conta os princípios fundamentais de todo o sistema” (PERLINGIERI, 2019, p. 4).

Prossegue o autor discorrendo sobre a ideia de Estado de Direito em uma perspectiva axiológica:

Idem quanto ao Estado de Direito. O Estado como instrumento das aspirações sociais deve significar divisão de poder e garantia do poder jurisdicional livre face ao Poder Executivo. A engenharia estatal em sua organização mais moderna pressupõe divisão de poderes e controle dos

poderes entre si. O Estado de Direito pôde significar, como significou pelos idos de 1800, a tutela das garantias e das situações adquiridas. O Direito fotografa a realidade moderna que passa. Com a mudança do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito, lá onde o Estado não garante mais a liberdade, mas sim por meio dele se garante a promoção do bem-estar social, o Estado Social de Direito faz a promoção fundamental do Direito no Estado Moderno, que não se fixa só a conceder garantias fundamentais aos seres humanos, como também é contemporâneo na exigência dos deveres destes para com a coletividade. Trata-se do solidarismo jurídico: é o reverso da medalha do Estado Social de Direito. (PERLINGIERI, 2019, p. 5)

É ressaltado por Anderson Schreiber (2021) que não existe propriamente uma hierarquia no emprego dos referidos métodos interpretativos, que devem ser adotados em conjunto para a melhor compreensão do enunciado normativo:

Registre-se, por fim, que não há, de acordo com a ciência hermenêutica, ordem ou prevalência entre os elementos interpretativos. Todos convergem para a interpretação da norma jurídica, combinando-se não raro de modo indissociável no raciocínio interpretativo e na argumentação de que se vale o intérprete a fim de justificar o significado alcançado por meio da interpretação da norma jurídica. (SCHREIBER, 2021, p. 79)

Especificamente em suporte ao emprego dos diversos métodos de interpretação jurídica em prol de uma leitura da Lei n. 8.429/1992 que aproveite outras leis e microssistemas que com ela dialogam, Juliano Heinen (2023), como já citado, sustenta a importância de “[...] uma interpretação sistemática e teleológica (finalística)”, de maneira que as leis e microssistemas que tutelam a probidade administrativa sejam “[...] vistos de modo conglobante”, interferindo-se reciprocamente (HEINEN, 2023, p. 519).

Diante do exposto, deve-se alcançar uma interpretação sobre o regime jurídico do ANPC que se valha de todos esses recursos oriundos da hermenêutica jurídica.

Pelos métodos lógico e sistemático, constata-se que as disposições sobre o ANPC na Lei n. 8.429/1992 devem ser interpretadas à luz do microssistema anticorrupção. Isso deve valer, por exemplo, para o art. 17-B, § 6.º, *in fine*, da referida Lei de Improbidade Administrativa, como vem se defendendo na presente Dissertação, importando na admissão da inclusão de outras obrigações, inclusive de natureza colaborativa, no âmbito do ANPC, com base na disciplina de outras espécies de instrumentos consensuais do direito sancionador.

Do microssistema da tutela coletiva e do instrumento de consensualidade de natureza cível, pode-se importar, pelo regime jurídico do TAC, a possibilidade de inclusão no TAC da obrigação de reparação por dano moral coletivo.

Pelo método histórico, esclarece-se que o ANPC representa uma manifestação recente dentro de todo um histórico de décadas de edição de normas disciplinadoras de mecanismos de consensualidade no âmbito da Administração Pública brasileira, e, em particular, de criação de instrumentos destinados ao combate anticorrupção. Logo, o estímulo à consensualidade do ANPC na forma colaborativa é a continuidade de uma tendência geral, não uma ruptura de paradigma.

Pelo método sociológico, depreende-se que o ANPC se situa num complexo de políticas públicas estatais voltadas ao combate da corrupção que influenciam concretamente o comportamento de agentes públicos de diversas esferas políticas e agentes privados de diferentes setores da sociedade e do mercado. Deve ser, portanto, um instrumento que tenha efetividade no meio social em que vai ser aplicado, o que pode ser favorecido pelo modelo de ANPC de cooperação.

Pelo método teleológico, entende-se que o ANPC deve cumprir o propósito de tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, à luz do disposto no art. 1.º da Lei de Improbidade Administrativa. Uma amplitude de modelos de ANPC, isto é, o reconhecimento de um ANPC também de cooperação e não somente de pura reprimenda, pode atender melhor a essa finalidade.

Pelo método axiológico, reconhece-se que o ANPC existe dentro de um ordenamento jurídico que repudia as imoralidades da Administração Pública patrimonialista e que encontra nesse instrumento normativo uma forma de combater o fenômeno da corrupção. A melhor utilização do ANPC leva, conseqüentemente, à promoção dos valores de probidade e moralidade administrativa, bem como de outros vetores axiológicos do Estado de Direito brasileiro consagrados na Constituição de 1988, seguindo-se, assim, a concepção de Estado de Direito Material defendida neste trabalho.

5.5 ANPC como consensualidade de colaboração à luz da principiologia do direito público

A atividade interpretativa compreende um processo de construção, ou melhor, de reconstrução, de significados em torno de enunciados jurídicos positivados, um processo revelador de normas jurídicas, sejam regras, sejam princípios.

Nesse contexto, de acordo com os ensinamentos de Humberto Ávila (2015) em tema de hermenêutica constitucional,

[...] enfim, é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. Isso não quer dizer, como já afirmado, que o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem. O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional. (ÁVILA, 2015, p. 54-55)

Assim, a construção e a reconstrução, pelo operador do direito, das normas regentes do ANPC, especialmente no modelo que ora se sustenta de consensualidade de colaboração, é um processo interpretativo do qual resulta não apenas o emprego de regras emanadas da Lei de Improbidade Administrativa ou de outros diplomas normativos com os quais trava diálogo de fontes, mas também a aplicação de princípios jurídicos de direito público que determinam fins e valores a serem realizados pelo comando normativo.

Como visto na subseção denominada “Combate à corrupção à luz do Estado de Direito Material”, o instituto do ANPC deve ser interpretado e aplicado com a observância de valores supraleais que assegurem a plena garantia dos direitos humanos e dos direitos fundamentais dos envolvidos, seja o investigado, seja o Estado – Ministério Público ou pessoa jurídica interessada. Para tanto, devem ser observados diversos princípios de matriz constitucional na interpretação legislativa e normativa do ANPC, de maneira que se fomentem soluções justas, uniformes e céleres na repressão de atos ímprobos, na punição dos responsáveis e na reparação dos danos ao erário.

Entre os princípios que devem permear a aplicação do ANPC, já foram abordados naquela subseção os da: (i) eficiência, pois a solução consensual apresenta resultados

previsíveis, efetivos, menos custosos, mais céleres e executáveis imediatamente quando da celebração do acordo; (ii) impessoalidade, de maneira a não favorecer ou desfavorecer determinado investigado que esteja na mesma situação jurídica de outro, quando da definição das obrigações a serem pactuadas no ANPC; (iii) isonomia, pois a definição de obrigações rotineiramente negociáveis, sobretudo com caráter de colaboração, confere tratamento em situação de igualdade aos investigados; e (iv) duração razoável do processo administrativo, haja vista que a solução consensual reduz sobremaneira o tempo de duração da investigação e de eventual ação de improbidade, cujo resultado é incerto para demandante e demandado.

Com o objetivo de propor parâmetros para a aplicação do ANPC, o que será feito a seguir, neste momento prossegue-se na análise da abordagem principiológica que deve permear a interpretação das normas jurídicas que regem o ANPC e a sua consequente aplicação.

5.5.1 ANPC e princípios da harmonização e da proporcionalidade

O alargamento das obrigações do ANPC, como se sustenta na presente Dissertação, não é apenas possível, como recomendável, haja vista que compatível com os princípios da harmonização e da proporcionalidade.

A pactuação de obrigações diversas além daquelas obrigatórias de natureza patrimonial no ANPC poderia suscitar dúvidas sobre eventual ginástica jurídica utilizada para importar de outros institutos de direito sancionador medidas mais gravosas ao investigado. Assim, poder-se-ia pensar que estaria configurada violação à proibição da aplicação de sanção por analogia *in malam partem*, por ofensa aos princípios da legalidade, da tipicidade e da presunção de inocência no direito sancionador.

Por outro lado, como visto acima, os novos horizontes do ANPC propostos nesta Dissertação estão compatíveis com os princípios constitucionais da eficiência, da impessoalidade, da isonomia e da duração razoável do processo – administrativo e judicial.

Ademais, a ampliação do alcance das obrigações do ANPC serve justamente para não se inviabilizar a solução consensual da controvérsia. Como já abordado, o investigado não tem direito subjetivo ao ANPC, nem está obrigado a firmar o acordo. Assim, o alargamento das obrigações a serem firmadas no ANPC não viola qualquer direito do investigado.

Ainda para aqueles que sustentem a impossibilidade de utilização da teoria do diálogo das fontes por ofensa aos citados princípios protetivos do investigado, tal tese seria desconstruída pela aplicação da técnica do sopesamento, com o princípio da proporcionalidade e a ponderação de valores, analisando as peculiaridades do ANPC e os benefícios da celebração do acordo para o próprio investigado ou réu.

A técnica do sopesamento é o mecanismo para encontrar uma solução compatível com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade nas hipóteses em que se verifica colisão entre direitos fundamentais ou conflitos de regras.

Em matéria de princípio da concordância prática ou harmonização, afirma a doutrina que,

[...] partindo da ideia de unidade da Constituição, os bens jurídicos constitucionalizados deverão coexistir de forma harmônica na hipótese de eventual conflito ou concorrência entre eles, buscando, assim, evitar o sacrifício (total) de um princípio em relação a outro em choque. O fundamento da ideia de concordância decorre da inexistência de hierarquia entre os princípios. (LENZA, 2012, p. 157)

Nesse mesmo sentido, ensina o professor Canotilho (1993):

O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens. (CANOTILHO, 1993, p. 228)

De acordo com a doutrina, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade,

[...] em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico. (COELHO, 2007, p. 109)

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade ganha especial destaque em situações de colisão entre valores constitucionalmente protegidos. Como parâmetro, a doutrina destaca a necessidade de preenchimento de três importantes elementos:

Necessidade: por alguns denominada exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa; Adequação: também chamado de pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido; Proporcionalidade em sentido estrito: sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição. (LENZA, 2012, p. 157)

Ampliando a interpretação doutrinária sobre o alcance do princípio da proporcionalidade, merece destaque o entendimento a seguir:

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*). O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio é ‘simplesmente inadequado’ (*schlechthin ungeeignet*), ‘objetivamente inadequado’ (*objektiv ungeeignet*) ‘manifestamente inadequado ou desnecessário’ (*offenbar ungeeignet oder unnötig*), ‘fundamentalmente inadequado’ (*grundsätzlich ungeeignet*), ou ‘se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado’ (*ob mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann*). O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. (MENDES *et al.*, 2008, p. 331-332)

De acordo com a doutrina de Humberto Ávila (2015), a interpretação e a aplicação de princípios e regras deve ocorrer com base nos postulados normativos: (i) inespecíficos, quais

sejam, a ponderação – atribuindo-se pesos –, a concordância prática e a proibição de excesso – garantindo a manutenção de um mínimo de eficácia dos direitos fundamentais; e (ii) específicos, destacando-se o postulado da igualdade, o da razoabilidade e o da proporcionalidade (ÁVILA, 2015).

No caso tratado nesta Dissertação, para quem enxerga analogia *in malam partem* na utilização de outros institutos de direito sancionador, o que se teria, de um lado, são os princípios da inocência²⁴² e da reserva legal²⁴³, importados do direito sancionador penal, para prestigiar os direitos fundamentais dos acusados; e, de outro, haveria os princípios constitucionais da eficiência, da impessoalidade, da isonomia e da duração razoável do processo.

Conquanto o primeiro valor seja também protegido pela Constituição da República, não restam dúvidas de que, diante do caso concreto do ANPC, ele deve ceder espaço para os princípios constitucionais da eficiência, da impessoalidade, da isonomia e da duração razoável do processo, à medida que o acordo somente será firmado se o investigado ou réu concordar.

Como resultado final deste sopesamento de direitos, com a utilização do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, verifica-se a possibilidade de alargamento nas obrigações a serem pactuadas no ANPC.

Esta solução proposta coaduna-se com o espírito republicano de proteção da dignidade da pessoa humana do próprio réu, que, com a assinatura e homologação do acordo, põe fim à incerteza de uma eventual futura sentença sancionatória mais gravosa.

5.5.2 ANPC e princípios da participação, da proteção à confiança, da boa-fé e da segurança jurídica

O paradigma de aplicação do ANPC proposto nesse trabalho objetiva promover a legalidade, a isonomia, a duração razoável do processo e a eficiência, devendo ainda observar a harmonização, a proporcionalidade e a razoabilidade, conforme abordado supra. Contudo, outros princípios jurídicos possuem um papel relevante a desempenhar na aplicação desse instrumento nos moldes ora sustentados. São eles os princípios administrativos da participação, da proteção à confiança, da boa-fé e da segurança jurídica.

²⁴² Art. 5.º, LVII, da Constituição da República.

²⁴³ Art. 5.º, XXXIX, da Constituição da República.

O direito administrativo contemporâneo, ao se orientar pela centralidade da Constituição na ordem jurídica, especialmente ao buscar “[...] compatibilizar a existência de prerrogativas públicas, imprescindíveis à atuação estatal, com uma série de direitos e garantias fundamentais assegurados na Carta Política vigente” (MAFFINI, 2010, p. 160), enfrenta o desafio de superar dogmas como os da unilateralidade e da imperatividade.

Parte desse desafio envolve uma mudança de mentalidade em favor do reconhecimento do cidadão-administrado como verdadeiro participante das relações jurídico-administrativas, e não um mero destinatário. Essa nova concepção de administração pública dialógica é referida pelo autor como aquela a partir da qual “[...] se busca impor como condição para a atuação administrativa a prévia realização de um verdadeiro e efetivo diálogo com todos aqueles que terão suas esferas de direitos atingidas pela atuação estatal” (MAFFINI, 2010, p. 161).

Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2020) destaca a importância da participação e da consensualidade como princípios administrativos legitimadores da Administração Pública:

O Direito Administrativo, que outrora se satisfazia com o princípio da legalidade, hoje reclama ainda o respeito à legitimidade. É a necessidade de conferir maior legitimidade à atuação do Poder Público, no contexto de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, que leva ao surgimento de novos mecanismos de participação popular na elaboração de normas e na tomada de decisões administrativas (ex.: consultas e audiências públicas), assim como o incremento de meios consensuais de atuação administrativa (ex.: Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração, Termo de Ajustamento de Conduta – TAC –, Termo de Ajustamento de Gestão – TAG –, parcerias público-privadas, acordos de leniência, compromissos, na forma do art. 26 da Lindb). (OLIVEIRA, 2020, p. 52)

Conforme defendido, os instrumentos de consensualidade, ao incluírem o destinatário das normas no processo de ação administrativa, são capazes de reforçar a legitimidade do ato administrativo daí resultante. A observação é correta para ferramentas do direito administrativo sancionador, como o Termo de Ajustamento de Conduta, o acordo de leniência, e também o ANPC, cuja aplicação pode representar, sob essa perspectiva, uma afirmação de legitimidade do poder público perante a sociedade, algo que pode ser maximizado dentro de um modelo de cooperação.

Juliano Heinen (2023) também faz alusão à participação como princípio legitimador da ação administrativa, substituindo a unilateralidade pelo consenso:

Não temos dúvida de que, contemporaneamente, as decisões administrativas deverão, no que conseguir, legitimar-se por meio da participação dos sujeitos envolvidos. A unilateralidade deve dar lugar, no que for possível, ao consenso. Até porque a democracia representativa passa por uma crise, dando lugar à democracia participativa. Por isto que a participação deve ser considerada um princípio instrumental em relação à democracia, conferindo ênfase à legitimidade da ação estatal. (HEINEN, 2023, p. 316)

Em geral, conteúdo do princípio da participação é pensado essencialmente como um princípio relacionado à promoção da democracia – participação popular – na elaboração de normas e na tomada de decisões administrativas.²⁴⁴ No entanto, tal princípio também está inserto no contexto de emprego pela Administração Pública de instrumentos negociais em geral, e mesmo de direito sancionador em particular, à medida que significam uma opção pela consensualidade no lugar da imperatividade e também representam uma elevação do moderno ideal participativo em detrimento do perfil autoritário de Estado Administrativo.

Objeto de forte discussão doutrinária, outro princípio que deve concorrer na aplicação do ANPC é o da segurança jurídica. Juliano Heinen (2023) explica que esse princípio jurídico possui dois sentidos. No sentido objetivo, conecta-se com os elementos objetivos do ordenamento jurídico. No sentido subjetivo, relaciona-se com a proteção da confiança legítima dos cidadãos.

Como referido por Carvalho Filho (2022), existe doutrina estrangeira que, buscando diferenciar segurança jurídica e confiança legítima como princípios autônomos, associa a primeira – aquilo que Heinen compreende como sentido objetivo da segurança jurídica – à “[...] inafastabilidade da estabilização jurídica” e a segunda – aquilo que Heinen entende como sentido subjetivo da segurança jurídica –, ao “[...] sentimento do indivíduo em relação a atos, inclusive e principalmente do Estado, dotados de presunção de legitimidade e aparência de legalidade” (CARVALHO FILHO, 2022, p. 40).

Como ensina Heinen (2023), o princípio da segurança jurídica na dimensão objetiva pretende que os atos normativos: (i) alcancem o máximo em precisão ou determinabilidade;

²⁴⁴ Veja-se, nesse sentido, a explicação feita por Juliano Heinen (2023, p. 316-317) acerca dos aspectos formal e material desse princípio: “Para a concretização de uma participação mínima, enfim a ocorrer ‘na medida do possível’, deve ser observada a regra ‘um eleitor, um voto’, sendo que cada qual deva ter um mesmo peso — veja que assim se está a perceber o princípio da participação em um aspecto meramente formal. Em uma noção material, o princípio da participação é delimitado pelas normas constitucionais que impõem limites à regra da maioria. Assim, a CF/88 garante a participação igualitária no processo político, ao mesmo tempo em que deve preservar, na medida do possível, que as minorias não sejam aplacadas”.

(ii) não possam produzir efeitos antes de sua entrada em vigor; e (iii) retroajam apenas de forma excepcional e sempre respeitando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.²⁴⁵

A par disso, a segurança jurídica sob o aspecto objetivo remete à: (i) previsão de regimes de transição quando da imposição de novo dever ou novo condicionamento de direito sob certas condições²⁴⁶; (ii) vedação da invalidação, com amparo em posterior mudança de interpretação jurídica sobre a matéria, das situações plenamente constituídas²⁴⁷; e (iii) adoção de mecanismos de autovinculação administrativa.²⁴⁸

Já em um sentido subjetivo, a segurança jurídica preocupa-se com “[...] certas expectativas legítimas dos cidadãos geradas pela Administração Pública” (HEINEN, 2023, p. 327). Trata-se, em verdade, do princípio da proteção da confiança legítima, ora entendida como subprincípio da segurança jurídica *lato sensu*.²⁴⁹

A expectativa legítima funda-se na confiança, pelo administrado, em um dever de coerência da Administração Pública. De sua proteção, decorrem efeitos como a fixação de limites temporais à invalidação do ato administrativo – vide a previsão de prazo decadencial na legislação federal, em caso de boa-fé do administrado e da existência de efeitos que lhe sejam benéficos²⁵⁰ – e a implementação de medidas compensatórias em virtude da frustração de direitos do administrado.

Importante, nesse ponto, acrescentar a observação de Carvalho Filho (2022) de que a doutrina moderna considera que a tutela da confiança legítima contempla tanto os atos administrativos de natureza concreta quanto os atos administrativos de caráter normativo – ou seja, abstratos.

Ainda dentro da discussão sobre o (sub)princípio da proteção da confiança legítima, Juliano Heinen (2023, p. 327) reconhece a boa-fé do particular como uma de suas fontes. Trata-se daquilo que Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2020, p. 56) designa como princípio da boa-fé, que, a despeito de guardar proximidade com o princípio da confiança legítima, com ele não se confunde:

²⁴⁵ Art. 5.º, XXXVI, da Constituição da República de 1988 e art. 6.º, da Lindb.

