

**A SUPERAÇÃO DA MÍOPE INTERPRETAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO: O ACORDO EM ATO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA¹**

***OVERCOMING THE SHORT-SIGHTED INTERPRETATION OF THE
UNAVAILABILITY OF PUBLIC ASSETS: THE AGREEMENT IN AN ACT OF
ADMINISTRATIVE MISCONDUCT***

Eduardo Cambi

Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia (Itália). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Promotor de Justiça no Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça. Coordenador da Escola Superior do Ministério Público do Paraná (ESMPPR). Curitiba, Paraná. E-mail: eduardocambi@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6446292329035065>. Orcid ID: <http://orcid.org/0000-0003-4944-1256>.

Luís Gustavo Patuzzi Bortoncello

Mestrando em Direito na Universidade de Itaúna (UIT), Itaúna/MG, Brasil. Especialista em Inteligência de Estado e Inteligência de Segurança Pública pela INASIS/Faculdade Milton Campos. Bacharel em Direito e Licenciado em História pela Universidade de Caxias do Sul. Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais (MPMG). Diamantina, Minas Gerais.

¹ Artigo recebido em 02/11/2020 e aprovado em 05/04/2021.

E-mail: luisbortoncello@gmail.com. Orcid ID:
<http://orcid.org/0000-0002-7422-1098>.

Diogo de Araujo Lima

Mestrando em Direito na Universidade Paranaense.
Especialista em Direito Tributário pelo IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Promotor de Justiça.
Coordenador do Grupo Especializado na Proteção do Patrimônio Público e no Combate à Improbidade Administrativa (GEPATRIA) – Regional de Umuarama.
Umuarama, Paraná. E-mail:
diogo_araujo_lima@hotmail.com. Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/1487281444971305>. Orcid ID:
<http://orcid.org/0000-0001-8416-1327>.

RESUMO: O dever de probidade do administrador, mais que uma imposição da lei, constitui uma expectativa do administrado a partir do conteúdo duplo (material e imaterial) do patrimônio público. A eficiência na garantia deste direito e a evolução legislativa da composição civil exigem maior resolutividade no tema. Ganha especial relevo, assim, a possibilidade de transação em atos de improbidade administrativa, inclusive com a previsão de cláusulas para o futuro como medida de preservação do patrimônio público.

PALAVRAS-CHAVE: Patrimônio público - improbidade administrativa – moralidade administrativa – legalidade – eficiência – acordo de não persecução cível

ABSTRACT: The duty of probity of the administrator, rather than an imposition of the law, constitutes an expectation of the administrator from the double content (material and immaterial) of public property. The efficiency in guaranteeing this right and the legislative evolution of the civil composition demand greater resolution in the subject. Thus, the

possibility of transaction in acts of administrative misconduct, including the provision of future clauses as a measure of preservation of the public patrimony, is of particular importance.

KEYWORDS: Public property - administrative misconduct - administrative morality - legality - efficiency - civil non-prosecution agreement

1. Introdução

Defende-se que a Administração Pública não age apenas de acordo com a lei. Subordina-se aos princípios – que constituem abstração lógica sobre os dados que o direito positivo oferece – e ao que se pode chamar de bloco de legalidade, sendo necessário atentar-se para a moralidade administrativa, a boa-fé, a igualdade, a boa administração, a razoabilidade e a proporcionalidade. Entende-se, assim, que a improbidade administrativa se qualifica pela finalidade do ato, desviado do interesse público, que é indisponível, ao contrário do Direito Privado, em que os negócios, em sua maioria, são realizados segundo a vontade do agente.

Não há dúvida de que a Constituição Federal de 1988 é documento normativo de Estado e da sociedade, definindo por meio de regras e dos princípios acima mencionados, as relações políticas e sociais a serem desenvolvidas no seio da sociedade brasileira, no trato da *res publica*. As Constituições, agora, são documentos normativos do Estado e da sociedade. Representam um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. A Constituição opera força normativa, vinculando, positiva ou negativamente, os Poderes Públicos. Os cidadãos têm, hoje, acesso direto à normatividade constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do Legislador”².

² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagli Oliveira; GHIGNONE, Luciano Taques. *Estudos sobre Improbidade Administrativa*. 2ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 35.

A homogeneização a que se devem vincular os juristas é outra, ou seja, à ideologia normativo-constitucional da probidade administrativa. Esse é o ponto de convergência, o foco a ser priorizado pelo intérprete, especialmente de Constituições sociais e dirigentes como a Constituição de 1988. Guiado pelo duplo conteúdo do patrimônio público e visando resguardar o direito do cidadão à moralidade administrativa a partir do poder-dever da Administração Pública, a composição extra e judicial em sede de improbidade administrativa garante a necessária (e inexistente) eficiência na apuração de tais atos lesivos ao patrimônio público material e moral.

Após discorrer sobre a moralidade administrativa como *direito* fundamental do cidadão e *dever* da Administração Pública, com especial valorização ao princípio da eficiência, o artigo avança para a necessária superação da interpretação míope da indisponibilidade do patrimônio público no âmbito da improbidade administrativa. Para tanto, a pesquisa destaca a unidade e a necessária coerência do microsistema da probidade administrativa e propõe alguns parâmetros mínimos para a composição extra e judicial na improbidade administrativa. Na terceira e última parte, o trabalho adentra para a natureza, a dosimetria e a aplicação das sanções da Lei nº 8.429/92, com a possibilidade de cláusulas *pró-futuro* nos acordos de improbidade.

2. A moralidade administrativa como *direito* fundamental do cidadão e *dever* da Administração Pública. A eficiência como garantia do direito.

A organização da vida social lida, inevitavelmente, com a distribuição de poder no interior de uma sociedade organizada. Afasta a possibilidade de estabelecimento, em qualquer comunidade nacional contemporânea, de um regime anarquista puro – inexecutável em face da complexidade das relações sociais modernas –, surge a necessidade de delegação de poder a determinadas pessoas, com o propósito de que o exerçam para melhorar as

condições de vida da comunidade. A democracia representativa dá, portanto, a tônica da vida política moderna³.

O ideal democrático se amalgama com a noção de república, estabelecendo uma nova relação entre meio e fim: a democracia é o conduto através do qual a melhoria da qualidade de vida da sociedade deve ser perseguida. Isso porque, aos representantes eleitos é atribuído o encargo de gerirem bens que não lhes pertencem, mas sim a toda coletividade. Administram a coisa pública (*res publica*). É essa, portanto, a finalidade do sistema político representativo: aqueles que exercem as funções políticas devem fazê-lo exclusivamente em benefício da comunidade, ou seja, de forma republicana.

A evolução política da humanidade nos legou o governo republicano e democrático como sistema mais perfeito (ou menos imperfeito). Segundo o princípio democrático, deve ser assegurado ao cidadão o direito de eleger conscientemente seus representantes, o que, como é de correntia ciência de todos, nem sempre ocorre, uma vez que o processo político permite que as escolhas dos eleitores sejam motivadas por considerações imediatistas de outras ordens. Já segundo o princípio republicano, os representantes eleitos devem agir em benefício da coletividade, gerindo a coisa pública exclusivamente com vistas ao bem coletivo, embora, igualmente, nem sempre isso ocorra, posto que os agentes públicos por vezes utilizam os elevados cargos que exercem em benefício pessoal ou em desconformidade com o interesse público⁴.

No Brasil, formou-se um *sistema normativo anticorrupção expressivo no país*. No âmbito do direito administrativo, destacam-se, entre outras, as Leis nºs 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA) e 12.846/13 (Lei Anticorrupção). Os verdadeiros limites para o exercício do poder discricionário, os múltiplos sentidos para os conceitos jurídicos indeterminados, são inseguranças que pesam sobre o administrador público e tem-se

³ GHIGNONE, Luciano Taques. In: *Farias, Luciano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagi; GHIGNONE, Luciano Taques. Estudos sobre Improbidade Administrativa. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 53.*

⁴ Autor, 2014.

percebido um freio real às práticas inovadoras em face dos riscos permanentes de responsabilização⁵.