²⁴⁶ Art. 23, da Lindb.

²⁴⁷ Art. 24, da Lindb.

²⁴⁸ Art. 30, da Lindb.

²⁴⁹ Trata-se da posição adotada por Juliano Heinen, o qual, não obstante, expõe o entendimento diverso, que separa segurança jurídica da proteção à confiança legítima (HEINEN, 2023, p. 326).

²⁵⁰ Art. 54, Lei n. 9.784/1999.

Da mesma forma, existe uma profunda aproximação entre os princípios da boa-fé e da confiança legítima. O princípio da boa-fé tem sido dividido em duas acepções: a) objetiva: diz respeito à lealdade e à lisura da atuação dos particulares; b) subjetiva: relaciona-se com o caráter psicológico daquele que acreditou atuar em conformidade com o direito. A caracterização da confiança legítima depende necessariamente da boa-fé do particular, que acreditou nas expectativas geradas pela atuação estatal. Não seria lícito supor que determinado particular, por má-fé, sustente a confiança legítima para obstar a atuação estatal, sob pena de se beneficiar da própria torpeza. Ausente a boa-fé, não há que se falar em confiança legítima, mas, sim, em 'confiança ilegítima'. Não obstante a enorme dificuldade de diferenciação entre os princípios da boa-fé e da confiança legítima, é possível afirmar que a boa-fé deve pautar a atuação do Estado e do particular, e a confiança legítima é instrumento de proteção do administrado. (OLIVEIRA, 2020, p. 56)

A ausência de uma orientação clara na Lei de Improbidade Administrativa sobre quais outras obrigações podem ser incluídas no ANPC é prejudicial à segurança jurídica, dado que não confere a devida previsibilidade ao sistema. Ademais, a incerteza quanto ao reconhecimento da validade da inclusão dessas outras obrigações no instrumento, sobretudo quando da homologação judicial do acordo, pode minar as legítimas expectativas do pactuante que se compromete, de boa-fé, com o cumprimento do avençado, esperando lograr a obtenção das vantagens próprias dessa solução consensual.

Diante disso, em observância aos referidos princípios da proteção à confiança, da boa-fé e da segurança jurídica, mostra-se necessário que as lacunas normativas no regime jurídico do ANPC sejam colmatadas, a partir do uso da teoria do diálogo das fontes e dos métodos de interpretação da hermenêutica clássica.

5.6 ANPC como consensualidade de colaboração

O professor Emerson Garcia (2021) ensina que, no âmbito do direito, a consensualidade pode apresentar inúmeras variações: (i) buscar, pura e simplesmente, a cessação de uma prática ilícita ou o aperfeiçoamento de uma atividade, sem qualquer incursão no plano sancionador propriamente dito; (ii) ser direcionada à definição, com maior celeridade, das consequências para a prática do ilícito, assumindo os contornos de consensualidade de colaboração ou de pura reprimenda. Nessa segunda classificação situa-se o ANPC.

Neste contexto, ao lecionar sobre a classificação dos tipos de consensualidade, o citado jurista ensina que

[...] a consensualidade de colaboração é caracterizada pela obtenção de um benefício em razão do fornecimento de informações úteis ao Poder Público na realização dos fins previstos em lei. [...] Apesar de a voluntariedade no agir ser da essência dessa figura, a exemplo dos clássicos institutos penais da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, a colaboração exige um *plus*, vale dizer, que o colaborador forneça informações úteis a outros propósitos correlatos ao ilícito que praticou (v.g.: localização da vítima, individualização de comparsas, descoberta de ilícitos até então desconhecidos, etc.). Na consensualidade de pura reprimenda, por sua vez, o autor aceita a imediata imposição de uma restrição em sua esfera jurídica, não sendo necessário que ofereça informações úteis. Para tanto, entende que há atrativos que aconselham uma definição imediata de sua situação jurídica, de modo a evitar a sua exposição às incertezas do processo. Ao analisarmos a forma como a consensualidade de colaboração e a consensualidade de pura reprimenda se tornam operativas, produzindo efeitos jurídicos válidos, é possível identificar, na realidade brasileira, um traço estrutural, comum a ambas, que somente é afastado a partir de expressa previsão normativa. (GARCIA, 2021, p. 64)

Diante da leitura do art. 17-B, da Lei n. 8.429/1992, e dos ensinamentos doutrinários acima transcritos, percebe-se que, caso se aplique ao autor do fato apenas a obrigação de cunho patrimonial prevista no *caput* do citado artigo, o ANPC terá natureza de consensualidade de pura reprimenda.

No entanto, na busca de um acordo que melhor atenda ao interesse público, é possível se desenhar um modelo de ANPC de colaboração, por meio do qual o responsável pelo ilícito coopere com a investigação dos fatos e, em retorno, receba uma sanção mais branda (CASTRO, 2022):

No mais, cumpre apartar as situações em que o transator também se qualifica como colaborador, ou seja, nos casos em que, além de admitir o ilícito e se submeter a eventual sanção, ainda se dispõe a ofertar material probatório que possa incriminar eventuais coautores ou partícipes. Em casos tais, ainda que não haja previsão legal expressa, o devido processo legal em sua vertente substancial indica que o colaborador haverá de se sujeitar a sanções potencialmente menos graves do que acaso apenas formalizasse o acordo sem colaborar com as investigações. Importa diferenciar, portanto, a hipótese de transatores/colaboradores, cujos Acordos de Não Persecução Cível nominamos de qualificados, daqueles em que não há nenhuma colaboração

com a atividade probatória, casos que contemplariam acordos que aqui nominamos como acordos de não persecução cível simples.²⁵¹

Analisando o tema do direito sancionador da consensualidade, Fabrício Rocha Bastos (2021) reconhece a existência de um duplo efeito no modelo colaborativo, um de caráter preventivo, outro de caráter reparatório – ambos relevantes para o atendimento das finalidades da política pública anticorrupção:

A consensualidade, portanto, gera a possibilidade de uma colaboração entre o sujeito que praticou o ato e a Administração Pública. Com efeito, podem ser identificados dois elementos: i) elemento retrospectivo da colaboração: reparação dos danos causados; e ii) elemento prospectivo da colaboração: prevenção da ocorrência de novos atos. (BASTOS, 2021, p. 100-101)

Diante da omissão da LIA sobre a possibilidade de ANPC na modalidade de consensualidade de colaboração, o embasamento jurídico para utilização dessa espécie de ANPC de consensualidade de colaboração decorre de duas possíveis bases teóricas:

- a) quando expressamente dispuser o ato normativo editado pelo legitimado a propor o ANPC, como é o caso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ²⁵², cuja resolução que disciplina o ANPC possui um capítulo intitulado “Das Modalidades”, estabelecendo que o ANPC pode ser de pura reprimenda ou de colaboração;
- b) na ausência de ato normativo prevendo o ANPC de colaboração, como se passa a sustentar nos próximos itens, deve-se utilizar a teoria do diálogo das fontes e a pluralidade de métodos da hermenêutica jurídica e da principiologia do direito público, importando-se de outros institutos do microssistema anticorrupção os fundamentos para celebração de negócio jurídico de colaboração.

²⁵¹ Castro (2022), Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/292958991/v1/page/RB-36.1>. Acesso em: 25 jan. 2023.

²⁵² Vide Resolução GPGJ/MPRJ n. 2.469/2022, que dispõe: “Capítulo II Das Modalidades Art. 3.º. O Acordo de Não Persecução Cível pode ser de pura reprimenda ou de colaboração, neste último caso diante da complexidade dos fatos ou da participação de outros envolvidos. Art. 4.º. O acordo de pura reprimenda abrevia o procedimento de responsabilização, mediante aplicação imediata das medidas sancionatórias convencionadas. Art. 5.º. O acordo de colaboração visa à obtenção de informações e meios de prova que comprovem o ilícito, sendo que a premiação ajustada fica condicionada à colaboração efetiva e voluntária, com a investigação e com o processo, e desde que advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - identificação dos demais coautores, partícipes e beneficiários do ato ilícito; II - localização de bens, direitos e valores para fins de ressarcimento do dano ao erário ou reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida”.

Exposta a fundamentação teórica da consensualidade de colaboração no ANPC, sugere-se nesta Dissertação que o instituto, quando possível, mormente nos atos mais graves de improbidade administrativa, seja utilizado nesta modelagem colaborativa, diante dos benefícios já vistos anteriormente.

Para melhor compreensão do tema, frisa-se que o ANPC como instrumento de cooperação é um modelo que foi concebido desde o início dos processos legislativos que deram azo à criação do ANPC, como se expõe a seguir.

5.6.1 A semente da consensualidade de colaboração nos processos legislativos que culminaram no ANPC

Para um melhor entendimento sobre o regime jurídico do ANPC, faz-se relevante o conhecimento acerca de aspectos históricos dos processos legislativos que resultaram, respectivamente: (i) na edição da Lei n. 13.964/2019, que pode ser considerada a “certidão de nascimento” do ANPC; e (ii) na publicação da Lei n. 14.230/2021, que pode ser entendida como um marco que conferiu a “maioridade” ao instituto, pois regulamentou aspectos procedimentais e materiais necessários à sua aplicabilidade.

É dito por Emerson Garcia (2021) que a origem do instituto remonta ao PL n. 882/2019, que foi apresentado pelo Executivo contendo uma previsão de alteração do parágrafo primeiro do art. 17, da LIA, que, de maneira assistemática, admitiria que “[...] a transação, o acordo ou a conciliação” nas ações de improbidade poderiam ser celebrados por meio de acordo de colaboração ou de leniência, de termo de ajustamento de conduta ou de termo de cessação de conduta.

Existia, contudo, outro projeto de lei apresentado pelo deputado Roberto de Lucena, o PL n. 10.887/2018 voltado a essa matéria. Esse projeto de lei resultou do trabalho de uma Comissão de Juristas instituída pelo Presidente da Câmara dos Deputados com vistas à alteração da Lei de Improbidade Administrativa. O professor Emerson Garcia, na qualidade de integrante dessa Comissão, propôs a criação do Acordo de Não Persecução Cível, nomenclatura inspirada na do acordo de não persecução penal.

Na proposta inicial apresentada pelo jurista, o ANPC era previsto exclusivamente como instrumento de colaboração, situação que evoluiu para a inclusão da previsão do ANPC de pura reprimenda.

Mas a proposta da Comissão de Juristas para uma nova redação do art. 17-A, da Lei n. 8.429/1992, com uma disciplina mais detida sobre o ANPC, foi aproveitada pelo Pacote Anticrime (PL n. 10.372/2018), sendo o instituto inserido naquele projeto legislativo pelo Congresso Nacional. Esse Projeto de Lei se transformou na Lei n. 13.964/2019, conhecida como Lei ou Pacote Anticrime, que, com o veto presidencial ao art. 17-A, acarretou alterações apenas no art. 17, §§ 1.º e 10-A, da Lei n. 8.429/1992. Assim, àquela altura, era prevista a existência do ANPC, mas não havia qualquer disposição legal sobre seus requisitos materiais e procedimentais.

O PL n. 10.887/2018 foi arquivado e depois desarquivado, sendo designado relator o deputado Carlos Zarattini. Tal projeto de lei, após aprovação e emendas, foi recebido no Senado como PL n. 2.505/2021, resultando na promulgação da Lei n. 14.230/2021, que promoveu uma profunda reforma na Lei de Improbidade Administrativa e conferiu uma disciplina jurídica mais detalhada ao ANPC, como visto na seção quatro desta Dissertação.

Insta salientar que a aprovação do referido PL n. 2.505/2021 foi alvo de polêmicas dentro e fora do meio jurídico, com acusações sobre uma possível intenção do Legislativo de, por meio dessa transformação da Lei n. 8.429/1992, criar um regime jurídico que dificultasse a responsabilização dos cometedores de atos de improbidade administrativa.

A título exemplificativo, houve a edição de Nota Técnica do Comitê Especializado do MPPR sobre o PL n. 2.505/2021, na qual os membros do *parquet* paranaense defenderam a supressão de diversos dispositivos do Projeto de Lei em questão. Cite-se um trecho do referido documento, expressando o nível de preocupação gerado naquele cenário:

Enfim, esses rápidos apontamentos não sugerem que o remanescente (ainda não impugnado) eleve a proposta legislativa a patamares de razoabilidade. Trata-se, em geral, de PL marcado por indiscutível retrocesso histórico, que sobremaneira dificultará a apuração e a subsequente punição de agentes públicos ímprobos. Sem prejuízo de outros enfrentamentos, a ideia do Comitê foi a de reduzir danos. (MPPR, 2021, p. 1)

Uma das críticas do Comitê Técnico é direcionada à exclusão da modalidade culposa dos atos de improbidade, assim como da inclusão do dolo específico para configuração dessas condutas ímprobos. Outra preocupação externada foi com a instituição da prescrição intercorrente, como se observa no trecho a seguir:

O Projeto de Lei, nos moldes atualmente propostos, avança sobre áreas das mais diversas, nas quais, sem exceção, enxerga-se a fragilização no combate a esses ilícitos. A tipificação da prática ímproba é dificultada, não apenas pelo afastamento da culpa grave, mas especialmente com a inclusão do dolo específico na configuração dessas condutas. A investigação é prejudicada na medida em que se trabalha com a drástica redução do prazo para conclusão do inquérito civil. Além disso, em juízo, vê-se a inserção de uma série de comandos que dificultam e postergam a tramitação processual, favorecendo, desse modo, o surgimento da prescrição intercorrente. Mauro Rocha também questiona a quem a nova lei beneficiaria e o ritmo de tramitação do texto. ‘O PL, com o devido respeito, para além das imperfeições técnicas, que muito dificulta a sua compreensão, parece ter colhido o mais benéfico de cada área do direito para servir ao polo passivo da relação processual, ou seja, os agentes públicos que respondem pelo ato ímprobo. Não se quer com isso afirmar que a lei atual seja perfeita, mas o pêndulo oscilou demasiadamente para o outro lado. O PL não está calibrado, e talvez isso se deva ao regime de urgência empregado na Câmara dos Deputados, aliado ao distanciamento que o substitutivo manteve dos trabalhos da Comissão de Juristas constituída da Casa Legislativa’.²⁵³

Portanto, apesar de não prever expressamente, nem proibir, a modalidade de ANPC de colaboração, a Reforma da LIA de 2021 deixou uma porta aberta para utilização do instituto como consensualidade de cooperação, por força da previsão legal da possibilidade de inclusão no acordo de “[...] outras medidas em favor do interesse público”²⁵⁴, conforme sustentado ao longo desta Dissertação.

5.6.2 ANPC e o microssistema anticorrupção

A consensualidade no ANPC, mormente nos casos mais graves de improbidade que demandem aprofundamento das investigações em relação a terceiros ou ao destino dos valores desviados, não deve se limitar a ser meramente de pura reprimenda, mas sim de efetiva colaboração.

Assim, o Ministério Público ou a pessoa jurídica interessada poderão negociar com o investigado um benefício – não ajuizamento da ação de improbidade administrativa e não incidência de todas as sanções previstas no art. 12, da LIA – em troca de outras medidas; por exemplo, a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem a extensão do ilícito sob apuração.

²⁵³ Vide matéria publicada no site <https://mppr.mp.br/Noticia/MPPR-posiciona-se-sobre-reforma-da-Lei-de-Improbidade-Administrativa>.

²⁵⁴ Vide art. 17-B, *caput* e § 6.º, da Lei n. 8.429/1992.

Ocorre que, em muitos casos, mormente nos atos de improbidade administrativa mais graves, o mero ressarcimento ao erário não se revela suficiente como única obrigação prevista no acordo. Por outro lado, o autor do fato muitas vezes também não aceitará se submeter às sanções pessoais previstas nos incisos do art. 12, da LIA; afinal, se está celebrando o acordo, é justamente para evitar tais sanções.

Então, qual seria a solução para não se frustrar a autocomposição? Certamente, há de se encontrar uma solução que, a um só tempo, atenda ao interesse público e não configure um gravame pessoal para o autor do fato. Nesse contexto, a consensualidade de colaboração revela-se uma promissora solução.

Mas quais seriam então as medidas de cooperação a serem negociadas entre Ministério Público e autor do fato? Para se prestigiar o próprio legislador e o ordenamento jurídico, propõe-se buscá-las em outras leis que tratam de outros instrumentos de consensualidade do direito sancionador.

Nesse contexto, faz-se necessária a análise do microsistema anticorrupção a fim de que, em seguida, sejam traçados paralelos, apontando as semelhanças, as diferenças e as interfaces entre o ANPC e outros institutos desse microsistema: (i) de natureza penal, como a transação penal²⁵⁵, o acordo de não persecução penal²⁵⁶ e acordos de colaboração premiada celebrados com os integrantes de organização criminosa²⁵⁷; (ii) de natureza cível, como o termo de ajustamento de conduta²⁵⁸; (iii) de natureza administrativa, como o termo de compromisso de cessação no Cade²⁵⁹ e o acordo de leniência no âmbito de atos lesivos à Administração Pública²⁶⁰, à ordem econômica²⁶¹ e o acordo de não persecução disciplinar.²⁶²

263

Analisando tais institutos, verifica-se que a consensualidade de colaboração já vem se fazendo presente no âmbito do direito sancionador de natureza penal, administrativa e cível, razão pela qual é urgente a obtenção de parâmetros que viabilizem maior aplicabilidade e

²⁵⁵ Art. 76, da Lei n. 9.099/1995.

²⁵⁶ Art. 28-A, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019 (Lei Anticrime).

²⁵⁷ Vide Lei n. 12.850/2013.

²⁵⁸ Vide Lei n. 7.347/1985.

²⁵⁹ Vide Lei n. 12.529/2011.

²⁶⁰ Vide Lei n. 12.846/2013.

²⁶¹ Vide Lei n. 12.529/2011.

²⁶² Vide Portaria CGMP/MPRJ n. 91/2020.

²⁶³ Vide Provimento PGJ/MPRS n. 51/2021.

efetividade ao ANPC, dada a possibilidade de sua ampla utilização no enfrentamento da corrupção em diferentes níveis.

Sabe-se que um mesmo ato ilícito pode apresentar repercussão jurídica em tema de responsabilização do agente em diferentes instâncias. Normalmente, a legislação traz expressamente a tríplice responsabilidade do agente, ou seja, em níveis penal, civil e administrativo, quando o bem jurídico tutelado ofendido é considerado de grande relevância para a sociedade.

Como exemplos dessa tríplice responsabilização, destacam-se as seguintes previsões normativas:

a) ilícitos ambientais, em que o próprio texto da Constituição da República determinou essa tríplice responsabilização²⁶⁴, que se materializou pela edição da Lei que dispõe sobre sanções a condutas e atividades lesivas ao meio ambiente²⁶⁵;

b) ilícitos de abuso de autoridade, em que a Lei de regência ressalta a existência e a independência das responsabilidades criminal, civil e administrativa acerca do mesmo fato que, a um só tempo, configure crime de abuso de autoridade, falta disciplinar de acordo com o estatuto do servidor público correlato e improbidade administrativa²⁶⁶;

c) no plano normativo internacional, como visto na seção dois, merece destaque que a Convenção das Nações Unidas de Combate à Corrupção, fomenta, nos Estados Partes, a adoção de medidas para responsabilização de índole penal, civil ou administrativa das pessoas jurídicas por sua participação nos ilícitos de corrupção sobre os quais dispõe tal diploma normativo transnacional.²⁶⁷

²⁶⁴ O art. 255, § 3.º, da Constituição da República de 1988 dispõe: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

²⁶⁵ Art. 3.º, da Lei n. 9.605/1998, prevê: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

²⁶⁶ A Lei n. 13.869/2019 dispõe da seguinte forma: “CAPITULO V - DAS SANÇÕES DE NATUREZA CIVIL E ADMINISTRATIVA - Art. 6.º. As penas previstas nesta Lei serão aplicadas independentemente das sanções de natureza civil ou administrativa cabíveis. Parágrafo único. As notícias de crimes previstos nesta Lei que descreverem falta funcional serão informadas à autoridade competente com vistas à apuração. Art. 7.º. As responsabilidades civil e administrativa são independentes da criminal, não se podendo mais questionar sobre a existência ou a autoria do fato quando essas questões tenham sido decididas no juízo criminal”.

²⁶⁷ Vide artigo 26, da Convenção das Nações Unidas de Combate à Corrupção, que dispõe: “Responsabilidade das pessoas jurídicas. [...] 2. Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa”.

Avançando na análise do direito sancionador brasileiro, Emerson Garcia (2021, p. 58-59) ressalta sua divisão quadripartite, à medida que inclui o direito sancionador político²⁶⁸, em tema de direito positivo, da seguinte forma:

Nossa ordem jurídica reconhece a existência do direito sancionador penal, ou simplesmente direito penal; do direito sancionador cível, também passível de ser denominado direito sancionador judicial cível; do direito sancionador administrativo, também conhecido como direito administrativo sancionador; e do direito sancionador político. Essa divisão não é propriamente doutrinária, decorrendo do próprio direito positivo. Essas instâncias de responsabilização, longe de permanecerem isoladas umas das outras, tendem a manter um diálogo entre si, o que se torna bem perceptível ao constatarmos que uma única conduta pode se ajustar a uma pluralidade de instâncias, daí decorrendo a possibilidade de o agente sofrer inúmeras sanções ao final de cada relação processual. O modo como irão dialogar entre si deve ser estabelecido pela ordem jurídica, que estabelecerá os padrões mínimos de organicidade sistêmica e em que medida ocorrerá a interpenetração entre as instâncias, inclusive com a possibilidade de a absolvição em uma relação processual projetar os seus efeitos sobre outra. (GARCIA, 2021, p. 58-59)

Diante da inexistência de um único código que reúna as normas sobre processo coletivo, a doutrina e a jurisprudência fazem referência a um microsistema de tutela coletiva, formado por inúmeras leis, que se completam e interpenetram toda vez que o intérprete se depara com omissão em determinado processo coletivo.

Os principais diplomas normativos que compõem esse microsistema de tutela dos interesses ou direitos coletivos são a Lei da Ação Popular, Lei da Ação Civil Pública, Lei de Improbidade Administrativa, Lei sobre Mandado de Segurança Coletivo, Código de Defesa do Consumidor e Estatuto da Criança e do Adolescente. Evidentemente, existem outras leis que integram tal microsistema, cabendo ressaltar a importância da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

Corroborando o conceito acima, ensina a doutrina que

[...] o microsistema da tutela coletiva é o conjunto formado pelas normas processuais, materiais e heterotópicas sobre o processo coletivo nas diversas

²⁶⁸ É o caso, por exemplo, dos crimes de responsabilidade, com a hipótese de julgamento pelo Poder Legislativo, do chefe do Poder Executivo, por meio do processo de impeachment. Nesses crimes de responsabilidade, a sanção política aplicável pode ser a perda do cargo, a inabilitação para exercício de cargo público e inelegibilidade para cargo político. Nesse sentido, destaca-se a Lei n. 1.079/1950 – quanto ao crime de responsabilidade cometido por presidente da República, ministros de Estado e do Supremo Tribunal Federal, governadores e secretários de Estado –; e o Decreto-Lei n. 201/1967 – em relação ao crime de responsabilidade dos prefeitos e vereadores.

normas jurídicas positivadas em nosso ordenamento. Estas normas jurídicas disseminadas formam um conjunto (ainda que de maneira informal, sem a sistematização em um único diploma legislativo) de regras jurídicas que regulamentam a tutela coletiva. Como ainda não há uma regulamentação própria corporificada em uma codificação, a doutrina, com respaldo da jurisprudência, reconhece que as diversas leis existentes se comunicam entre si formando um verdadeiro sistema policentrado de tutela coletiva. (BASTOS, 2018, p. 58)

A jurisprudência tem papel importante na definição e consolidação do microsistema de tutela coletiva, como se observa na decisão do Superior Tribunal de Justiça que apontou que

[...] a Lei de Improbidade Administrativa, juntamente com a Lei da Ação Civil Pública, da Ação Popular, do Mandado de Segurança Coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar interpenetram-se e subsidiam-se.²⁶⁹

Especificamente, no que tange ao direito sancionador de atos que constituem formas de corrupção, a doutrina desenvolveu o conceito do microsistema anticorrupção.

Ambos os microsistemas citados – de tutela coletiva e anticorrupção – têm por principal utilidade servirem, por meio da teoria do diálogo das fontes, para viabilizar a aplicação do direito em casos em que a legislação é omissa, tomando por parâmetro o próprio texto legal de direito material ou procedimental afeto a institutos que disciplinam bens jurídicos tutelados com alguma semelhança.

Neste contexto, destacando a importância do microsistema anticorrupção e da Teoria do Diálogo das Fontes propugnada por Erik Jayme, ensina a doutrina que

[...] as objeções relativas à adoção de instrumentos de consenso no direito sancionador foram superadas pelo Direito Administrativo brasileiro por diversos textos legais, entre eles o da Lei n. 12.529, de 30.11.2011 (Acordo de leniência em relação às infrações à ordem econômica), da Lei n. 12.846, de 1.8.2013 (Acordos de leniência em atos contra a Administração Pública), da possibilidade de conciliação (art. 10, parágrafo único, da Lei n. 10.259/01 e art. 174 do CPC) e mediação (art. 3.º da Lei n. 13.140/15) em causas do Estado, a ausência de ajuizamento de execução fiscal de pequeno valor (art. 20 da Lei n. 10.522/02 e arts. 7.º e 8.º, ambos da Lei n. 12.514/11),

²⁶⁹ Vide REsp n. 510.150/MA – STJ.

da realização de acordos ou transações em juízo pela Advocacia-Geral da União e pelos dirigentes máximos das empresas federais (art. 2.º da Lei n. 9.469/97), da possibilidade de compromisso – extrajudicial ou judicial – para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público (art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei n. 4.657/42), da possibilidade do ‘emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato [de concessão], inclusive a arbitragem’ (art. 23-A da Lei n. 8.897/1995), entre outras hipóteses. Nessa mesma linha, o CPC/2015, aplicável subsidiariamente ao procedimento especial da ação de improbidade por força do seu art. 318, parágrafo único, trouxe um novo paradigma de consensualidade, consubstanciado, especialmente, nos arts. 3.º (incentivo, conciliação, acordo, etc.) e 190 (cláusula geral dos negócios processuais). Esse panorama normativo constituiu o que se convencionou chamar de microssistema anticorrupção, comunicável às hipóteses de improbidade administrativa, por força da Teoria do Diálogo das Fontes, propugnada por Erik Jayme. (CAMBI *et al.*, 2020, p. 62-63)

Pode-se afirmar que os principais diplomas legislativos que compõem o chamado microssistema anticorrupção são a Lei de Improbidade Administrativa²⁷⁰, Lei Anticorrupção²⁷¹ e Lei ou Pacote Anticrime²⁷², que, por meio do direito sancionador, seja de natureza civil, seja de natureza administrativa, seja, ainda, de natureza penal, tutelam o patrimônio público, o patrimônio social e a probidade administrativa, no enfrentamento da corrupção.

Ressaltando a importância da Lei Anticorrupção, que estabelece sanções cíveis e administrativas a pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, a doutrina indica que

[...] o fundamento que ampara tal orientação reside essencialmente no fato de que as disposições da Lei n. 12.846/2013 compõem um microssistema sancionatório de combate à corrupção e defesa do patrimônio público e probidade administrativa, cujas normas, por versarem sobre responsabilização civil-administrativa, mais se aproximam do contexto subjacente à Lei de Improbidade Administrativa. (CAMBI *et al.*, 2020, p. 73)

Desta forma, como será exposto no item a seguir sobre a teoria do diálogo das fontes, a utilização do microssistema anticorrupção na interpretação e aplicação do direito sancionador, mormente em se tratando de utilização de instrumentos consensuais, acarreta benefício ao Estado e ao particular investigado, sobretudo no que tange à segurança jurídica.

²⁷⁰ Lei n. 8.429/1992, com as alterações introduzidas pela Lei n. 14.230/2021.

²⁷¹ Lei n. 12.846/2013.

²⁷² Lei n. 13.964/2019.

5.6.3 Interface entre ANPC e institutos de consensualidade de natureza penal

Depois do direito à vida, muitos consideram que o direito à liberdade é o mais importante para os cidadãos. Diante da relevância desse direito, somente os atos tidos pelo legislador como mais graves e violadores a bens jurídicos que merecem proteção mais forte são tipificados, em *ultima ratio*, como crimes.

Assim, como direito fundamental, a Constituição da República, ao dispor sobre o princípio da legalidade em matéria penal, assegura que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.²⁷³ Os tipos penais, dessa forma, são previstos, em geral, pelo legislador, de forma mais fechada do que os atos tidos como ilícitos de natureza civil e administrativa.

Ao longo dos anos, mesmo em se tratando de direito penal, a consensualidade vem se expandindo, em mitigação aos princípios da obrigatoriedade – antes do oferecimento da denúncia – e da indisponibilidade – após o oferecimento da inicial acusatória – da ação penal pública.

A doutrina destaca que “[...] em sua linha evolutiva, o direito penal brasileiro adotou, em um primeiro momento, a consensualidade de colaboração, e, em um momento posterior, a consensualidade de pura reprimenda” (GARCIA, 2021, p. 65).

Como exemplos da evolução da consensualidade de colaboração em âmbito criminal, Emerson Garcia (2021) ensina que

[...] as disciplinas específicas, além do disposto na Lei n. 8.072/1990, foram previstas nos seguintes diplomas normativos: (a) Lei n. 9.034/1995, revogada pela Lei n. 12.850/2013, que dispunha sobre as organizações criminosas (art. 6.º); (b) Lei n. 9.080/1995, que incluiu um §2.º no art. 25 da Lei n. 7.492/1986, diploma este que versa sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional, e um parágrafo único, de conteúdo idêntico, no art. 16 da Lei n. 8.137/1990, que trata dos crimes contra a ordem tributária; (c) Lei n. 9.613/1998, que versa sobre o combate à lavagem de dinheiro (art. 1.º, § 5.º); e (d) Lei n. 11.343/2006, que dispõe sobre o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes (art. 41). A grande modificação somente foi promovida pela Lei n. 12.850/2013, que dispôs sobre as organizações criminosas e conferiu detalhada disciplina à denominada ‘colaboração premiada’. (GARCIA, 2021, p. 67-68)

²⁷³ Art. 5.º, XXXIX, da Constituição da República de 1988.

Em matéria de consensualidade de pura reprimenda no âmbito criminal, que ocorre quando o autor do fato concorda em receber imediatamente uma sanção diversa da pena privativa de liberdade, sem a obrigação de colaborar com o processo, o marco legislativo no Brasil é a Lei dos Juizados Especiais Criminais.²⁷⁴ Por meio de tal Lei, surgiram os institutos da transação penal²⁷⁵, da composição civil dos danos²⁷⁶ e da suspensão condicional do processo.²⁷⁷

Como ensina a doutrina de Emerson Garcia (2021), a edição da referida Lei está inserta na técnica de operatividade do próprio sistema de justiça penal – seja pelo vultoso número de processos criminais, seja pelo colapso do sistema penitenciário –, que poderia ser inviabilizado com a persecução penal de toda e qualquer infração, e teve inspiração em outros sistemas jurídicos, com especial realce para o norte-americano.

A comunidade acadêmica vem chamando a atenção para o êxito na utilização de instrumentos que compõem a justiça negocial, nos âmbitos cível e criminal, no contexto de combate à corrupção, conforme é possível observar no artigo de Prado (2019)²⁷⁸: “Cabe notar, outrossim, que o ‘sucesso’ da justiça negocial também é relevante para tal mudança de paradigma, como a utilização da colaboração premiada [...], acordo de leniência anticorrupção”.

Em âmbito penal, serão analisados nesta Dissertação os institutos da colaboração premiada, por consistir em exitosa prática de consensualidade de colaboração, assim como o ANPP, que apresenta muitas semelhanças com o ANPC e pode contribuir para sua maior aplicabilidade e efetividade.

Inicialmente, cumpre distinguir os institutos da delação premiada e da colaboração premiada.

Como o próprio nome indica, a delação premiada vem de delatar, isto é, ocorre quando o investigado incrimina um coautor. Como mecanismo de cooperação penal que beneficia o acusado, a delação premiada foi expressamente prevista na Lei de Crimes Hediondos.²⁷⁹

²⁷⁴ Lei n. 9.099/1995.

²⁷⁵ Art. 76, da Lei n. 9.099/1995.

²⁷⁶ Art. 74, da Lei n. 9.099/1995.

²⁷⁷ Art. 89, da Lei n. 9.099/1995.

²⁷⁸ Disponível em: <https://consultorpenal.com.br/tac-e-aco-es-de-improbidade-administrativa/>. Acesso em: 24 nov. 2022.

²⁷⁹ O art. 8.º, parágrafo único, da Lei n. 8.072/1990 dispõe: “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”.

Por sua vez, a colaboração premiada é negócio jurídico processual personalíssimo, celebrado entre o Ministério Público – ou o Delegado de Polícia com a manifestação do Ministério Público – e o acusado – assistido por seu defensor –, que decide colaborar com as investigações. Havendo preenchimento dos requisitos e os resultados pretendidos, o colaborador receberá os benefícios legais, como a diminuição da pena ou até mesmo o perdão judicial.

O instituto da colaboração premiada tem base em diversos diplomas normativos, a saber, Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional²⁸⁰, Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo²⁸¹, Lei de Lavagem de Capitais²⁸², Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas²⁸³, Lei do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, Lei Antitóxicos²⁸⁴ e a Lei do Crime Organizado.²⁸⁵

Por ser a mais recente e exitosa, cita-se a colaboração premiada da Lei do Crime Organizado, que exige confissão do investigado ou acusado²⁸⁶ e, em troca da redução ou substituição da pena privativa de liberdade, o autor do fato deve colaborar com as investigações de forma efetiva, isto é, de maneira que esta cooperação leve, em linhas gerais, aos seguintes resultados que atendam ao interesse público: (i) a identificação dos demais coautores; (ii) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; (iii) a prevenção de crimes; (iv) a recuperação do produto do crime; e (v) a localização de eventual vítima.²⁸⁷

Ao se traçar um paralelo com a delação premiada²⁸⁸, verifica-se que, mesmo antes da Lei n. 13.964/2019, a doutrina moderna já vinha discutindo a possibilidade de

²⁸⁰ Lei n. 7.492/1986.

²⁸¹ Lei n. 8.137/1990.

²⁸² Lei n. 9.613/1998.

²⁸³ Lei n. 9.807/1999.

²⁸⁴ Lei n. 11.343/2006.

²⁸⁵ Lei n. 12.850/2013.

²⁸⁶ Vide art. 3.º-C, § 3.º, da Lei n. 12.850/2013: “No acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados”.

²⁸⁷ Dispõe o art. 4.º, da Lei n. 12.850/2013: “O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada”.

²⁸⁸ Vide Lei n. 9.807/1999.

consensualidade nas ações de improbidade administrativa, como forma de se facilitarem as investigações de infrações cometidas, por meio de auxílio de algum dos partícipes, que seria beneficiado pela não aplicação de determinadas penalidades.

Nesse sentido, Carvalho (2021) destaca que a delação premiada facilita o esclarecimento do ilícito e permite que o agente arrependido que efetivamente colabora com a Justiça tenha sua pena diminuída ou mesmo não aplicada. O citado autor indica que, não obstante a ação de improbidade administrativa seja regida pelo processo civil, sua tramitação mais se aproxima da processualística penal.

Luiz Manoel Gomes Júnior e Diogo de Araújo Lima (2021) vislumbravam, após a positivação do ANPC pela Lei Anticrime, que tal espécie de acordo propiciava uma prática colaborativa na qual o cometedor do ato de improbidade confessaria o ilícito e identificaria outros responsáveis, conforme é possível observar a seguir:

O acordo pode assumir feição de negócio jurídico processual, nas situações em que há fixação de situações jurídicas processuais, quando, por exemplo, o autor do fato ímprobo, renunciando ao direito ao silêncio, assume o compromisso de confessar e identificar os demais envolvidos na infração, concorda com a redução de prazos legais ou renuncia desde logo aos prazos recursais, entre outras situações. (GOMES JÚNIOR; LIMA, 2021, p. 193-194)

Fábio Medina Osório (2020, p. 24), quando da vigência do regime jurídico do ANPC instalado pela Lei Anticrime, já analisava as possibilidades de influências recíprocas que permitiriam um acordo de colaboração premiada no âmbito da improbidade administrativa:

No ponto, importante abrir um parêntese para afirmar que também nos parece acertado registrar que nada obsta que um acordo de não persecução cível, celebrado nos autos de inquérito civil, procedimento investigatório ou em uma ação de improbidade, repercuta no campo penal, na medida em que, por vezes, um ato de improbidade administrativa também configura um ilícito penal. Dependerá, nesses casos, da apreciação soberana da autoridade com atuação na instância penal, evidentemente, à luz dos princípios reitores do direito penal e processual penal. Que tipo de acordo poderá ser celebrado na instância competente para apreciar atos de improbidade, quando houver acordo na seara penal? Entendemos que deve ser um acordo de colaboração premiada na esfera da improbidade administrativa. *A priori*, é claro que as informações produzidas na seara penal podem, desde logo, ser úteis à resolução da ação ou investigação de improbidade e, nesse contexto, ensejar o acordo de não persecução cível. Trata-se de uma colaboração premiada na

improbidade, como instrumento investigatório e, ao mesmo tempo, meio de defesa. (OSÓRIO, 2020, p. 24)

Em sentido oposto, o professor Emerson Garcia sustentava antes da edição do ANPC que

[...] no âmbito do direito sancionador brasileiro, a omissão ou vazio normativo, indicativo de que a matéria não é alcançada por norma expressa ou implícita, termina por atribuir-lhe a característica de verdadeiro “silêncio eloquente”. Trata-se de mera inferência lógica a partir dos papéis desempenhados pelos princípios da legalidade e da obrigatoriedade, que figuram como pilares na persecução de ilícitos no sistema brasileiro. Nesse caso, a omissão deve ser vista como deliberada e consciente exclusão. (GARCIA, 2017, p. 69)

De fato, a matéria é bem controvertida. Diante da evidente correlação entre a delação premiada e o ANPC, patenteia-se a importância de se acompanhar o entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade de utilização da colaboração premiada no âmbito da improbidade administrativa.

Em 2020, o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral nos autos do Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.175.650/PR, em que está sendo discutida a possibilidade da utilização da colaboração premiada, instituto de direito penal, no âmbito das ações de improbidade administrativa. O caso ainda está pendente de julgamento.²⁸⁹

Ocorre que, com a edição do ANPC, diante da possibilidade de sua utilização em forma de consensualidade de colaboração, nesta Dissertação, adota-se o entendimento de que não haveria necessidade de utilização da delação premiada nas ações de improbidade, pela já existência de instituto autônomo e específico para tal: o ANPC. Por outro lado, por meio da teoria do diálogo das fontes, a delação premiada pode ser utilizada para corroborar a adoção do ANPC na modalidade de consensualidade de colaboração.

²⁸⁹ Veja-se a ementa da decisão que reconheceu a repercussão geral: “Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. UTILIZAÇÃO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE E VALIDADE EM ÂMBITO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3.º, da Constituição, a questão acerca da utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 5.º, II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §§ 4.º e 5.º) e da legitimidade concorrente para a propositura da ação (CF, art. 129, §1.º). 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC. (ARE 1175650 RG - Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES. Julgamento: 25/4/2019. Publicação: 7/5/2019)”.

E mais: propõe-se, respeitada a independência funcional dos membros do Ministério Público com atribuição em âmbito penal e na defesa da probidade administrativa, que haja uma atuação integrada entre tais autoridades a fim de que sejam firmados acordos em conjunto com o investigado, visando à maior eficiência dos instrumentos de direito negocial.

Importante instituto de consensualidade no direito penal que merece destaque é o Acordo de Não Persecução Penal – ANPP –, que pode ser considerado “irmão” do ANPC, seja pela denominação, seja porque foi editado pela mesma Lei que criou o ANPC²⁹⁰, seja porque foi criado em momento em que a sociedade clamava e o poder público criava políticas públicas anticorrupção.