Realizar o direito é tornar os princípios e as regras da Constituição uma experiência concreta, contudo, fazer exatamente o oposto disso, sob certo aspecto, pode ser também uma forma de corromper o sistema. O estímulo ao não fazer, sem dúvida, não fortalece a República nem o Estado Democrático de Direito, visto que a consciência jurídica geral reconhece que a finalidade do Estado é afirmar a centralidade da pessoa humana e garantir a sua dignidade⁶.

Cabe frisar o duplo conteúdo do patrimônio público, não só material, mas incorpóreo, por incluir valores morais exigíveis dos seus gestores. A ética, a moral e o direito permitem concluir que a moralidade administrativa é direito fundamental do cidadão (art. 5º, LXXIII) e dever da Administração Pública (art. 37, *caput*). Defende-se que a

⁵ Em uma perspectiva empírica, o desempenho do Brasil no ranking do *World Project Justice Rule of Law Index 2017-2018* é insatisfatório e preocupante. Este ranking, publicado pelo *World Justice Project (WJP)*, mede a adesão dos países avaliados ao que se chama de *rule of law*, entendido como o império da lei ou Estado de Direito, com base nas experiências e percepções do público em geral e dos peritos nacionais no mundo todo. O Brasil ocupa a posição de número 52 nesse ranking, cujos estudos apresentam um retrato do Estado de Direito em 113 países, fornecendo pontuações e ranking baseados em oito fatores: restrições ao governo, ausência de corrupção, governo aberto, direitos, ordem e segurança, cumprimento das normas, justiça civil e justiça criminal. A colocação do Brasil é preocupante, já que figura em posição intermediária, atrás de países em que, até a década de 1960, sequer eram independentes e que, recentemente, passaram (e passam) por graves períodos de instabilidade política e democrática: Senegal (49) e Gana (43). Levantamento feito pelo banco de dados jurídico DBJus, a pedido da G1bNews: a cada 6h registra-se a abertura de um processo judicial criminal sobre corrupção no Brasil (8.760 novos processos judiciais criminais sobre corrupção a cada ano). Pesquisa publicada pela Transparência Brasil, em setembro de 2013, aponta que dos 594 congressistas em atividade à época, 190 (32%) já haviam sido condenados perante o Poder Judiciário e/ou Tribunal de Contas (71% das condenações perante o Tribunal de Contas). A partir dos dados do INFOPEN, relativo ao ano de 2016, das 650.583 ações penais, apenas 1.595 se referem a crimes relacionados à corrupção, categorizados em crimes contra a administração pública. O número total de presos por crimes contra a administração pública no Brasil representa apenas 0,25% do total. A chance de um servidor público corrupto ser criminalmente condenado é de 3,17%. Na seara da improbidade administrativa, apenas 1,59%! Combinando-se os resultados dos sistemas cível e criminal, desprezando-se a contagem em duplicidade, o desempenho do sistema judicial apresenta taxa de sucesso inferior a 5%. In: WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. *A defesa da sociedade contra os atos de improbidade administrativa: análise crítica e desafios para a atuação eficiente do Ministério Público*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 82-84.

⁶ Idem, p. 24.

Administração não age apenas de acordo com a lei. Subordina-se aos princípios – que constituem abstração lógica sobre os dados que o direito positivo oferece – e ao que se pode chamar de bloco de legalidade, sendo necessário atentar-se para a moralidade administrativa, a boa-fé, a igualdade, a boa administração, a razoabilidade e a proporcionalidade. O ato administrativo visa garantir o interesse geral, público e necessário, não se justificando o excesso, o desvio, o arbítrio e motivações outras. Logo, mesmo que legal, o agir da Administração não pode ser injusto ou desonesto. A moralidade administrativa é princípio informativo do patrimônio público, não se coadunando com a quebra de confiança, o desvio de poder e o abuso de autoridade⁷.

O termo *responsabilidade* é aqui empregado em sentido amplo, significando apenas o dever de prestar contas em decorrência do exercício de poder e para que possa ser aferido se o poder está sendo exercido corretamente. Nesse ponto, apresenta-se profícua a utilização da noção de *public accountability*, corrente no pensamento político e jurídico-constitucional norte-americano. A expressão não possui tradução literal em português. Pode-se dizer que significa algo como responsabilidade pública, consistente no fato de que incide sobre os agentes públicos a responsabilidade por suas ações, bem como o dever de explicá-las quando solicitado. Michael W. Dowdle, em obra sobre o tema, arrisca a seguinte conceituação: “*Em sua essência, a ideia de responsabilidade pública parece expressar a crença de que pessoas com responsabilidades públicas devem responder ‘ao povo’ pela performance de seus deveres*”⁸.

Ao invés da supra-infra-ordenação de Hans Kelsen, a teoria desenvolvida pelo jurista argentino Ricardo Lorenzetti, inspirada no sistema solar – que coloca a Constituição Federal no lugar do sol, os códigos substituem os planetas e as leis extravagantes tomaram o posto dos satélites naturais – melhor exemplifica o atual cenário jurídico. Não é mais o civil e o penal que ocupam o centro do direito, mas o constitucional.⁹ A Constituição, conforme Gustavo Zagrebelsky, passou a ser vista “não mais como centro do qual tudo

⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público: comentários a lei de improbidade administrativa*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 10.

⁸ Idem, fl. 60.

⁹ Autor, 2014.

deriva por irradiação, através da soberania do Estado, a qual se apoia, mas como centro para o qual tudo deve convergir”.¹⁰

Dentre as perspectivas trazidas pela fase contemporânea do direito constitucional¹¹¹², podem ser citadas: força normativa à Constituição, alterando-se sua percepção de mero documento político para verdadeira norma jurídica vinculante¹³; novo tratamento hermenêutico conferido às regras e aos princípios, ante a insuficiência das técnicas interpretativas clássicas; alteração da forma de solução de conflitos, com a inclusão de técnicas de ponderação e teorias de argumentação¹⁴; mudança na teoria da norma, com reconhecimento da distinção entre norma e enunciado normativo¹⁵; reconhecimento de normatividade aos princípios com conseqüente influência na interpretação de todas as normas do ordenamento¹⁶, constitucionalização do direito a partir da irradiação das normas

¹⁰ *Il diritto mite*. Torino. Einaudi Contemporânea, 1992, p. 10.

¹¹ Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas (SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 233).

¹² Justamente pela heterogeneidade e falta de coerência interna, confundem-se neoconstitucionalismo, ativismo judicial e *neoinstitucionalismo*. Sob o argumento (mal fundamentado) de força ativa da constituição cada vez mais o Judiciário abusa de seus poderes atípicos, não raras vezes movido por ADI's ajuizadas por órgãos de classe visando interesse exclusivamente particular.

¹³ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 71.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

¹⁵ AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, p. 22.

¹⁶ FERNANDES, Roberto Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 37.

constitucionais por todos os demais ramos jurídicos¹⁷; e, releitura do direito sob influência dos postulados da ética e da moral¹⁸.

É absolutamente impossível analisar improbidade administrativa desvinculada da tutela do patrimônio público e de seu duplo conteúdo, não só material, mas também incorpóreo, por incluir valores morais exigíveis de seus administradores. A apreciação da legalidade do ato comissivo ou omissivo do administrador deve também se valer da ética, da moral e do direito, uma vez que a moralidade administrativa é direito fundamental do cidadão (art. 5º, LXXIII, da CF) e dever da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF). É incontroverso que a Administração não deve observar apenas a lei, porém igualmente subordina-se aos princípios e ao que se pode chamar de bloco de legalidade, atentando-se para a moralidade administrativa, igualdade, razoabilidade, proporcionalidade e boa fé, não se justificando o desvio, o excesso, o arbítrio e motivações outras.

Aos princípios indicados pela Constituição Federal (art. 37, *caput*) – legalidade, moralidade administrativa, impessoalidade, publicidade e eficiência – somam-se princípios esparsos na legislação infraconstitucional como, por exemplo, razoabilidade, proporcionalidade, boa fé e segurança jurídica. A moralidade, enquanto princípio residual, exige comportamentos de lealdade, seriedade, zelo, boa fé e motivação, ao passo que a impessoalidade é incluída na função do bem comum, não servindo à promoção pessoal nem ao prejuízo de determinadas pessoas (diz respeito diretamente ao princípio da igualdade material).