Para a celebração do ANPP²⁹¹, a legislação exige que o investigado confesse formal e circunstancialmente a prática de infração penal, bem como elenca as obrigações que, cumulativa e alternativamente, devem ser pactuadas entre o Ministério Público e o autor do fato.

São elas: (i) reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (ii) renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (iii) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (iv) pagamento de prestação pecuniária à entidade pública ou de interesse social, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e (v) cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Ao traçar um paralelo entre ANPC e ANPP, a doutrina aponta que

²⁹⁰ A Lei n. 13.964/2019 inseriu o art. 28-A no Código de Processo Penal, criando, por lei em sentido formal, o ANPP, cuja origem no plano infralegal estava no art. 18, da Resolução n. 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público.

²⁹¹ Art. 28-A da Lei n. 13.964/2019: “Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada”.

[...] considerando que as sanções penais e as sanções da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) integram aquilo que se convencionou chamar de Direito Sancionador, a Lei n. 13.964/2019 optou pela padronização das terminologias empregadas nessas distintas instâncias de responsabilização para designar as soluções negociadas para os seus respectivos conflitos, por meio das quais se viabiliza a aplicação imediata de sanções aos agentes infratores. Outro importante ponto comum entre o acordo de não persecução penal e o acordo de não persecução cível reside no fato de que o agente infrator não precisa colaborar com as investigações. Diferentemente, portanto, dos institutos de direito premial, nos quais o coautor ou partícipe do ilícito, visando a obtenção de algum prêmio, coopera com os órgãos de investigação, os acordos de não persecução penal ou cível dispensam essa colaboração.²⁹²

Como já exposto anteriormente, existe parcela da doutrina que prevê a confissão do ilícito como condição para celebração do ANPC, na linha do exigido no ANPP, especialmente quando se tratar de uma conduta que dê ensejo, a um só tempo, à celebração de ANPC e ANPP. Tal orientação restou acolhida em normativa interna do MPRJ que prevê, como conteúdo obrigatório do ANPC, a cláusula que contém a assunção da responsabilidade pelo ato ilícito praticado.²⁹³

As obrigações descritas no presente tópico, em especial aquelas previstas no ANPP e na delação e colaboração premiadas, poderão, por meio da teoria do diálogo das fontes, ser usadas no ANPC, como se verá nos próximos itens.

5.6.4 Interface entre ANPC e institutos de consensualidade de natureza cível

Antes do advento da Lei n. 13.964/2019 e da Lei n. 14.230/2021, parte da doutrina, sobretudo com arrimo em ato normativo editado pelo Conselho Nacional do Ministério Público²⁹⁴, já sustentava a possibilidade de resolução consensual de casos de improbidade administrativa por meio da utilização do compromisso de ajustamento de conduta.

Todavia, existia uma dificuldade conceitual na concepção do TAC como instrumento de consensualidade na seara administrativa. Como ensina Emerson Garcia (2017), o compromisso de ajustamento de conduta não se destina à consensualidade de colaboração ou

²⁹² Andrade (2020). Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel/>. Acesso em: 24 nov. 2022.

²⁹³ Art. 10, IV, da Resolução GPGJ/MPRJ n. 2.469/2022.

²⁹⁴ Resolução CNMP n. 179/2017.

mesmo à de pura reprimenda, mas serve como mecanismo de reparação ou recomposição do ilícito:

A funcionalidade do termo de compromisso de conduta, como se disse, é a de evitar a violação ou recompor o bem jurídico tutelado. O seu objetivo não é propriamente o de reduzir a esfera jurídica individual, o que denota profunda distinção em relação à consensualidade de colaboração ou de pura reprimenda afeta ao direito sancionador propriamente dito. Essa premissa certamente facilita a compreensão do art. 5.º, LXXIII, da Constituição da República, que autoriza o ajuizamento da ação popular, por qualquer cidadão, para anular ato lesivo ao patrimônio público, e do art. 1.º, VIII, da 7.347/1985, com a redação dada pela Lei n. 13.004/2014, segundo o qual ‘regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais’ causados ‘ao patrimônio público e social’. Essa responsabilização, como é intuitivo, é a cível *stricto sensu*, calcada no referencial de reparação; não a cível lato sensu, afeta ao direito sancionador extrapenal judicial cível *lato sensu*. Portanto, apesar de o termo de ajustamento de conduta estar previsto no art. 5.º, § 6.º, da Lei n. 7.347/1985, ele não se presta à consensualidade de colaboração ou de pura reprimenda. Se o objetivo de algum operador do direito for utilizá-lo, fã-lo-á com base em norma diversa que não essa. Apesar disso, ainda que o termo de ajustamento não possa incursionar no direito sancionador propriamente dito, é perfeitamente defensável a tese de que pode adentrar na seara da reparação ou da recomposição, ainda que seja formalmente cognominada de sanção. É o que ocorre, por exemplo, com a reparação do dano e a perda de bens ou valores adquiridos ilicitamente. Como o termo não é suficiente para afastar o ilícito e a sanção correlata, ainda que o infrator venha a celebrá-lo, não ficará livre das medidas (*rectius*: sanções propriamente ditas) que restrinjam a sua esfera jurídica. O termo será um acordo integrativo, não substitutivo da sanção cominada. (GARCIA, 2017, p. 61-62)

Nesse sentido, o doutrinador sustentava a possibilidade de celebração de compromisso de ajustamento de conduta mirando a adequação do comportamento do infrator à ordem jurídica, mas em nada influenciando na responsabilização de sua conduta pelas sanções da Lei de Improbidade Administrativa, conforme é possível observar a seguir:

É relevante observar que o art. 17, §1.º, da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade) veda, expressamente, a transação, o acordo ou a conciliação nas ações que visem a responsabilizar os agentes públicos pelos atos de improbidade que tenham praticado, mas não impede a assinatura de termos de ajustamento de conduta. Não se deve confundir a medida que busque elidir a aplicação das sanções a que está sujeito o agente, o que é terminantemente proibido, com aquela que persiga a adequação do comportamento do agente público à ordem jurídica, impedindo ou evitando que novos ilícitos sejam praticados ou, mesmo, combatendo os seus efeitos.

Esta última providência, como é fácil constatar, em nada comprometerá a efetividade da sanção cominada na norma, não sendo alcançada pela *ratio* da vedação ora analisada. Não vislumbramos, inclusive, qualquer impossibilidade de que a forma em que se dará a reparação do dano ou à perda dos bens adquiridos ilicitamente seja objeto de termo de ajustamento de conduta, pois tal não importará em qualquer óbice à aplicação das demais sanções cominadas na Lei n. 8.429/1992. (GARCIA, 2017, p. 67)

Justamente nesse ponto existe a abertura para a pactuação, no bojo do ANPC, de obrigações típicas do TAC, de molde a, em um único instrumento consensual, promover a responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa e concretizar medidas de desfazimento e reparação do ilícito, inclusive a título de danos morais coletivos, além de outras obrigações como de fazer, de não fazer e de dar.

Deve-se retomar o entendimento já exposto de que, no universo dos acordos administrativos, a atuação consensual da Administração está sujeita à vinculação negativa à lei formal, de modo que a Administração Pública possui poderes normativos sobre os instrumentos de consensualidade, estando apenas submetida a uma “reserva de norma”, e não a uma “reserva de lei”, em hipóteses nas quais a lei formal não prevê a competência para a prática consensual. E, para o TAC, existe lei formal que prevê a existência desse instrumento.²⁹⁵ E mais: especificamente no caso do ANPC, como já visto, existe uma cláusula geral na legislação específica que autoriza as partes a pactuarem “[...] outras medidas em favor do interesse público”.²⁹⁶

Destarte, no escopo do microsistema da tutela coletiva, aqueles que, a um só tempo, são legitimados à celebração tanto do TAC quanto do ANPC – ou seja, o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada – devem ter reconhecida a possibilidade de pactuação, em um mesmo instrumento (ANPC), de obrigações concernentes a ambos os institutos, respeitados os requisitos e as formalidades legais.

Anote-se ainda que, após a Lei n. 13.964/2019 e antes da Lei n. 14.230/2021, houve defesa do emprego do modelo do TAC para a resolução de casos de improbidade administrativa, numa interpretação de que o referido acordo não se destinaria à estipulação de sanções, mas sim de “condições” a serem atendidas para além das obrigações típicas de TAC, como se observa no trecho a seguir:

²⁹⁵ Art. 5.º, § 6.º da Lei n. 7.347/1985.

²⁹⁶ Art. 17-B, *caput* e § 6.º, da Lei n. 8.429/1992.

Entretanto, diante da autorização legal, lacunosa ressalte-se, de realização de acordo no âmbito da improbidade administrativa, operada pela Lei n. 13.964/2019, nada impede que, por TAC, ajuste-se a recomposição ao erário (o que mesmo antes da alteração legislativa já encontrava autorização na Lei n. 7.347/85 e na Lei n. 8.429/92) e sejam acordadas ‘condições’, a serem cumpridas pelo infrator, para afastar o processo por improbidade administrativa, as quais embora se assemelhem, nos efeitos, às penas previstas na Lei n. 8.429/92, não são penas e que, uma vez cumpridas, são aptas a alcançar o resultado que se pretendia com a aplicação das sanções, inviabilizando, assim, o exercício da ação ou sua extinção, por falta de interesse de agir do legitimado ativo. A compreensão do acordo de não persecução cível não como um acordo em que se aplicam as ‘sanções’ previstas na Lei n. 8.429/92, mas como um acordo em que o investigado se compromete a cumprir condições, que embora se assemelhem, em seus efeitos, às penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, não são penas, ajustando sua conduta para o fim de proteção do patrimônio público, compatibiliza-se com o sistema constitucional brasileiro e com a disciplina legal estatuída tanto na Lei n. 7.347/85 como na Lei n. 8.429/92. Ademais, em caso de descumprimento, sendo as condições acordadas suficientes à proteção do patrimônio público e por não constituírem penas, poderão ser executadas, em razão da natureza de título extrajudicial do TAC, sem que isso fira princípios constitucionais e a disciplina da Lei n. 7.347/85 e da Lei n. 8.429/92. Uma vez implementadas as condições, afastado estará o interesse de agir do Ministério Público e dos demais legitimados para o exercício da ação de improbidade administrativa. (PRADO, 2020, p. 5)

A importação, por meio da teoria do diálogo das fontes no contexto do microsistema de tutela coletiva, do regime jurídico do TAC para o ANPC, no atual momento em que o instituto já está disciplinado na LIA, apresenta grande valia em matéria de pactuação de obrigação de indenização em decorrência de danos morais coletivos. É que tal medida não consta expressamente na LIA, de maneira que a importação ora proposta, para preencher as lacunas das “outras medidas” a que alude o art. 17-B, *caput* e § 6.º, da Lei n. 8.429/1992, é de grande utilidade para fins de reparação à coletividade de danos sofridos.

Não é razoável dizer que tal proposta é desnecessária pela possibilidade de utilização da multa civil prevista no art. 12, da LIA, pelos seguintes motivos: (i) há limite legal máximo para a citada multa; (ii) a natureza da reparação por dano moral coletiva confere aspecto pedagógico ao infrator e satisfativo ao sentimento coletivo de reparação de dano moral; e (iii) a mencionada multa seria verba vinculada à pessoa jurídica lesada, enquanto o valor obtido a título de reparação por dano moral coletivo poderia ser destinado a fundos federais, estaduais ou municipais que tenham o mesmo escopo do fundo previsto no art. 13 da Lei n. 7.347/1985²⁹⁷; ou a projetos de prevenção ou reparação de danos de bens jurídicos da mesma

²⁹⁷ Art. 5.º, *caput*, da Resolução CNMP n. 179/2017.

natureza; ao apoio a entidades cuja finalidade institucional inclua a proteção aos direitos ou interesses difusos; a depósito em contas judiciais; ou, ainda, a destinação específica que tenha a mesma finalidade dos fundos previstos em lei ou esteja em conformidade com a natureza e a dimensão do dano.²⁹⁸

Nesse particular, deve-se citar a orientação manifestada pelo Centro de Apoio Operacional de Patrimônio Público e Social do Ministério Público de São Paulo, que fomenta a utilização, no ANPC, da obrigação de reparação por dano moral coletivo²⁹⁹:

Outra obrigação que também pode ser pactuada é a de reparação de danos morais coletivos, oportuna nas hipóteses em que o ato de improbidade administrativa provocar grande frustração na comunidade. O próprio STJ tem se manifestado no sentido de que a possibilidade de indenização por dano moral está prevista no art. 5.º, inciso V, da Constituição Federal, não havendo restrição da violação à esfera individual. A evolução da sociedade e da legislação tem levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial. O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa (REsp n. 1.397.870/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2.ª T., DJe 10/12/2014). (MPSP, 2020, p. 48-49)

Neste contexto, ressalta-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme ao rechaçar a tese de que o eventual reconhecimento de dano moral coletivo viola o art. 12 da Lei n. 8.429/1992. O entendimento do STJ admite a possibilidade de se buscar em ação de improbidade administrativa a indenização por danos morais na defesa de interesse difuso ou coletivo.³⁰⁰

Aliás, em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça chancelou a homologação de ANPC que previu, em suas cláusulas, a imposição do dano moral coletivo, em substituição à condenação de suspensão dos direitos políticos.³⁰¹

²⁹⁸ Art. 5.º, § 1.º, da Resolução CNMP n. 179/2017.

²⁹⁹ Nota Técnica n. 02/2020 – PGJ/CAOPP-MPSP.

³⁰⁰ Neste sentido, vejam-se os seguintes precedentes do STJ: AgInt no AREsp n. 1.129.965/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 18.6.2018; REsp n. 1.666.454/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30.6.2017; AgRg no REsp n. 1.003.126/PB, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 10.5.2011; REsp n. 1.681.245/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 12.9.2017 (EDv nos EAREsp n. 478.386/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Seção, DJe 24.2.2021).

³⁰¹ O julgamento foi assim ementado: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ACORDO. NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL. HOMOLOGAÇÃO. 1. Conforme a jurisprudência da Primeira

Deve-se frisar que, diante do disposto no art. 17-D da Lei n. 8.429/1992, já abordado na subseção 4.1, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania do MPRJ (2023) manifestou-se de forma favorável à possibilidade de se pleitear a reparação por danos morais coletivos no bojo de ação de improbidade administrativa (raciocínio que merece ser transposto à possibilidade de pactuação de obrigação reparatória da mesma natureza no âmbito do ANPC):

Assim, a interpretação do texto legal – mesmo aquele reformado pela Lei 14.230/2021 – deve considerar a constituição federal e o restante da legislação de tutela coletiva. Ao operar uma análise contextualizada e que considere tais elementos, parece ser possível sustentar que o art. 17-D não impossibilitou a cumulação de pedidos de reparação por danos morais coletivos decorrentes de atos de improbidade administrativa. A jurisprudência, embora pouco tenha se manifestado sobre o assunto – e em raríssimas vezes o enfrentou especificamente – também parece aceitar, por enquanto, a continuidade da reparação por danos morais coletivos na ação de improbidade pós-reforma da LIA. [...] (MPRJ, 2023, p. 15)³⁰²

Assim, verifica-se a plena aplicação do regime jurídico da responsabilidade civil por dano moral coletivo, devendo o valor da reparação ser fixado com base no princípio da proporcionalidade, observados os efeitos do ato de improbidade administrativa, no grau de censura da conduta do autor do ilícito, além de estipulado em atenção ao caráter punitivo e dissuasivo da medida.

Outro instituto de consensualidade relacionado a sanções de natureza administrativa e cível que merece destaque é o acordo de leniência. Uma abertura para a consensualidade de colaboração propriamente dita pode ser encontrada no regime desse acordo de leniência, previsto na Lei Anticorrupção.

Turma do STJ, a homologação judicial dos Acordos de Não Persecução Cível em sede de ação de improbidade administrativa, previsto na Lei n. 13.964/2019, pode ser levado a efeito na instância recursal. 2. Hipótese em que o demandado foi condenado pela prática de ato ímprobo previsto no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, tendo o TJ/PR mantido a multa civil no valor de 2 (duas) vezes o valor do dano; suspensão dos direitos políticos por 5 (cinco) anos; e ressarcimento do prejuízo causado ao erário. 3. O Ministério Público do Estado do Paraná, através do Grupo Especializado na Proteção ao Patrimônio Público e no Combate à Improbidade Administrativa (Gepatria), com o beneplácito do Conselho Superior do MP/PR, deliberou pela homologação do Acordo, mantendo a multa civil imposta, devidamente corrigida, o ressarcimento do dano ao erário, além da imposição do dano moral coletivo no valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), a ser adimplido parceladamente, em substituição à condenação de suspensão dos direitos políticos. 4. Homologação do acordo. Agravo em recurso especial prejudicado”. (STJ, PET no AREsp n. 1765046 / PR PETIÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2020/0248459-6. DJe 11/11/2022)

³⁰² Nota Técnica 01/2023 – CAO – Cidadania/MPRJ.

Fábio Medina Osório (2020) explica que “[...] acordos de leniência com cláusulas de não persecução na esfera cível já vinham sendo celebrados, com base na Lei n. 12.846/2013” (OSÓRIO, 2020, p. 2).

Emerson Garcia (2021) descreve aspectos gerais do acordo de leniência, acentuando seu caráter de colaboração e indicando seu alcance sobre sanções de direito sancionador cível e direito sancionador administrativo, aduzindo o seguinte:

Nesse caso, estamos perante uma exceção ao traço estrutural a que temos nos referido, sendo permitido que o acordo celebrado produza efeitos sem ser homologado pela autoridade competente para aplicar as sanções cíveis, *in casu*, o juiz. A limitação dos efeitos do acordo de leniência ao processo administrativo destinado à apuração de responsabilidades com base na Lei n. 8.666/1993 e na Lei n. 12.846/2013, bem como ao processo judicial voltado à aplicação das sanções previstas neste último diploma legal, indica uma opção consciente de não o estender a outras esferas de responsabilização. Esse aspecto torna-se bem nítido ao observarmos o teor do art. 30, I, da Lei n. 12.846/2013, segundo o qual a aplicação das sanções previstas neste diploma legal ‘não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes’ de ‘ato de improbidade administrativa nos termos da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992’. (GARCIA, 2021, p. 78)

Em relação à legitimidade para firmar o acordo de leniência, a legislação é clara ao atribuir competência administrativa à pessoa jurídica lesada – especificamente ao seu órgão de controladoria geral. No entanto, a doutrina e a jurisprudência estendem a legitimidade ao MP, como se vê da lição abaixo:

Apesar de a Lei n. 12.846/2013 somente fazer menção à celebração do acordo de leniência pela Administração Pública, é argumentativamente defensável a tese de que o Ministério Público também poderia celebrá-lo. A uma, o acordo de leniência tem como efeito afastar a aplicação de uma das sanções passíveis de serem aplicadas no processo judicial, aquela prevista no art. 19, IV, sendo o Ministério Público um dos legitimados ao ajuizamento da ação civil. A duas, como é possível a aplicação, no processo judicial, das sanções administrativas previstas no art. 6.º, se houver omissão da autoridade competente para promover a responsabilização administrativa, conforme prevê o art. 20, nada impediria que o Ministério Público celebrasse o acordo com o objetivo de obter informações úteis à persecução do ilícito. A três, a celebração do acordo é perfeitamente compatível com as funções institucionais do Ministério Público, instrumentalizando-as. Apesar disso, parece-nos que essa possibilidade assumirá contornos subsidiários. Afinal, os principais efeitos do acordo se apresentam no plano administrativo, com a redução de uma sanção, a multa, e a supressão de outra, a publicação extraordinária da decisão, e o Ministério Público não poderia impedir, com a sua iniciativa, a instauração do processo administrativo pela autoridade

competente. Outro aspecto digno de nota é o de que o Ministério Público não poderia simplesmente utilizar o invólucro cognominado de ‘acordo de leniência’ e atribuir-lhe qualquer conteúdo. O conteúdo há de ser, sempre e sempre, aquele previsto em lei. (GARCIA, 2021, p. 78-79)

Vislumbra-se um grande potencial de aproveitamento do regime jurídico do acordo de leniência da Lei n. 12.846/2013 como modelo para a inclusão de obrigações de cunho cooperativo no ANPC. Podem ser inseridas nessa espécie de ANPC as obrigações de “[...] identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber”³⁰³ e de “[...] obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração”.³⁰⁴

Com esse mesmo intuito, podem ser importados para o ANPC os seguintes requisitos: (i) que “[...] a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo”³⁰⁵; e (ii) que “[...] a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo [...]”.³⁰⁶

Essa utilização do regime de acordo de leniência alinha-se com a normativa atualmente adotada pelo MPRJ, que, entre os fatores a serem considerados para propositura do ANPC, inclui “[...] constituir meio de obtenção de provas em quaisquer espécies de atos de improbidade administrativa, desde que o beneficiado pela composição colabore efetivamente com as investigações e o processo, quando for o caso”.³⁰⁷

Desta forma, quando as medidas, cuja importação sugeriu-se neste item, não estiverem disciplinadas em ato normativo editado pelo legitimado ao ANPC, propõe-se que sejam adotadas com base na teoria do diálogo das fontes, na pluralidade de métodos da hermenêutica jurídica e na principiologia do direito público, conforme será desenvolvido nos próximos itens.