Assim, positiva é a contribuição da leniência na tutela do patrimônio público alvo de improbidade administrativa, gerando poupança de dinheiro público e agrega adequação, resultados efetivos e preservação de direitos fundamentais, em nítida concretude ao princípio da eficiência, consagrado expressamente no *caput* do art. 37 da Constituição Federal a partir da Emenda Constitucional 19/98. Para tanto, necessário penetrar na razoabilidade para afastar a aplicação equivocada ou indevida da norma e na proporcionalidade para ser

¹⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

¹⁸ KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964, p. 90.

observar o binômio custo/benefício, sanção justificável e o fim exigível da dignidade da pessoa humana. O acordo reforça, também, o princípio da confiança como crédito na continuidade do Estado, enfraquecendo o casuísmo que insiste em beneficiar interesses individuais, especialmente de determinados governantes.

3. A superação da interpretação míope da supremacia do interesse público no âmbito da improbidade administrativa

3.1 A unidade e a necessária coerência do microsistema da probidade administrativa

É possível realizar composição civil, extra ou judicial, envolvendo inquéritos civis ou ações civis públicas de improbidade administrativa? Pela redação originária do art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92, a resposta era negativa (“é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.”) Na sua literalidade, o dispositivo sinalizava que a transação seria incabível em sede de improbidade administrativa. Ocorre que, mesmo durante a vigência da redação originária, grande parte da doutrina, jurisprudência e o próprio Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução nº 179/2017), já contemplava a hipótese de consensualidade no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, seja na esfera judicial ou extrajudicial.

A redação originária do § 1º do art. 17 da Lei 8.429/92 foi elaborada em 1991. O presidente da república à época era Fernando Collor de Mello. No campo jurídico, o civil e o penal representavam o centro do direito, a seara administrativa tinha no princípio da supremacia do interesse público seu principal (talvez único) alicerce e o Poder Judiciário mal engatinhava na análise do ato administrativo. A norma retromencionada, portanto, não podia ser analisada distante da sua realidade (jurídica, por óbvio). Nestes 30 anos, o ordenamento jurídico passou gradativamente a abandonar o dogma da impossibilidade jurídica de transação em demandas integradas pela Administração Pública.

A evolução foi influenciada pelas técnicas de justiça penal consensual inauguradas pela Lei 9.099/95 (transação penal e suspensão condicional do processo). Destacam-se, contudo, as Leis 12.846/13 e 12.850/13 que, junto à Lei 8.429/92, compõem o microsistema

de combate a atos lesivos à Administração Pública e regulamentam, dentre outras matérias, os acordos de leniência e colaboração premiada.

No âmbito civil, a Lei 13.105/15 (novo Código de Processo Civil), aplicável subsidiariamente ao procedimento especial da ação de improbidade administrativa por força do seu art. 318, parágrafo único, bem como de entendimento jurisprudencial anterior, traz previsão expressa, em seu art. 3º, § 3º, que *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.*

A seara administrativa também integrou o processo evolutivo quando a noção de uma espécie intangível de indisponibilidade do interesse público tem sido atenuada, não sendo mais possível conceber uma supremacia sobre o privado como sendo óbvia, evidente ou mesmo inerente ao sistema jurídico¹⁹. A mudança de paradigma acabou por repercutir na resolução de litígios quando a Administração Pública passou a renunciar ao emprego de seus poderes com base na imperatividade e unilateralidade, aceitando realizar acordos com os particulares destinatários da aplicação concreta desses poderes, ganhando, assim, uma colaboração ativa dos administrados²⁰. Destacam-se as mudanças introduzidas pelo art. 23-A da Lei 8.897/95 prevendo a possibilidade do *emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato (de concessão), inclusive a arbitragem*. Esta norma influenciou diretamente o art. 11, III, da Lei 11.079/14 (parceiras público-privadas) e o art. 31, § 4º, da Lei 13.448/17 (prorrogação e relicitação de contratos de parceria nos setores rodoviário, aeroviário e ferroviário) e acabou reafirmada pelas Leis 13.129/15 e 13.140/15.