5.6.5 Interface entre ANPC e institutos de consensualidade de natureza administrativa

³⁰³ Art. 16, I, Lei n. 12.846/2013.

³⁰⁴ Art. 16, II, Lei n. 12.846/2013.

³⁰⁵ Art. 16, § 1.º, II, Lei n. 12.846/2013.

³⁰⁶ Art. 16, § 1.º, III, Lei n. 12.846/2013.

³⁰⁷ Art. 1.º, § 1.º, II, da Resolução GPGJ/MPRJ n. 2.469/2022.

Também no mundo do direito sancionador administrativo podem ser localizados institutos de consensualidade com aptidão para interagir com o ANPC de modo a viabilizar a inclusão de obrigações de caráter colaborativo.

Preliminarmente, não custa lembrar que a LIA expressamente indicou que se aplicam ao sistema da improbidade os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.³⁰⁸

Já se sustentou, em item prévio nesta Dissertação, o entendimento aqui adotado de que a improbidade administrativa está situada no âmbito de natureza cível. Sem prejuízo, seja por expressa previsão legal, seja em razão do microsistema anticorrupção, não é apenas possível, mas necessária a aplicação da principiologia do direito sancionador, em prestígio aos direitos fundamentais do investigado, ou para melhor aplicação do direito, ou, ainda, para maior efetividade da política pública de combate à corrupção.

Em matéria de institutos de consensualidade do direito sancionador administrativo, destaca-se, primeiramente, o próprio acordo de leniência disciplinado na Lei n. 12.846/2013, já abordado acima, em razão de sua natureza administrativa e de veicular sanções próprias, não só do direito sancionador cível, mas também do direito sancionador administrativo.

Em matéria de direito sancionador administrativo, ensina o jurista Emerson Garcia (2021):

As mesmas razões que conferem autonomia existencial ao direito sancionador cível, desaconselhando a sua equiparação ao direito penal, também afastam a sua absorção pela terceira instância de responsabilização a ser analisada, o direito sancionador administrativo. Essa instância foi largamente estudada pela doutrina espanhola, em razão dos próprios termos da Constituição de 1978, cujo art. 25, 3, dispõe que *‘la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad’*. São enquadradas nessa categoria as sanções aplicadas por uma autoridade administrativa, que tanto podem se limitar a restringir as relações jurídicas de natureza estatutária (v.g.: quando o superior hierárquico aplica as sanções de advertência ou de demissão) como restringir outros aspectos da esfera jurídica individual (v.g.: quando o Tribunal de Contas aplica a sanção de multa em razão do alcance praticado pelo gestor do dinheiro público; ou quando a autoridade de trânsito aplica uma sanção a quem infrinja norma de trânsito). [...] O direito sancionador administrativo apresenta peculiaridades que o distinguem das duas instâncias já analisadas: é aplicado por uma autoridade administrativa, com observância apenas subsidiária das normas processuais de caráter penal ou cível. Além disso, no seu âmbito, não é exigida a responsabilização por advogado. No âmbito

³⁰⁸ Art. 1.º § 4.º, da Lei n. 8.429/1992.

material, é identificada uma maior abertura das figuras tipológicas, o que o aproxima do direito sancionador cível, e não são cominadas sanções privativas de liberdade, no que se distingue do direito penal. [...] (GARCIA, 2021, p. 61)

Os fatores a serem considerados para propositura do ANPC incluem a consensualidade de colaboração, que visa à obtenção de informações e meios de prova que comprovem o ilícito, sendo que a premiação ajustada fica condicionada à colaboração efetiva e voluntária, com a investigação e com o processo, e desde que advenha um ou mais dos seguintes resultados: (i) identificação dos demais coautores, partícipes e beneficiários do ato ilícito; (ii) localização de bens, direitos e valores para fins de ressarcimento do dano ao erário ou reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida.³⁰⁹

Outros instrumentos de consensualidade do direito sancionador administrativo podem interagir com o ANPC.

O compromisso de cessação de conduta da Lei n. 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência) possui previsão que pode inspirar obrigações a serem pactuadas no ANPC com vistas a estabelecer um comportamento colaborativo mediante “[...] a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis”.³¹⁰

Particularmente, o acordo de leniência previsto no art. 86 da Lei de Defesa da Concorrência importa em instrumento que também pode orientar a celebração de um ANPC no modelo colaborativo.

Dessa espécie de acordo de leniência, podem ser extraídas as seguintes obrigações: “[...] a identificação dos demais envolvidos na infração”³¹¹ e “[...] a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação”.³¹² Ademais, pode ser aproveitada desse instituto a previsão do requisito de que “[...] a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo”.³¹³

Outra modalidade de instrumento de direito sancionador administrativo que merece ser analisada é o Acordo de Não Persecução Disciplinar – ANPD. Trata-se de instrumento da

³⁰⁹ Art. 5.º, da Resolução GPGJ/MPRJ n. 2.469/2022.

³¹⁰ Art. 85, § 1.º, I, Lei n. 12.529/2011.

³¹¹ Art. 86, *caput*, I, da Lei n. 12.529/2011.

³¹² Art. 86, *caput*, II, da Lei n. 12.529/2011.

³¹³ Art. 86, § 1.º, IV, da Lei n. 12.529/2011.

Administração Pública destinado a, por meio da consensualidade, evitar a instauração de processo administrativo disciplinar. Cita-se, como exemplo, o Provimento n. 51/2021 do PGJ/MPRS, que instituiu o referido modelo de acordo no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.³¹⁴

Assim, percebe-se que a consensualidade vem avançando, inclusive em tema de regime disciplinar de servidor público, com as cautelas já observadas em seção anterior no que tange à vinculação da administração pública na aplicação da pena de demissão quando comprovada, por meio de processo administrativo disciplinar, a prática de falta funcional punível com esta espécie de sanção, conforme orienta o Superior Tribunal de Justiça.³¹⁵

Desta forma, tal como proposto nos itens anteriores, o regime jurídico da consensualidade do direito administrativo sancionador visto no presente tópico para aperfeiçoar a aplicação do ANPC, levando à elaboração de acordos mais completos, busca a maior efetividade da política pública anticorrupção.

5.6.6 Sanções premiais e ANPC

O direito sancionador não deve ser tratado como um ramo jurídico destinado exclusivamente ao incentivo pela punição. No contexto de administração pública dialógica, a sanção aplicada pode ter um caráter positivo para o destinatário, estimulando comportamentos pela premiação, de modo a realizar as finalidades públicas almejadas pelo Estado e pela sociedade.

Neste sentido, ensinam Marcelo Mazzola e Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2022):

As sanções premiais – que podem conviver pacificamente com as sanções punitivas – propiciam a criação de um círculo retroalimentante de positividade, funcionando como indutores de comportamentos, o que favorece o cumprimento antecipado de metas e obrigações.³¹⁶

³¹⁴ Um dos requisitos à propositura de ANPD no MPRS consiste na “[...] necessidade da concreta implementação pelo investigado de medidas efetivas de regularização ou adequação do serviço ministerial, bem como de compensação ou reparação do prejuízo causado”, como se extrai do art. 6.º, III, “d”, Provimento n. 51/2021 do PGJ/MPRS.

³¹⁵ Vide Súmula n. 650, do STJ.

³¹⁶ Mazzola & Oliveira (2022). Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2022/06/03/sancoes-premiaais/>
Acesso em: 25 jan. 2023.

A doutrina ensina que, tanto no direito penal quanto no direito administrativo sancionador, existe a adesão a institutos de direito premial, que funcionam segundo uma lógica em que “[...] o coautor ou partícipe do ilícito, visando à obtenção de algum prêmio, coopera com os órgãos de investigação” (CAMBI *et al.*, 2020, p. 77-78).

O ANPC pode ser enquadrado nesse modelo. Juliano Heinen (2023) define o Acordo de Não Persecução Cível como instrumento de direito premial que deve observar um sinalagma entre as obrigações postas ao acusado e as vantagens a ele ofertadas. Observe a seguir como desenvolve o autor:

O Acordo de Não Persecução Cível é um negócio jurídico celebrado pelo Ministério Público com o particular que foi autor de infração à Lei n. 8.429/92. Tem por objeto obrigações mútuas: de um lado, o acusado deve fornecer elementos para auxiliar ou para desvendar ilícitos, ressarcir o erário, entre outros. De outro lado, o mesmo acordante recebe, em contrapartida, benefícios definidos na legislação. Trata-se, então, de verdadeiro ‘direito premial’. Por meio do tal negócio processual se estabelece um sinalagma: de um lado se impõe uma série de obrigações ao acusado e, de outro, fixa-se uma série de vantagens a ele. (HEINEN, 2023, p. 574-575)

Analisando o atual regime jurídico do ANPC, Mazzola e Oliveira (2022) consideram que as normas contidas no art. 17-B, §§ 2.º e 6.º, da Lei n. 8.429/1992 são adequadas à possibilidade de inserção de sanções premiais no bojo do instrumento negocial. Destarte, enxergam que

[...] por meio das sanções premiais estipuladas no ANPC, o que se quer é estimular determinado comportamento não obrigatório (a denúncia de irregularidades, o cumprimento antecipado de obrigações, etc.). A mesma lógica, portanto, das sanções premiais legais (o destinatário da norma não é obrigado a praticar a conduta, mas se adotar o comportamento esperado fará jus ao prêmio).³¹⁷

Algumas das sanções premiais imaginadas pelos dois autores citados para utilização no ANPC são: (i) o oferecimento de um desconto pelo pagamento à vista ou antecipado dos valores pactuados, favorecendo um adimplemento mais rápido das obrigações financeiras acordadas com o pactuante; (ii) a substituição da sanção de multa pelo cumprimento de obrigações de fazer e da realização de investimentos, com a previsão, na hipótese de

³¹⁷ Mazzola & Oliveira (2022). Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2022/06/03/sancoes-premiaais/>
Acesso em: 25 jan. 2023.

cumprimento de tais obrigações em prazo inferior ao avençado, de concessão de benesses ao pactuante, tais como o alargamento do tempo para cumprimento de uma próxima etapa de investimento ou a diminuição do valor restante a ser investido; e (iii) o afastamento de uma das sanções típicas da improbidade administrativa, na hipótese de cumprimento da obrigação de ressarcimento ao erário em data anterior à pactuada.

Nesse sentido, em diálogo de fontes com o ANPP, é cabível para o ANPC a importação da obrigação de prestação de serviços à comunidade, ou a entidades públicas, ou da obrigação de pagamento de prestação pecuniária em favor de entidade pública, ou de interesse social que tenha, preferencialmente, como função a proteção de bens jurídicos iguais ou semelhantes aos que teriam sido lesados pela conduta ilícita³¹⁸, tendo como contrapartida a não aplicação de uma das sanções típicas da Lei n. 8.429/1992.

A substituição de uma sanção típica prevista na LIA por outra medida obtida por meio da utilização da teoria do diálogo das fontes ganha maior relevância no caso de unidades do Ministério Público e de pessoas jurídicas interessadas que tenham editado norma exigindo, além do ressarcimento ao erário e da perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, a aplicação de uma ou mais sanções cominadas em lei, como é o MPRJ.³¹⁹

5.6.7 A colaboração para a obtenção de provas no ANPC

A experiência prática na investigação de atos de improbidade aponta a dificuldade na obtenção de provas como um dos grandes empecilhos para o êxito da apuração deste tipo de ilícito.³²⁰ E mais: quando se consegue obter justa causa para o ajuizamento de ação de improbidade administrativa, o processo costuma se arrastar por anos.

Neste sentido, a doutrina indica que o princípio da eficiência converge para a consensualidade em matéria de improbidade, “[...] considerando que os instrumentos

³¹⁸ Art. 28-A, III e IV, do Código de Processo Penal.

³¹⁹ Art. 2.º, *caput*, da Resolução GPGJ n. 2.469/2022.

³²⁰ Em pesquisa feita pelo Conselho Nacional de Justiça sobre improbidade administrativa, foi concluído que “O fato é que restou verificado na pesquisa que raras foram as Ações de Improbidade Administrativa ajuizadas sem a prévia instauração do Inquérito Civil, demonstrando a elevada relevância do instituto na defesa da probidade administrativa, inclusive para evitar o ajuizamento açodado ou sem elementos mínimos desse grave tipo de demanda judicial”. BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. 1.ª Edição Série Justiça Pesquisa. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assagra de Almeida *et al.* Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 82. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/1ef013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf> Acesso em: 27 jan. 2023.

consensuais apresentam menor custo e são mais bem aceitos e implementados se comparados com a judicialização de ações de improbidade administrativa, cujo trâmite não raro perdura por mais de uma década” (CAMBI *et al.*, 2020, p. 62).

Neste contexto, diante das dificuldades práticas encontradas no âmbito do Poder Judiciário para concretização da política pública de combate à corrupção por meio das ações de improbidade administrativa, destaca-se que o Conselho Nacional de Justiça realizou pesquisa sobre os obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade, sugerindo uma série de medidas, inclusive para reduzir o tempo de tramitação processual.³²¹

Assim, a doutrina sugere a adesão a instrumentos de consensualidade com o propósito de realização de uma colaboração probatória:

Ocorre que a *praxis* ao longo de quase trinta anos de aplicação da LIA demonstrou a enorme ineficácia das medidas, sobretudo judiciais, voltadas à aplicação de penalidades aos agentes ímprobos e à recomposição do patrimônio público lesado. Deveras, a maior parte dos comportamentos ímprobos são praticados em ambiente velado e sem deixar rastro probatório, vez que o conluio entre particulares – pessoas físicas e jurídicas – e agentes públicos envolvidos costuma ser bem camuflado, mediante emprego de técnicas cada vez mais sofisticadas de mascaramento de atos ilegais, o que dificulta sensivelmente a atuação dos órgãos de controle e fiscalização, a exemplo dos Tribunais de Contas, Controladorias e Ministério Público. Nesta linha, o acesso à prova de atos lesivos, a exemplo do pagamento de propina a agentes públicos para favorecimento em certames licitatórios e formação de cartéis, poderia ser facilitado através dos *mecanismos consensuais* previstos no ordenamento jurídico pátrio voltados à *colaboração probatória*, em que envolvidos em atos de irregularidade comprometer-se-iam, em troca de redução de penalidades legais, à produção da prova necessária ao seu descortinamento, à identificação de responsáveis e à reparação integral do prejuízo causado ao Erário. (ANTONIO JUNIOR, 2022, p. 228-229, grifos no original)

Diagnóstico semelhante apontando os benefícios da consensualidade de colaboração é feito por Julizar Barbosa Trindade Júnior (2021):

Impensável em 1992, a pactuação entre o particular e o Poder Público revelou-se então não apenas recomendável, mas imprescindível no enfrentamento de determinadas infrações. É aqui ilustrativo o dilema apresentado por Maurício Zockun e Gabriel Morettini e Castella: ‘negociar e punir’ ou ‘não negociar e aceitar um crescimento da impunidade resultante da fraqueza probatória de processos acusatórios baseados em técnicas

³²¹ Idem.

tradicionais de instrução'. Como também já apontavam Eduardo Cambi e Cláudio Smirne Diniz, o debate do tema deve considerar a dificuldade de produção de provas em atos genericamente conceituados como de corrupção, dificuldade que decorre, dentre outros fatores, da sofisticação do processo de apropriação privada de bens públicos, assim como do fato de que, comumente, corruptor e corrupto são igualmente beneficiados e, assim, protegem-se mutuamente. É nesse contexto que a colaboração do agente revela-se de fundamental importância, na medida em que permite ao ente sancionador uma visão interna da estrutura organizada para a prática dos ilícitos, 'o que engloba a hierarquização, a operacionalização, a destinação dos bens e os meios utilizados para a lavagem de ativos'. Não é sem razão, portanto, que o artigo 17, § 1.º, da LIA, com a redação conferida pela Lei n. 13.964/2019, veio a admitir o Acordo de Não Persecução Cível (ANPC). (TRINDADE JÚNIOR, 2021, p. 111-112)

Como já defendido em subseção própria, a colaboração premiada e o acordo de leniência são dois dos institutos de direito sancionador com os quais o ANPC pode travar um diálogo de fontes com o fim de fundamentar a inclusão de outras obrigações no instrumento negocial a ser firmado com o responsável pelo ato ímprobo, o que pode servir para a instrução probatória da investigação.

Do acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção, pode-se extrair a obrigação de colaborar de modo a resultar na identificação dos demais envolvidos na infração e na obtenção célere de documentos e informações comprobatórias do ilícito.³²²

Já da colaboração premiada pode-se aproveitar a obrigação de cooperar de forma a se conseguir a identificação dos demais coautores e partícipes da infração ou a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização investigada.³²³

Julizar Barbosa Trindade Júnior (2021) acompanha um setor da doutrina que sustenta que a colaboração probatória é uma possibilidade, não uma obrigatoriedade, para a celebração do ANPC. Assim, manifesta que

[...] o Acordo de Não Persecução Cível, portanto, poderá restar justificado sem que haja necessariamente a inclusão de cláusulas de colaboração para a obtenção de provas respeitantes aos fatos investigados ou a eventuais outros agentes. Noutras palavras, e embora seja possível – e muitas vezes será até mesmo imprescindível – que o acordo seja celebrado visando à aquisição de provas sobre os fatos em apuração ou sobre a participação de outros envolvidos, nada impede que o ANPC, a depender da situação concreta (ou seja, a depender da realidade fática, das vantagens de uma solução célere do conflito em face da estimativa de demora do trâmite processual, do

³²² Art. 16, I e II, Lei n. 12.846/2013.

³²³ Art. 4.º, I e II, Lei n. 12.850/2013.

cumprimento efetivo da sanção ajustada, do rápido ressarcimento do dano, da cessão da prática da improbidade, etc.), seja celebrado sem cláusulas de colaboração probatória. (TRINDADE JÚNIOR, 2021, p. 126-127)

Também teorizando sobre as formas de consensualidade possíveis para o ANPC, Eduardo Cambi *et al.* (2020, p. 78-79) já imaginavam, antes do advento da Lei n. 14.230/2021, a aplicação dos modelos do acordo de leniência e da colaboração premiada com o objetivo de, diante da prática de atos ímprobos de maior gravidade, ser estabelecida uma pactuação com base na colaboração probatória:

Entre os resultados esperados dessa colaboração, destacam-se: a identificação dos demais envolvidos na infração (art. 86, I, da Lei n. 12.529/2011, art. 16, I, da Lei n. 12.846/2013 e art. 4.º, I, da Lei n. 12.850/2013), a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação (art. 86, II, da Lei n. 12.529/2011 e art. 16, II, da Lei n. 12.846/2013), a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa (art. 4.º, II, da Lei n. 12.850/2013), a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa (art. 4.º, III, da Lei n. 12.850/2013), e a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa (art. 4.º, IV, da Lei n. 12.850/2013). (CAMBI *et al.*, 2020, p. 78-79)

Desta forma, por todos os ângulos analisados, verifica-se que a modalidade de ANPC de colaboração traz inúmeros benefícios para o investigado – que deixa de ser réu em ação de improbidade administrativa – e para a coletividade, que, por meio do Ministério Público que a representa em legitimidade extraordinária, obtém mais informações que servem, sobretudo, para: (i) identificação dos demais coautores, partícipes e beneficiários do ato ilícito; e para (ii) localização de bens, direitos e valores para fins de ressarcimento do dano ao erário ou reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida.

5.6.8 Independência mitigada entre as instâncias de responsabilização

Como visto anteriormente, um mesmo fato pode acarretar consequências jurídicas no âmbito do direito sancionador nas esferas administrativa, civil, penal e política, o que deve ser considerado na aplicação ora proposta do ANPC, com aproveitamento do regime jurídico de outros institutos do direito sancionador penal, civil e administrativo.

Uma vez constatada a existência dessas instâncias a princípio independentes e autônomas de responsabilização, deve-se entender igualmente como ocorre a sua coexistência, isto é, em que medida elas se relacionam.

No direito brasileiro, o regime jurídico próprio de cada uma dessas esferas de responsabilidade influencia no das demais, seja pelos microssistemas envolvidos, seja pela sinergia dos institutos sancionadores do ordenamento jurídico. Nesta linha, ensina Emerson Garcia (2021) que,

[...] apesar de o direito positivo brasileiro adotar a independência entre as instâncias de responsabilização, é factível que cada uma das manifestações do direito sancionador será influenciada pelos princípios gerais, de estatura constitucional, afetos ao direito sancionador penal, que oferece as garantias mais básicas para o indivíduo em relação ao Estado. A partir daí, serão observados os demais direitos fundamentais, aplicados indistintamente a todos os indivíduos, com especial ênfase para as garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, bem como colhidos os influxos do sistema processual a ser utilizado, que pode ser o administrativo ou o judicial de natureza cível. Não há, nesse particular, correlação necessária entre o ramo do direito regente da conduta praticada ou da relação jurídica que lhe deu origem e aquele que disciplinará o respectivo sistema de responsabilização. Essa constatação, por óbvio, não permite que seja ignorada a disciplina jurídica regente da conduta praticada ao aferir-se o seu enquadramento, ou não, no plano da juridicidade. (GARCIA, 2021, p. 62-63)

Contudo, o sistema jurídico pátrio estrutura-se sob um princípio geral de autonomia de instâncias. Sobre esse tema, Valter Shuenquener de Araújo (2022) faz referência ao reconhecimento jurisprudencial desse paradigma de independência no campo do poder disciplinar, sobretudo quando comparado com as sanções impostas judicialmente:

No Brasil, a independência entre as instâncias, e a conseqüente possibilidade de sobreposição de sanções penais, civis e administrativas, é amplamente reconhecida pela jurisprudência (Brasil, 2002a e 1996a). O Supremo Tribunal Federal (STF) já consagrou, em diversas ocasiões, a autonomia entre os processos administrativos sancionatórios e as sentenças judiciais, tendo destacado, por exemplo, que as decisões emanadas do Poder Judiciário ‘não condicionam o pronunciamento censório da Administração Pública’, eis que as sanções penais e administrativas configuram ‘respostas autônomas do Estado à prática de ilícitos’ (Brasil, 2006). Segundo esta orientação, o exercício do poder disciplinar não está sujeito ao prévio encerramento de ações penais ou cíveis (Brasil, 1994), sendo plenamente possível que ambas sejam deflagradas paralelamente ao processo administrativo sancionador (Brasil, 2010a). Com efeito, inclusive nos casos em que a infração disciplinar também é capitulada como crime, a aplicação da sanção

disciplinar independe da condenação penal (Brasil, 2015). (ARAÚJO, 2022, p. 633)

Porém, esse modelo de relacionamento entre as instâncias do direito sancionador pode resultar problemático, sobretudo em razão da possibilidade de decisões conflitantes em relação a questões fáticas envolvidas. Emerson Garcia (2021) menciona a preocupação existente com eventuais excessos punitivos que podem resultar na imposição de uma pluralidade de sanções de diferentes esferas de responsabilização em decorrência da prática de uma mesma conduta:

A existência de mais de uma instância de responsabilização permite que sanções de idêntica natureza jurídica sejam aplicadas em mais de uma instância, o que também contribui para alimentar o debate a respeito de um possível excesso punitivo por parte do Estado. Este aspecto certamente não passou despercebido ao legislador, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para dispor, no § 3.º do art. 21, que ‘as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato’. (GARCIA, 2021, p. 59)

Assim, verifica-se a importância de se buscarem alternativas para que o poder público mantenha coerência e proporcionalidade na aplicação do direito sancionador. Valter Shuenquener de Araújo (2022), denunciando essa questão, propõe a aceitação, no lugar do princípio da independência das instâncias, de um outro princípio, o da interdependência de instâncias:

O paradigma da incomunicabilidade entre as instâncias tem sido objeto de ampla crítica doutrinária, usualmente relacionada à insegurança e à ineficiente fragmentação do regime jurídico sancionatório existente. Tal modelo, quando não relativizado, propugna solução incompatível com a Constituição da República, dissonante do Estado de Direito e inconciliável com a tutela dos direitos fundamentais. (Arêdes, 2018, p. 223; Sotomayor, 2008, p. 26; Medina Osório, 2017) Na doutrina contemporânea, aponta-se a necessidade de uma maior racionalidade na punição de condutas que transbordam a instância administrativa e repercutem na penal e na cível, a fim de que a política sancionatória se torne ‘mais legítima, mais clara para o destinatário da norma, mais proporcional e menos dispendiosa para o Estado’. (Costa, 2014, p. 115) Nesse ambiente, prenuncia-se um novo princípio: o da interdependência das instâncias, que obriga os diferentes processos sancionatórios a atuarem como vasos comunicantes e a sofrerem múltiplos fluxos inter-relacionais. No direito contemporâneo, sobressai a necessidade de uma maior comunicação, integração e coordenação entre as

instâncias civil, penal e administrativa, com a finalidade de se coibir o arbítrio estatal, diminuir a insegurança jurídica e de se garantir a proporcionalidade sancionatória. (ARAÚJO, 2022, p. 632)

É necessário retomar a ideia de que atos e fatos jurídicos ocorridos em uma das instâncias de responsabilização podem ter reflexos em outras. Emerson Garcia (2021) evidencia a previsão normativa de algumas hipóteses de influência entre as esferas de responsabilização:

A legislação infraconstitucional estabelece inúmeras formas de diálogo entre as distintas instâncias existentes, que são, em linha de princípio, independentes entre si. É o que se verifica, por exemplo: (a) no âmbito do direito penal, em que o reconhecimento de que o fato não existiu, de que o réu não foi o seu autor ou de que agiu amparado por uma excludente de antijuridicidade produz efeitos nas demais esferas de responsabilização que não a política; (b) com a celebração de acordos de leniência pelo Cade, como autorizado pelos arts. 86 e 87 da Lei n. 12.529/2011, o que acarreta a extinção da punibilidade de certas categorias de infrações penais; (c) com o acordo de leniência previsto na Lei n. 12.846/2013, celebrado no plano administrativo com base no seu art. 16, que afasta a aplicação, no âmbito da responsabilização judicial de natureza cível, da sanção prevista no art. 19 [‘proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos’]. Embora haja o diálogo, aspectos pontuais de uma instância de responsabilização não podem ser arbitrariamente transpostos para outra ao alvedrio do intérprete. O que se exige é que haja uma compatibilidade sistêmica nas soluções ou nos problemas a serem compartilhados, aproximando-se o que deve ser tratado de maneira comum, separando-se o que é peculiar a uma ou outra instância. (GARCIA, 2021, p. 63)

Um importante aspecto da comunicação entre as instâncias de responsabilização diz respeito aos efeitos da sentença penal absolutória na ação de improbidade administrativa.

A LIA, a partir de sua reforma de 2021, passou a prever que as sentenças civis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria.³²⁴

Mas, indo além, a Reforma incluiu dispositivo que preceitua que, havendo absolvição criminal, confirmada por decisão colegiada, em ação penal em que se discutam os mesmos fatos apreciados em ação de improbidade administrativa, a decisão absolutória impedirá o

³²⁴ Art. 21, § 3.º, da Lei n. 8.429/1992.

trâmite da ação de improbidade, sendo comunicados todos os fundamentos de absolvição constantes do art. 386 do Código de Processo Penal.³²⁵

Tal norma é objeto de ação direta de inconstitucionalidade.³²⁶ Inicialmente, observa-se que o disposto neste parágrafo quarto do art. 21, da LIA, discrepa do que dispõem os arts. 65, 66 e 67 do Código de Processo Penal. Tais preceitos do diploma processual penal, de um lado, admitem a eficácia da coisa julgada penal no âmbito cível para as sentenças absolutórias que reconheçam a existência de excludentes de ilicitude, mas, de outro, definem expressamente que a comunicação da coisa julgada para a esfera cível não se opera quando a sentença absolutória não tiver reconhecido categoricamente a inexistência do fato ou quando tiver se fundamentado no entendimento de que o fato imputado não configura crime.

A prática revela que a maior parte das sentenças absolutórias tem fundamento na falta de prova, vale dizer, não há provas suficientes para suportar uma condenação criminal, que exige a comprovação de tipos penais normalmente fechados. Por outro lado, pela natureza do ilícito e das sanções, para fins de improbidade administrativa, a prova exigida do ilícito para condenação do réu é mais flexível, até porque os tipos que definem os atos de improbidade administrativa são mais abertos.³²⁷

A regra introduzida na Lei de Improbidade Administrativa também não se harmoniza com a disciplina dada no Código Civil³²⁸, que prevê a independência entre as instâncias cível e criminal, com a ressalva de não se poder questionar mais na esfera cível sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal. Tal preceito merece ser interpretado à luz das conclusões da I Jornada de Direito Civil, que diz: “No caso do art. 935, não mais se poderá questionar a existência do fato ou quem seja o seu autor se essas questões se acharem categoricamente decididas no juízo criminal”.³²⁹

Uma corrente de pensamento poderia reconhecer que o referido art. 21, § 4.º, da LIA, somente consistiria em uma nova hipótese de comunicação entre instâncias. Contudo, tendo em consideração o teor do art. 37, § 4.º, da Constituição da República³³⁰, percebe-se uma

³²⁵ Art. 21, § 4.º, da Lei n. 8.429/1992.

³²⁶ ADI 7236.

³²⁷ Arts. 9.º, 10 e 11, da Lei n. 8.429/1992.

³²⁸ Art. 935, do Código Civil.

³²⁹ Enunciado n. 45, da I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal.

³³⁰ Dispõe o art. 37, § 4.º, da Constituição da República de 1988: “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”.

inconstitucionalidade flagrante naquele dispositivo legal. É como defende Mateus Camilo Ribeiro da Silveira (2022):

A prevalecer interpretação no sentido da comunicabilidade dos efeitos de qualquer sentença penal absolutória, de forma indistinta e automática, para o sistema da improbidade, o dispositivo da Lei n. 14.230/2021 estaria, a rigor, subordinando integralmente esta esfera de responsabilidade à instância criminal – em clara violação ao artigo 37, §4.º, da Constituição –, sem exigir qualquer exame ou consideração prévia acerca dos fundamentos de absolvição adotados no caso concreto na esfera penal e seus efeitos sobre o alcance e a procedência da pretensão punitiva decorrente da Lei n. 8.429/1992. (SILVEIRA, 2022, p. 137)

Com esse raciocínio, o autor defende uma interpretação, conforme a Constituição, do art. 21, § 4.º, da Lei n. 8.429/1992, de maneira a aceitar a comunicação de efeitos somente nas hipóteses já versadas pelo parágrafo terceiro do art. 21 da Lei de Improbidade Administrativa, rechaçando-a nas hipóteses de decisão de absolvição criminal por insuficiência de provas³³¹ ou reconhecimento de atipicidade da conduta.³³² Merece ser afastada também a hipótese de comunicação automática dos efeitos de decisão absolutória tomada em razão de fundada dúvida sobre a existência de excludente de ilicitude ou de culpabilidade.³³³

Em sede de decisão liminar³³⁴, o Relator Ministro Alexandre de Moraes, deferindo parcialmente a medida cautelar pleiteada, decidiu pela suspensão da eficácia do aludido art. 21, § 4.º, da Lei n. 8.429/1992. Compreendeu o julgador que o dispositivo em comento configurou uma violação da autonomia entre instâncias tal como desenhada no art. 37, § 4.º, CRFB/1988:

Consagrada no § 4.º do art. 37 da Constituição Federal, segundo o qual ‘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’, a independência de instâncias exige tratamentos sancionatórios diferenciados entre os atos ilícitos em geral (civis, penais e político-administrativos) e os atos de improbidade administrativa. [...] Nada obstante o reconhecimento dessa ‘independência mitigada’ (Rcl n. 41.557, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 10/3/2021), a comunicabilidade ampla pretendida pela norma questionada acaba por corroer a própria lógica constitucional da autonomia das instâncias, o que

³³¹ Art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

³³² Art. 386, III, do Código de Processo Penal.

³³³ Art. 386, VI, *in fine*, Código de Processo Penal.

³³⁴ Liminar monocrática deferida no bojo de Medida Cautelar na ADI 7236.

indica, ao menos em sede de cognição sumária, a necessidade do provimento cautelar. (Supremo Tribunal Federal, ADI 7236/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 27.12.2022, p. 9.1.2023)

Como desenvolvido anteriormente, os institutos consensuais dos variados campos de responsabilização podem ser empregados em uma atuação conjunta. A título ilustrativo, pela prática de uma mesma conduta, as autoridades públicas competentes podem celebrar um ANPP e um ANPC, ou um TAC e um ANPC.

Interessa, nesse cenário, que os entes públicos legitimados atuem de forma harmônica e preferencialmente integrada, de maneira a evitar problemas de segurança jurídica, como o da celebração de ANPC por um legitimado simultaneamente ao ajuizamento de ação de improbidade por outro legitimado, e, ainda, problemas de razoabilidade e proporcionalidade punitiva como o da imposição de sanções e obrigações de mesma natureza, pelo mesmo fato, em instâncias diferentes de responsabilização – por exemplo, pela imposição de multa em diversas sedes (administrativa, controladora, judicial), cujo somatório afronte a proporcionalidade.

Em relação à formação de diferentes títulos executivos em esferas distintas que assegurem o ressarcimento ao erário, entende-se nesta Dissertação se tratar de salutar providência, diante da conveniência de se conferir a máxima efetividade das medidas que garantam o ressarcimento ao patrimônio público. No entanto, reitera-se a ressalva feita no item da seção anterior sobre as sanções da LIA, no sentido de ser observada a devida dedução do valor da obrigação de recomposição do erário que primeiramente foi executada, no momento da execução do título remanescente, como preceitua, aliás, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Desta forma, percebe-se que a leitura mais adequada sobre a coexistência das distintas esferas de responsabilização em tema de direito sancionador é reconhecer sua independência mitigada.

Assim, deve-se aplicar o direito com uma visão que, a um só tempo, respeita as peculiaridades, a natureza e o escopo de cada área específica, mas, excepcionalmente, estende do direito penal para as instâncias civil e administrativa os efeitos da absolvição especificamente nas hipóteses acima trazidas, em que se conclui pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria.

5.6.9 ANPC e a atuação integrada interinstitucional e interna dos legitimados

No campo prático, a utilização do ANPC pelo órgão competente do Ministério Público pode ocorrer de forma simultânea à atuação de outros órgãos – dentro do próprio Ministério Público ou da pessoa jurídica interessada – na esfera da consensualidade, diante da prática de atos de improbidade.

Tal fato pode ocasionar insegurança jurídica diante da possibilidade de tratamentos jurídicos diversos para o mesmo fato.

Este problema acontece em nível interinstitucional quando envolver o Ministério Público negociando um ANPC, enquanto o ente público lesado estiver pactuando outro ANPC ou um acordo de leniência com o mesmo investigado, ou mesmo ajuizando uma ação de improbidade.

Também é possível ocorrer tal situação em nível intrainstitucional, ou seja, internamente no Ministério Público, quando for a hipótese de um órgão de execução do *Parquet* negociando um ANPC, ao passo que outro órgão ministerial busca firmar um ANPP ou uma colaboração premiada com o mesmo investigado, pelos mesmos fatos, mas encarados sob a ótica criminal.

No que se refere à dimensão interinstitucional, como sustentado na subseção 4.7, o cenário ideal é de uma atuação conjunta e articulada entre os colegitimados à celebração do ANPC, com a oportunização da participação da pessoa jurídica interessada – quando o ANPC partir do Ministério Público – e a imprescindível participação do Ministério Público – quando a iniciativa do ANPC vier da pessoa jurídica interessada.

Quanto à dimensão interna, uma utilização mais eficiente do ANPC pelo Ministério Público ocorre quando se busca por uma atuação integrada entre os órgãos de execução do *Parquet*, diante da transversalidade do tema corrupção, sobretudo na ótica criminal – envolvendo, por exemplo, uma Promotoria de Investigação Penal ou Criminal – e simultaneamente na esfera cível – com atuação de uma Promotoria com atribuição na proteção do patrimônio público e da probidade administrativa.

A Nota Técnica n. 02/2020 – PGJ/CAOPP do MPSP (2020) veicula orientação no sentido de que, preferencialmente, aconteça uma atuação conjunta entre os órgãos ministeriais com atribuições para a esfera cível e criminal durante a fase de tratativas para celebração de instrumentos consensuais diante de casos que envolvam ilícitos puníveis em ambas as

instâncias de responsabilização. São apontados especificamente os institutos da colaboração premiada, do ANPP e do ANPC.

As medidas a serem tomadas em prol dessa atuação integrada compreendem o sobrestamento do procedimento investigativo quando da constatação da existência de tratativas na outra esfera, de modo a evitar incompatibilidades entre os acordos celebrados em cada seara do direito sancionador. É indicado até mesmo o sobrestamento do procedimento de apuração quando a pessoa jurídica manifestar interesse em celebrar acordo de leniência com o ente lesado.

Na referida Nota Técnica do MPSP (2020), abordam-se as vantagens dessa atuação transversal dos órgãos do Ministério Público:

Essa incidência concomitante de distintas e autônomas instâncias de responsabilização do direito sancionador revela a importância da transversalidade da negociação, para a qual a participação do Ministério Público, na condição de titular da ação penal e responsável, por força de norma constitucional, pela defesa do patrimônio público (art. 129, III, da CF), se mostra indispensável. O tratamento transversal desses acordos proporciona, a um só tempo, maiores benefícios para os infratores e uma atuação mais coerente por parte do Estado. Por consectário lógico, a cooperação se torna muito mais atrativa, o que torna a corrida pela leniência muito mais acirrada, afinal, os infratores sabem que quanto mais eles demorarem para procurar a Administração e o Ministério Público e oferecer cooperação, maiores serão os riscos de que não obtenham quaisquer benefícios ou obtenham benefícios diminutos. (MPSP, 2020, p. 61-62)

Com efeito, a atuação integrada, além de viabilizar um intercâmbio de conhecimentos e experiências entre os órgãos de atuação, favorece a obtenção de soluções negociais, evitando potenciais conflitos de atuação e questionamentos sobre os pactos firmados.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta Dissertação procurou estudar soluções para as lacunas ainda existentes na legislação acerca do instituto do Acordo de Não Persecução Cível, no contexto da política pública de combate à corrupção de atos de improbidade administrativa.

Não obstante, desde a edição da LIA, tenha ocorrido grande aperfeiçoamento no tratamento legislativo em matéria de consensualidade do direito sancionador e especificamente no que tange à instituição e regulamentação do ANPC, o atual regramento legislativo ainda não é capaz, numa simples interpretação jurídica gramatical e isolada, de viabilizar a ampla utilização do instituto.

Diante da autorização legislativa de inclusão no ANPC de “outras medidas em favor do interesse público” pelo art. 17-B, § 6.º, da Lei n. 8.429/1992, patenteou-se a viabilidade de inclusão no instituto de novas obrigações. Mas quais foram essas novas obrigações que não estão expressamente previstas na Lei de Improbidade Administrativa? Como se preencheu esta lacuna?

A formulação inicial adotada como teste de hipótese para responder às perguntas acima foi no sentido de buscar preencher as lacunas em aberto para viabilizar a imediata aplicação do ANPC, por meio: (i) da teoria do diálogo das fontes com normas que disciplinam a autocomposição em outras instâncias de responsabilização do direito sancionador; (ii) da aplicação dos métodos de interpretação da hermenêutica clássica, sobretudo os métodos lógico, sistemático, histórico, sociológico, teleológico e axiológico; e (iii) da utilização, como pano de fundo, dos microssistemas anticorrupção e de tutela coletiva.

Antes de se buscar a solução jurídica para o problema que originou esta Dissertação, foi necessária uma contextualização da corrupção como um problema público no Brasil, objeto de preocupação do poder público e da sociedade civil, com o estudo dos motivos pelos quais a questão foi inserida na agenda pública, primeira fase do ciclo de políticas públicas.

Assim, a corrupção foi vista como um tema multidimensional, seja em suas causas, pois possui raízes econômicas, sociais, culturais, políticas, éticas, etc., seja em suas consequências, pois impacta diferentes setores, como a própria economia, a administração pública e a qualidade de vida da população.

No que tange às causas da corrupção em geral, foram identificados três grandes blocos, a saber: incentivos, instituições e ética pessoal. A parte dos “incentivos” é dividida

nas seguintes causas: ausência de prestação de contas; liberdade de ação; poder monopolista; e baixos salários. Já o segundo bloco chamado “instituições” divide-se em: estrutura política; estrutura legal; estado de direito; e cultura. Estas causas citadas em ambos os blocos somente levam a efetivos atos de corrupção se o agente envolvido agir com elementos subjetivos marcados por sua ética pessoal permissiva ao ilícito.

Quanto às consequências da corrupção, existe uma relação direta entre o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e os níveis percebidos de corrupção, fato que revela os nefastos e abrangentes resultados desta mazela. As consequências principais da corrupção foram assim identificadas: baixo crescimento econômico; baixo investimento; inflação; desvalorização monetária; evasão fiscal; elevada desigualdade; desconfiança; educação deficiente; infraestrutura de má qualidade; alta criminalidade; tráfico de drogas; maiores danos ambientais; e maiores riscos para saúde e segurança.

Estas causas e consequências foram identificadas pela doutrina especializada em âmbito global. Especificamente no Brasil, a situação da corrupção e seus efeitos são agravados por questões históricas. O Brasil Colônia era composto por elementos complicadores no aspecto da probidade, como a administração de caráter personalista pela metrópole portuguesa, a exploração do trabalho escravo, a subtração de riquezas, a dizimação dos indígenas, bem como dificuldades de transporte e comunicação.

Com o passar dos anos, a análise da História do Brasil revela que a corrupção não se arrefeceu. Após a Independência do Brasil, ou mesmo após a Proclamação da República, ou, ainda, nos dias atuais, observa-se que ainda persiste, por parte de alguns agentes públicos, uma visão patrimonialista da administração pública, com certa promiscuidade consistente na mistura da coisa pública com interesses privados.

A Transparência Internacional destaca que, de acordo com a popular métrica de medição da corrupção, qual seja, o Índice de Percepção da Corrupção (IPC), referência mais utilizada no mundo por tomadores de decisão dos setores público e privado para avaliação de riscos e planejamento de suas ações, em 2021, o Brasil manteve os 38 pontos, ficando na 96.^a posição de 180 países participantes. Tal pontuação revela que a percepção da corrupção no Brasil ainda é muito alta atualmente, razão pela qual tal organismo internacional alerta que o país, nos últimos anos, vem enfrentando sérios retrocessos no combate à corrupção.

Nesse contexto, o enfrentamento da corrupção administrativa no Brasil está intimamente ligado à ideia de política pública sob dois pontos de vista. A primeira abordagem

é no sentido de que é inegável que a persecução estatal – administrativa, cível e criminal – aos atos de corrupção é realizada por meio de diversas políticas públicas, em diferentes níveis. Uma espécie dessas políticas públicas é justamente o ANPC, no âmbito dos atos tipificados como de improbidade administrativa.

O segundo viés da corrupção com interface em políticas públicas evidencia-se pelo fato de que o integral ressarcimento do dano patrimonial ao erário – quando houver dano – é um consectário lógico-jurídico do sucesso da persecução estatal aos atos ímprobos. É que a recomposição dos prejuízos aos cofres públicos permite ao poder público utilizar o valor recuperado para o custeio de outras políticas públicas, sejam de natureza prestacional, em diferentes áreas, sejam no setor com pertinência temática ao que ocorreu anteriormente o ato de corrupção pública.

Assim, por meio do ressarcimento ao erário, é possível o financiamento de outras políticas públicas em diferentes áreas, como educação, saúde, assistência social, meio ambiente, cultura, etc., de maneira que, para colaboração na concretização dos direitos sociais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, foi verificada a importância de que o país utilize e consolide os instrumentos previstos no ordenamento jurídico para o combate à corrupção, em especial o ANPC, dado todo o seu potencial ainda subaproveitado.

Desta forma, a visão global sobre o tema corrupção patenteou a importância da formulação, implementação e avaliação de políticas públicas de enfrentamento da corrupção, em especial o fomento à utilização do ANPC. Neste contexto, foi feito o enquadramento do ANPC em cada fase do ciclo de políticas públicas.

Para o alcance de toda a potencialidade do ANPC, foi necessário o estudo da evolução doutrinária, legislativa e jurisprudencial do fenômeno da consensualidade, em especial em matéria de cooperação no direito sancionador.

Para se chegar até a consensualidade de colaboração, foi estudada a evolução da consensualidade no direito brasileiro, com especial destaque para a releitura dos tradicionais princípios da legalidade, da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público. Neste contexto, buscou-se, com suporte em ensinamentos de diversos autores, a compreensão da necessidade de superação do traço histórico da visão clássica da intransacionabilidade processual e material dos interesses da Administração Pública.

Tal tradição considerava impossível negociar com o interesse público, o que afastava o emprego dos instrumentos do gênero, incluindo os de composição extrajudicial de conflitos,

como a conciliação, a mediação, a arbitragem e os ajustamentos de conduta. No entanto, adotou-se nesta Dissertação uma visão contemporânea de que a consensualidade não ofende a busca e o alcance do interesse público, e sim procura meios mais céleres e efetivos de atingi-los.

Após o estudo dos dois primeiros eixos temáticos, quais sejam, corrupção e consensualidade, partiu-se para a análise dos temas improbidade administrativa e Acordo de Não Persecução Cível, tendo como ponto focal a busca de soluções para a lacuna legislativa identificada.

Assim, traçaram-se paralelos e observaram-se as semelhanças, as diferenças e as interfaces entre o ANPC e outros institutos: (i) de natureza penal, como a transação penal, o Acordo de Não Persecução Penal e os acordos de colaboração premiada celebrados com os integrantes de organização criminosa; (ii) de natureza cível, como o termo de ajustamento de conduta; e (iii) de natureza administrativa, como o termo de compromisso de cessação no Cade e o acordo de leniência no âmbito de atos lesivos à administração Pública, à ordem econômica e o acordo de não persecução disciplinar.

Para que se pudesse importar parte do regime jurídico dos institutos de consensualidade acima citados para o ANPC, foram utilizados vários argumentos, teses e teorias jurídicas, como: (a) combate à corrupção à luz do Estado de Direito Material do jurista espanhol García de Enterría; (b) a teoria do diálogo das fontes; (c) a pluralidade de métodos da hermenêutica jurídica; (d) a principiologia do direito público; e (e) o microssistema da tutela coletiva e o microssistema anticorrupção.

O diálogo das fontes é uma construção teórica concebida pelo jurista Erik Jayme com o fim de propor um novo paradigma de interpretação das normas jurídicas. Tal teoria considera a multiplicidade de realidades fáticas e fontes jurídicas, e revela-se como uma metodologia de aplicação de normas adequada à realização de suas finalidades, levando em conta as diversas fontes legais que compõem o ordenamento jurídico.

Nesta esteira, verificou-se que foram preenchidos os fundamentos teóricos para a utilização da teoria do diálogo das fontes em tema de ANPC, concluindo-se pela viabilidade jurídica de sua aplicação para fins de inclusão neste acordo de obrigações previstas em outros instrumentos de consensualidade de natureza penal, cível e administrativa.

Em matéria de pluralidade de métodos da hermenêutica jurídica, para viabilizar a interface do ANPC com os outros citados institutos, procedeu-se à interpretação lógica,

sistemática, histórica, sociológica, evolutiva, teleológica e axiológica do instituto, o que possibilitou o alargamento das obrigações que nele podem ser pactuadas.

Em seguida, procedeu-se à leitura do ANPC à luz da principiologia do direito público. Uma visão mais limitada do instituto poderia considerar haver analogia *in malam partem* por ofensa aos princípios da legalidade, da tipicidade e da presunção de inocência no direito sancionador ao se utilizar parte do regime jurídico de outros institutos de consensualidade. Por outro lado, para se chegar aos novos horizontes do ANPC propostos nesta Dissertação, verificou-se que sua utilização nos termos apontados está compatível com os princípios constitucionais da eficiência, da impessoalidade, da isonomia e da duração razoável do processo – administrativo e judicial.

Assim, verificou-se que a ampliação do alcance das obrigações do ANPC serve justamente para não se inviabilizar a solução consensual da controvérsia. Levando-se em consideração que o investigado não tem direito subjetivo ao ANPC, nem está obrigado a firmar o acordo, o alargamento das obrigações a serem firmadas no ANPC não viola qualquer direito do investigado.

Desta forma, para aqueles que sustentam a impossibilidade de utilização da teoria do diálogo das fontes por ofensa aos citados princípios protetivos do investigado – princípios da inocência e da reserva legal (art. 5.º, LVII, da Constituição da República de 1988), importados do direito sancionador penal, para prestigiar os direitos fundamentais dos acusados –, patenteia-se que tal tese é desconstruída pela aplicação da técnica do sopesamento.

Para tanto, por meio dos princípios da proporcionalidade e da ponderação de valores, analisando as peculiaridades do ANPC e os benefícios da celebração do acordo para o próprio investigado ou réu, chegou-se à conclusão de que devem prevalecer, no caso, os princípios constitucionais da eficiência, da impessoalidade, da isonomia e da duração razoável do processo. Somam-se a esses, os princípios da participação, da proteção à confiança, da boa-fé e da segurança jurídica que regem especificamente o ANPC.

Para que se chegasse à compreensão do real alcance do ANPC, o estudo do instituto foi feito tendo como pano de fundo dois microssistemas.

O primeiro microssistema é de tutela coletiva, formado por inúmeras leis que se completam e se interpenetram toda vez que o intérprete se depara com omissão em determinado processo coletivo. Os principais diplomas normativos que compõem esse microssistema de tutela dos interesses ou direitos coletivos são a Lei da Ação Popular, Lei da

Ação Civil Pública, Lei de Improbidade Administrativa, Lei sobre Mandado de Segurança Coletivo, Código de Defesa do Consumidor e Estatuto da Criança e do Adolescente. Evidentemente, existem outras leis que integram tal microsistema, cabendo ressaltar a importância da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

O segundo microsistema utilizado para a leitura do ANPC foi o anticorrupção. Pode-se afirmar que os principais diplomas legislativos que compõem o chamado microsistema anticorrupção são a Lei de Improbidade Administrativa, Lei Anticorrupção e Lei ou Pacote Anticrime, que, por meio do direito sancionador, seja de natureza cível, seja de natureza administrativa, seja, ainda, de natureza penal, tutelam o patrimônio público, o patrimônio social e a probidade administrativa no enfrentamento da corrupção.

Para o alargamento das obrigações que podem ser pactuadas no ANPC, foi abordado o combate à corrupção à luz do Estado de Direito Material, valendo-se dos ensinamentos do jurista espanhol García de Enterría. Neste sentido, foi realizada uma releitura do princípio da legalidade no contexto da democracia constitucional, jogando luz sobre a importância do preenchimento das lacunas para a imediata aplicabilidade do ANPC, de maneira a se promoverem previsibilidade e segurança jurídica na utilização do instituto de forma isonômica e equitativa, com maior uniformidade e visando à sua efetividade, atendendo aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da eficiência e da duração razoável do processo.

Assim, foi estudado como a teoria do estado de direito material do citado jurista espanhol, ao demandar valores supraleais que são de observância vinculante a toda a Administração Pública, pode abrir portas para uma interpretação legislativa e normativa que viabilize a imediata aplicabilidade do ANPC e fomente soluções justas, uniformes e céleres na repressão de atos ímprobos, na punição dos responsáveis e na reparação dos danos ao erário.

Como visto ao longo desta Dissertação, mesmo após a edição da Lei Anticrime e da Lei da Reforma da LIA, ainda permanece uma lacuna legislativa, que, a um só tempo, consiste na ausência de previsão da modalidade de ANPC de colaboração e deixa de especificar quais seriam as “outras medidas” para atendimento ao interesse público que podem ser incluídas no ANPC.

Desta forma, com base nas citadas (a) aplicação da teoria do diálogo das fontes; (b) utilização da pluralidade de métodos da hermenêutica jurídica; (c) incidência da principiologia do direito público; (d) abordagem contextualizada com o microsistema da tutela coletiva e o microsistema anticorrupção; e (e) combate à corrupção à luz do Estado de

Direito Material do jurista espanhol García de Enterría, a presente Dissertação, em matéria de novos horizontes para fomentar a aplicabilidade do ANPC e, conseqüentemente, dar maior efetividade a esta política pública de combate à corrupção, propõe os seguintes parâmetros na normatização e/ou utilização do ANPC:

a) edição de ato normativo, ou atualização para quem já tiver editado, pelo CNMP, por cada unidade do Ministério Público e por cada pessoa jurídica que pode ser sujeito passivo do ato de improbidade administrativa, dispondo expressamente sobre a modalidade de ANPC de colaboração. Para tanto, deve ser normatizado, a exemplo do que o fez o MPRJ, por meio da Resolução GPGJ n. 2.469/2022, que esta modalidade de ANPC de colaboração visa à obtenção de informações e meios de prova que comprovem o ilícito, sendo que a premiação

ajustada fica condicionada à colaboração efetiva e voluntária, com a investigação e com o processo, e desde que advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - identificação dos demais coautores, partícipes e beneficiários do ato ilícito; II localização de bens, direitos e valores para fins de ressarcimento do dano ao erário ou reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida –, bem como prevendo as medidas indicadas nos itens a seguir. Não sendo considerado conveniente a edição de ato normativo pelas citadas instituições, por sua autonomia administrativa, sugere-se que as medidas indicadas nos itens acima sejam utilizadas pelos agentes públicos legitimados a ofertar o ANPC – seja com base na independência funcional do membro do Ministério Público, seja com fulcro na autonomia funcional do advogado público da pessoa jurídica interessada;

b) fomento de atuação conjunta entre Ministério Público e pessoa jurídica interessada para firmar ANPC, como visto no item 3.6 desta Dissertação. No que se refere à dimensão interinstitucional, o cenário ideal é de uma atuação conjunta e articulada entre os colegitimados à celebração do ANPC, não apenas do ponto de vista formal de cumprimento de uma obrigação legal procedimental, mas com a oportunização e a efetiva participação da pessoa jurídica interessada (art. 17-B, § 1.º, I, da Lei n. 8.429/1992) – quando o ANPC partir do Ministério Público – e a imprescindível participação do Ministério Público

- (art. 178, I, do Código de Processo Civil c/c art. 17, § 4.º, da Lei n. 8.429/1992 c/c art. 127, *caput*, da Constituição da República de 1988) – quando a iniciativa do ANPC vier da pessoa jurídica interessada;
- c) recomendação, sem efeito vinculante, de atuação integrada entre órgãos de execução do Ministério Público com atribuição, de um lado, em investigação penal e/ou criminal e, de outro lado, cível de defesa da probidade administrativa e do patrimônio público, como visto no item 5.6.9 desta Dissertação. Quanto a esta dimensão interna, visando a uma utilização mais eficiente do ANPC pelo Ministério Público, sugere-se que se proceda à atuação integrada entre os diferentes órgãos de execução do *Parquet*, diante da transversalidade do tema corrupção, inclusive para se evitar atuações contraditórias dentro da mesma instituição, em prestígio do princípio institucional da unidade do Ministério Público (art. 127, § 1.º, da Constituição da República de 1988);
- d) inclusão da confissão do investigado ou réu, como cláusula obrigatória na celebração do ANPC, conforme benefícios vistos no item 4.4.3 desta Dissertação;
- e) especificação, em forma de *numerus apertus*, de quais seriam estas “outras medidas” (art. 17-B, *caput* e § 6.º, da Lei n. 8.429/1992) para atendimento ao interesse público que podem ser incluídas no ANPC, tomando por inspiração o estudo da interface entre o ANPC e os institutos de consensualidade de natureza penal, cível e administrativa, como visto nos itens 5.6.4, 5.6.5 e 5.6.6, desta Dissertação. Entre tais obrigações, merece destaque a cláusula de reparação por dano moral coletivo. Sem prejuízo, deve-se deixar em aberto para o agente público competente para oferecer a proposta de ANPC a possibilidade de inclusão de outras medidas compatíveis com o caso concreto, diante do permissivo legal;
- f) fomento de inclusão de obrigações com medidas contendo mecanismos de *compliance*, governança, integridade, *accountability* e ESG (art. 17-B, § 6.º, da Lei n. 8.429/1992), seja para o poder público, seja para o particular, conforme benefícios vistos no item 4.1 desta Dissertação. Em relação ao particular, às vezes, essas medidas de fortalecimento do sistema de controle podem até substituir a sanção de proibição de licitar e contratar com o poder público, previstas na LIA.

Como visto no desenvolvimento da Dissertação, as hipóteses trazidas inicialmente revelaram-se viáveis, de maneira que restou demonstrado que é possível que a consensualidade no ANPC, sobretudo nos casos mais graves e/ou complexos, inclusive envolvendo organizações criminosas, não seja meramente de pura reprimenda, e sim de efetiva colaboração.

E mais: esta dissertação concluiu pela possibilidade de, no ANPC, ser negociado um benefício – o não ajuizamento da ação de improbidade administrativa e a não incidência de todas as sanções previstas nos incisos do art. 12 da LIA – em troca de outras medidas que se revelem menos gravosas para o autor do fato e mais vantajosas para o interesse público, aplicando-se as chamadas sanções premiais.

Para que o ANPC cumpra toda a sua potencialidade como instrumento da política pública de combate à corrupção, sugeriram-se os parâmetros acima especificados com base em sólida fundamentação jurídica exposta ao longo desta Dissertação, o que revela a utilidade social e jurídica do tema escolhido.

Desta forma, com seus novos horizontes traçados a partir dos parâmetros propostos nesta conclusão, o ANPC revelou-se promissor instrumento de uma nova política pública de enfrentamento da corrupção no Brasil, com um viés de consensualidade, resolutividade, celeridade, efetividade, impessoalidade, segurança jurídica, isonomia e colaboração no direito sancionador, trazendo benefícios, a um só tempo, ao investigado ou réu que cometeu ato de improbidade administrativa e a toda a coletividade.

Assim, obter-se-á maior aplicabilidade do instituto do ANPC e, conseqüentemente, maior efetividade para esta política pública de combate à corrupção.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. **Comentários sobre a Lei de Improbidade Administrativa**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4133>. Acesso em: 21 jan. 2023.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 25. ed., São Paulo: Método, 2017, p. 204.
- ALVES, Lauro Eduardo Soutello. Governança e cidadania empresarial. **RAE-Revista de Administração de Empresas**, [S. l.], v. 41, n. 4, p. 78-86, 2001. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rae/article/view/37759>. Acesso em: 25 jan. 2023.
- ANDRADE, Landolfo. Acordo de Não Persecução Cível: primeiras reflexões. **GEN Jurídico**, 5 mar. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel/>. Acesso em: 6 nov. 2020.
- ANTONIO JUNIOR, Valter Farid. Consensualidade em matéria de improbidade administrativa e o acordo de não persecução civil: breves considerações sobre o Artigo 17-B da Lei n. 8.429/1992. In: CORONA, Maria Lia Porto; CASTRO, Sérgio Pessoa de Paula; RAHIM, Fabiola Marquetti Sanches (Coord.). **Anotações sobre a Lei de Improbidade Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 227/246. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4422/4633/35507>. Acesso em: 22 jan. 2023.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 237, 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/44361/44784/>. Acesso em: 8 out. 2021.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da interdependência das instâncias punitivas e seus reflexos no Direito Administrativo Sancionador. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 23, n. 131, p. 629-653, out. 2021/jan. 2022. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1875/1403>. Acesso em: 26 jan. 2023.
- AROUCK, Vinícius. A teoria da cegueira deliberada e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio. **Emporio do Direito**, 2017. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-teoria-da-cegueira-deliberada-e-sua-aplicabilidade-no-ordenamento-juridico-patrio>. Acesso em: 25 jan. 2023.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção e controles democráticos no Brasil**. Brasília, DF: Cepal. Escritório no Brasil/Ipea, 2011. (Textos para Discussão Cepal-Ipea, 32). Disponível em:

https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/28145/S2011964_pt.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 nov. 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>. Acesso em: 23 jan. 2023.

BASTOS, Fabrício Rocha. Do Microsistema da Tutela Coletiva e a Sua Interação com o CPC/2015. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 68, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-68/pags-57-132>. Acesso em: 25 jan. 2023.

BASTOS, Fabrício Rocha. O Direito sancionador e a consensualidade por meio do Acordo de Não Persecução Cível. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 79, p. 99-117, jan./mar. 2021.

BEZERRA FILHO, Aluizio. **Atos de improbidade administrativa**: Lei n. 8.429/92 anotada e comentada. Curitiba: Juruá, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, [S. l.], v. 3, n. 3, 2020. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/190>. Acesso em: 19 jan. 2023.

BOBBIO, Norberto. **Dalla Struttura alia Funzione**: nuovi studi di teoria dei diritto. Milão: Ed. di Comunità, 1977.

BORTOLINI, André. Acordo de Não Persecução Cível: instrumento consensual de concretização do direito fundamental à probidade administrativa. **Anais do Evinci – UniBrasil**, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 60, out. 2020. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisevinci/article/view/5532/4428>. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. **Resolução Conjunta CNPTC/Atricon/IRB/Abracom n. 1**, 13 de maio de 2022. Disponível em: https://atrimon.org.br/wp-content/uploads/2022/05/Resolucao-Conjunta-CNPTC-Atricon-IRB-Abracom-n-01_2022-16-1.pdf. Acesso em: 23 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial de controle de políticas públicas / Tribunal de Contas da Uniao**. Brasília: TCU, Gabinete da Ministra-Corregedora Ana Arraes; Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão (Seplan), 2021. Disponível em: [file:///C:/Users/Membro/Downloads/Referencial%20Controle%20de%20Politicass_v4%20\(6\).pdf](file:///C:/Users/Membro/Downloads/Referencial%20Controle%20de%20Politicass_v4%20(6).pdf). Acesso em: 23 jan. 2023.

CAMBI, Eduardo; LIMA, Diogo de Araujo; NOVAK, Mariana Sartori. Reflexões sobre regime jurídico do Acordo de Não Persecução Cível. *In*: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sale; MARINELA, Fernanda (Org.). **Pacote anticrime**. V. I. Curitiba: Escola Superior do

MPPR, 2020. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2020/novembro_dois/Anticrime_Vol_I_WEB.pdf. Acesso em: 23 jan. 2023.

CAMPELO, Sofia Cavalcanti. Acordo em ação de improbidade administrativa: desafios atuais e perspectivas para o futuro. **Revista dos Tribunais**, [s. l.], v. 109, n. 1.011, p. 23-50 (versão on-line: p. 1-21), jan. 2020. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/>. Acesso em: 27 mar. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 36. ed. Barueri-SP: Atlas, 2022.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 9. ed., rev. ampl. e atual., Salvador: JusPodivm, 2021.

CASTRO, Leonardo Bellini de. O novo regramento legal do acordo de não persecução cível. *In*: POZZO, Augusto Neves Dal; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). Lei de Improbidade Administrativa Reformada – Ed. 2022. [Sine loco]: **Revista dos Tribunais**, p. RB-35.7, 2022. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/292958991/v1/page/RB-36.1>. Acesso em: 25 jan. 2023.

CASTRO, Renato de Lima. Acordo de Não Persecução Cível na Lei de Improbidade Administrativa. *In*: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 77, p. 209-235, jul./set. 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Anuário de atualidades jurídicas de 2019**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

CELESTINO, Marcelo. **Acordo de Não Persecução Cível na Lei de Improbidade – O que você precisa saber**. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/358616/acordo-de-nao-persecucao-civel-na-lei-de-improbidadeo>. Acesso em: 23 jan. 2023.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2007.

CYRINO, André; BINENBOJM, Gustavo. O art. 28 da Lindb: a cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, a. 13, n. Especial, p. 203-224, out. 2018. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/125/31732/79160>. Acesso em: 13 jan. 2023.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípio da legalidade. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (Coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/86/edicao-1/principio-da-legalidade>. Acesso em: 8 out. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/475/637>. Acesso em: 27 mar. 2021.

FACHIN, Luiz Edson; BUENO, Matheus de Andrade. **Direito às garantias e deveres de proteção sob o diálogo das fontes no âmbito do processo penal**. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/direito-as-garantias-e-deveres-de-protacao-sob-o-dialogo-das-fontes-no-ambito-do-processo-penal-13092019>. Acesso em: 27 jan. 2023.

FAORO, Raymundo. **Donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 2 vols. (Col. Grandes Nomes do Pensamento Brasileiro), 10. ed. São Paulo: Publifolha, 2000.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2012.

FERNANDES JUNIOR, José Carlos. Os limites da celebração do ANPC após o trânsito em julgado da sentença condenatória. **CONAMP**, 27 set. 2022. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/publicacoes/artigos-juridicos/8880-os-limites-da-celebracao-do-anpc-apos-o-transito-em-julgado-da-sentenca-condenatoria.html>. Acesso em: 22 jan. 2023.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERRAZ, Luciano. Acordo de Não Persecução Cível e ressarcimento ao erário na Lei de Improbidade Administrativa: o tribunal de contas como árbitro do *quantum debeat*. *In*: MOTTA, Fabrício; VIANA, Ismar (Coord.). **Improbidade Administrativa e Tribunais de Contas: as inovações da Lei n. 14.230/2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 179-188. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4477/4691/36564>. Acesso em: 22 jan. 2023.

FIGUEIREDO, Marcelo. O impacto da corrupção sobre a eficiência das políticas públicas. Especialmente na Saúde e na Educação. Combate à corrupção na administração pública:

diálogos interinstitucionais. **Publicações da Escola da AGU**, Brasília-DF, v. 12, n. 2, p. 29-46, maio/ago. 2020.

FILGUEIRAS, Fernando. **Accountability, democracia e políticas públicas no Brasil. Governança, qualidade da democracia e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2018, p. 87-115. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/329028995_Accountability_democracia_e_politicas_publicas_no_Brasil. Acesso em: 23 jan. 2023.

FRIEDE, Reis. **Teoria do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Capítulo V: do Procedimento Administrativo e do Processo Judicial. *In*: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa – Ed. 2022. [Sine loco]: **Revista dos Tribunais**, p. RL-1.9, 2022. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/códigos/100959444/v5/page/RL-1.9>. Acesso em: 22 jan. 2023.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Principio de legalidad, Estado Material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudência em la Constitucion. **Revista Española de Derecho Constitucional**, a. 4, n. 10, p. 11-61, Enero-abril, 1984.

GARCIA, Emerson. #23 – Acordo de não persecução cível na improbidade administrativa. **Julgados e comentados do MPPR**. Disponível em: <https://anchor.fm/julgadosecomentados>. Podcast. Acesso em: 11 nov. 2020.

GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência na Lei n. 8.429/92. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Conamp, n. 66, out./dez. 2017. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1745-aconsensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n8-429-1992.html>. Acesso em: 9 nov. 2020.

GARCIA, Emerson. O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do Acordo de Não Persecução Cível: alguns pespontos. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 80, p. 57-94, abr./jun. 2021.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). **Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/1ef013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2023.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; LIMA, Diogo de Araujo. Aspectos gerais e controvertidos do Acordo de Não Persecução Cível. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de**

Janeiro, n. 80, abr./jun. 2021. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2346109/Luiz+Manoel+e+Diogo+de+Araujo.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2023.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; LIMA, Diogo de Araújo; FAVRETO, Rogério. STJ e limites do controle judicial sobre Acordo de Não Persecução Cível. **Consultor Jurídico**, 25 maio 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-25/opinia0-stj-limites-controle-judicial-anpc>. Acesso em: 23 jan. 2023.

GURGEL, Claudio; JUSTEN, Ágatha. Controle social e políticas públicas: a experiência dos Conselhos Gestores. **Rev. Adm. Pública**, v. 2, n. 47, abr. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/mFj8HXxTXyW9hKvxbhcKwm/?lang=pt#>. Acesso em: 21 nov. 2022.

GUSSEM, José Eduardo; SAAD-DINIZ, Eduardo. Os 10 anos da lei anticorrupção empresarial e os próximos 10 – Parte 1. **Consultor Jurídico**, 8 jan. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jan-08/gussem-diniz-10-anos-lei-anticorruptao-empresarial-parte>. Acesso em: 23 jan. 2023.

HEINEN, Juliano. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Teoria do diálogo das fontes e a prescrição. Comunicações entre o código civil e o código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 128, p. 257-282, mar./abr. 2020. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000185f5139699419f2f6a&docguid=I2685ef60428a11e58548010000000000&hitguid=I2685ef60428a11e58548010000000000&spos=15&epos=15&td=40&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 27 jan. 2023.

KOPROWSKI, Sirlene; KREIN, Viviane; MAZZIONI, Sady; DAL MAGRO, Cristian Baú. Governança corporativa e conexões políticas nas práticas anticorrupção. **RAE-Revista de Administração de Empresas**, [S. l.], v. 61, n. 2, p. 1-14, 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rae/article/view/82189>. Acesso em: 24 jan. 2023.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LAWSON, Gary. An Empirical Test of Justice Scalia's Commitment to the Rule of Law. **26 HARV. J. L. & PUB. POL'Y**, n. 803, 2003. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/License>. Acesso em: 14 jun. 2021.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança). Em torno da Súmula Vinculante n. 3, do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 253, p. 160-172, fev. 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8051>. Acesso em: 23 jan. 2023.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução: Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2 Translate. Revisão técnica: Manuel José Nunes Pinto. São Paulo: Cengage, 2020.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Acordo de Não Persecução Civil. *In*: POZZO, Augusto Neves Dal; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). Lei de Improbidade Administrativa Reformada – Ed. 2022. [Sine loco]: **Revista dos Tribunais**, p. RB-35.7, 2022. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/292958991/v1/page/RB-34.1>. Acesso em: 22 jan. 2023.

MARQUES, Claudia Lima. Diálogo das fontes, aplicação das normas e teoria do direito. Diálogo das fontes – Ed. 2020. [Sine loco]: **Revista dos Tribunais**, 2020. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/243330318/v1/page/RB-1.1>. Acesso em: 22 jan. 2023.

MAZZOLA; Marcelo; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Sanções premiais e o Acordo de Não Persecução Cível. **Consultor Jurídico**, 30 maio 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-30/mazzolae-oliveira-sancoes-premiaais-anpc>. Acesso em: 23 jan. 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44. ed. São Paulo, Malheiros, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – O caso brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (Rere)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 12. jan. 2023.

MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloísa Conrado. O controle da corrupção e a administração pública: o dever de negociar como regra. *In*: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; PIMENTEL, Fernanda Morgan (Coord.). **Direito Administrativo e Corrupção**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 133-153. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4063/4229/27194>. Acesso em: 15 jan. 2023.

MPPR. **Nota Técnica do Comitê Especializado do MPPR sobre o PL 2.505/2021**. 2021. Disponível em: https://mppr.mp.br/sites/default/arquivos_restritos/files/migrados/File/ASCOM/NotaTecnicaPL2505_2021.pdf. Acesso em: 27 jan. 2023.

MPRJ. **Nota Técnica n. 01/2023 - CAO Cidadania/MPRJ**. 2023. Disponível em: https://intranet.mprj.mp.br/documents/10227/58585600/nt01_danoscoletivosnlia_final.pdf. Acesso em 30 jan. 2023.

MPSP. **Nota Técnica n. 02/2020 - PGJ/CAOPP**. 2020. Disponível em: https://biblioteca.mpsp.mp.br//PHL_img/PGJ/002-nt%202020.pdf. Acesso em: 26 jan. 2023.

NARDONE, José Paulo. As práticas ESG e a Gestão Pública. **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**, 15 dez. 2021. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/Artigo%20-%20Nardone%20-%20As%20pr%C3%A1ticas%20ESG.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2023.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Contrapesos de uma Administração Pública consensual: legalidade *versus* eficiência. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, a. 19, n. 103, p. 49-77, maio/jun. 2017. Disponível em: <https://www.procuradoria.gov.br/files/ArtigosPRO/Marcilio/Artigo4.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2023.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira; ALBUQUERQUE, Romero Paes Barreto de. A derrotabilidade das regras de arbitragem na concessão do Aeroporto de Viracopos. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, a. 19, n. 72, p. 81-95, jan./mar. 2021. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/129/42034/93103>. Acesso em: 13 jan. 2023.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do Instituto da Não Persecução Cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial. **Migalhas de peso**, 10 mar. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/8A049E343B44ED_Artigopacoteanticrimeeimprobid.pdf. Acesso em: 12 jul. 2021.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

PAULA, Ana Paula Guimarães de; FARIA, Luísa Campos. Acordos de Não Persecução Cível: desafios e perspectivas. **Revista da Defensoria Pública da União**, n. 14, p. 75-93, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.46901/revistadadpu.i14.p75-93>. Acesso em: 25 ago. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. **Civilistica.com**, v. 8, n. 1, p. 1-9, 28 abr. 2019. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/407/341>. Acesso em: 18 jan. 2023.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O consenso em matéria de improbidade administrativa: limites e controvérsias em torno do Acordo de Não Persecução Cível. Introduzido na Lei n. 8.429/1992 pela Lei n. 13.964/2019. **Revista Interdisciplinar do Direito**, Faculdade de Direito de Valença, [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: 27 ago. 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Mello. **Manual de tutela coletiva**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

POZZO, Augusto Neves Dal; BARIANI JUNIOR, Percival José. NETO, João Negrini. O regime jurídico do Acordo de Não Persecução Civil na Lei de Improbidade Administrativa. In: POZZO, Augusto Neves Dal; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). Lei de Improbidade Administrativa Reformada – Ed. 2022. [Sine loco]: **Revista dos Tribunais**, p. RB-34.1, 2022. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/292958991/v1/page/RB-34.1>. Acesso em: 22 jan. 2023.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. Reflexões sobre o Acordo de Não Persecução Cível. **Boletim do Ministério Público do Estado de Goiás – MPMGO**, p. 1-9. 9 fev. 2020. Disponível em: <http://www.mpmgo.mp.br/boletimdompmgo/2020/02-fev/artigos/artigo-FabianaLemes.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2023.

PRADO, Rodolfo Macedo do. TAC e Ações de Improbidade Administrativa. **Consultor penal**, 4 out. 2019. Disponível em: <https://consultorpenal.com.br/tac-e-acoes-de-improbidade-administrativa/>. Acesso em: 11 nov. 2020.

PRADO, Sérgio Malta. Da teoria do diálogo das fontes. **Migalhas de peso**, 31 jan. 2013. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/171735/da-teoria-do-dialogo-das-fontes>. Acesso em: 5 fev. 2022.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 281.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. **Corrupção e governo: causas, consequências e reforma**. Tradução: Eduardo Lessa. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2020.

SANTOS, Murillo Giordan. Reflexos do art. 28 da LINDB na Lei de Improbidade Administrativa: uma nova forma de combate à corrupção por meio de uma melhor gestão pública. **Publicações da Escola da AGU**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 393-408, maio/ago. 2020.

SANTOS, Renato Almeida dos; GUEVARA, Arnaldo Jose de Hoyos; AMORIM, Maria Cristina Sanches. Corrupção nas organizações privadas: análise da percepção moral segundo gênero, idade e grau de instrução. **Revista de Administração**, [S. l.], v. 48, n. 1, p. 53-66, 2013. DOI: 10.5700/rausp1073. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rausp/article/view/55831>. Acesso em: 25 jan. 2023.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: RT, 2020.

SCALIA, Antonin. The Rule of Law as a Law of Rules. 17th ed. **University of Chicago Law Review** 56, n. 4, Chicago-USA, 1989.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

SENHORAS, Elói Martins; SENHORAS, Cândida Alzira Bentes de Magalhães. Consensualidade no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista Síntese Direito Administrativo**, n. 163, jul. 2019. Disponível em: <https://works.bepress.com/eloi/>. Acesso em: 27 jan. 2023.

SILVA, Clarissa Sampaio. Consensualidade administrativa e relações funcionais: a abertura de espaços de diálogo na realidade brasileira em decorrência do princípio democrático e das Convenções n. 151 e n. 154 da OIT. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 20, n. 81, p. 201-222, jul./set. 2020. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1278>. Acesso em: 20 jan. 2023.

SILVA, Cristiana Maria Fortini Pinto e; COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. A participação dos trabalhadores na construção dos programas de integridade corporativa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 176-182, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.92.08/6279>. Acesso em: 25 jan. 2023.

SILVEIRA, Mateus Camilo Ribeiro da. A comunicabilidade dos efeitos das sentenças penais absolutórias nas ações de improbidade administrativa: uma leitura constitucional do Art. 21, § 4.º, da Lei n. 8.429/1992. *In*: CORONA, Maria Lia Porto; CASTRO, Sérgio Pessoa de Paula; RAHIM, Fabiola Marquetti Sanches (Coord.). **Anotações Sobre A Lei de Improbidade Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 131/146. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4422/4633/35502>. Acesso em: 26 jan. 2023.

SOARES, Jucelino Oliveira. A teoria da cegueira deliberada e sua aplicabilidade aos crimes. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, p.109-128. Ceará, 2019.

SOUSA, Anderson Fioresi de; SILVA JUNIOR, Annor da. Disclosure da sustentabilidade e accountability: uma análise crítica no contexto da sustentabilidade *In: ENCONTRO DA ANPAD*, 46., 2022, on-line. **Anais eletrônicos [...]**. Maringá: Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, 2022. Disponível em: <http://anpad.com.br/uploads/articles/120/approved/9bcb182ab31f229322cff3c8888b2cec.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2023.

SOUZA, Renee do Ó. Os efeitos da administrativização do Direito Penal na conformação de uma política de enfrentamento à corrupção. **Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC**, a. 7, n. 13, p. 177-204, jan./ jun. 2020. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/147/41939/91830>. Acesso em: 19 jan. 2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito fundamental à duração razoável do processo. Estudo em homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva**. 2008. Disponível em: https://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima2/Humberto_Theodoro_Junior.pdf. Acesso em: 8 out. 2021.

TOURINHO, Rita. O elemento subjetivo do tipo na nova Lei de Improbidade Administrativa: avanço ou retrocesso? **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** n. 84, abr./jun. 2022. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/3317605/Rita%20Tourinho_RMP84.pdf. Acesso em: 20 jan. 2023.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. **Índice de percepção da corrupção 2021**. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/indice-de-percepcao-da-corrupcao-2021>. Acesso em: 5 jan. 2023.

TRINDADE JÚNIOR, Julizar Barbosa. Considerações sobre o Acordo de Não Persecução Cível – ANPC. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul**, Campo Grande, n. 17, p. 108-131, dez. 2021. Disponível em: <https://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/12/Revista-PGE-Artigo-Julizar.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2023.

TRINDADE JÚNIOR, Julizar Barbosa. O ressarcimento integral do dano e a colaboração probatória no Acordo de Não Persecução Cível (ANPC). *In: CORONA, Maria Lia Porto; CASTRO, Sérgio Pessoa de Paula; RAHIM, Fabiola Marquetti Sanches (Coord.). Anotações sobre a Lei de Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 103-130. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4422/4633/35501>. Acesso em: 22 jan. 2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

VIDAL, Denise Saboia Medeiros; ROCHA-PINTO, Sandra Regina da. A compreensão de accountability nas rotinas organizacionais de controles internos. **Revista Ciências Administrativas**, [S. l.], v. 26, jan. 2020. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rca/article/view/8095>. Acesso em: 25 jan. 2023.