No mesmo sentido, merece lembrança a Lei 13.655/18, que inseriu o art. 26 na LINDB para admitir a celebração de termo de compromisso para *eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso*

¹⁹ MARTINS, André Chateaubriand. Arbitragem e Administração Pública. In: CAHALI, Francisco José *et. al.* *Arbitragem: Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26.05.2015*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 74.

²⁰ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Derecho Administrativo*. Madri: Civitas, 1999, p. 661.

de expedição de licença. Por último, porém não menos importante, destaca-se a recente e polêmica Lei 13.964/19, que alterou os sistemas penal e processual penal para incluir, dentre outras, a figura do juiz de garantia e a composição penal extrajudicial e pré-processual para determinados crimes.

A mudança no *status quo* do direito brasileiro, observando que a eficiência não é um princípio menor porque está no fim da frase do *caput* do art. 37 da CF, finalmente entendeu que a disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais não encontra necessária correlação com a disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público. Ora, se o sistema jurídico, que deve ser interpretado em sua unidade, permite acordo com colaboradores no campo penal, possibilitando a diminuição da pena ou até mesmo o perdão judicial, não haveria motivos para proibir que o titular do inquérito civil ou da ação civil pública de improbidade administrativa utilize do mesmo expediente na esfera cível.

Convém observar também que o art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92 fora revogado pela Medida Provisória nº 703/2015. Sucede que a MP caducou, em maio de 2016, pela não apreciação pelo Congresso Nacional, o que, pelos motivos já expostos, não serve de obstáculo para impedir a autocomposição em se tratando de improbidade administrativa. A própria integridade do direito restaria comprometida. O próprio êxito da colaboração premiada ou do acordo de leniência firmados no âmbito da persecução penal ou do processo administrativo poderia ficar comprometido se a autoincriminação numa instância, em troca de um benefício, puder implicar responsabilização integral em outra instância, na esfera da improbidade administrativa²¹.

A vedação de transação, acordo ou conciliação em ação de improbidade era perfeitamente justificável à época da edição do diploma legislativo, mas não com a alteração de paradigma do chamado Direito Administrativo Sancionador. Não abonaria a lógica e coerência admitir a transação na esfera penal, considerada *ultima ratio* em perspectiva sancionatória e proibi-la na Lei nº 8.429/92, o mesmo se passando com a Lei nº 12.843/13

²¹ DINO, Nicolao. A Colaboração Premiada na Improbidade Administrativa: Possibilidade e Repercussão Probatória. In: SALVADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodvium, 2015, p. 458.

(Lei Anticorrupção), cujas condutas, em regra, são mais gravosas que determinados atos de improbidade administrativa, como, por exemplo, aqueles que atentem contra princípios, sem lesão ao erário ou enriquecimento ilícito.

Esse movimento, frise-se, não era uma exclusividade do Direito nacional. Em países de tradição jurídica da *common law*, especialmente nos Estados Unidos, onde impera o sistema adversarial, assume destaque o *plain bargain* (ou barganha da pena). Também é possível encontrar institutos semelhantes na Itália (*pateggiamento sulla pena*), na Espanha (a *conformidade*) e na Alemanha (*Absprachen*).²²

Se esta larga fundamentação não bastar, invoca-se a antinomia aparente entre o art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92 e o art. 36, § 4º, da Lei 13.140/15: prevaleceria a máxima *lex posterior derogat legi priori*, positivada pelo art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Seguindo a tendência normativa, a partir do dia 23 de janeiro de 2020, entrou em vigor o “Pacote Anticrime” (Lei nº 13.964/2019), que, alinhando-se com outras normas do chamado microsistema de proteção ao patrimônio público, suprimiu a vedação até então existente e passou a admitir expressamente a consensualidade no âmbito da improbidade administrativa por meio do Acordo de Não Persecução Cível (ANPC).

A medida significou um grande avanço, na medida em que, para além de sanar a incoerência lógica até então latente, previne futura discussão quanto à consensualidade aos casos da Lei nº 8.429/1992.

No entanto, apesar do mérito do legislador, o avanço poderia ter sido bem maior, não fosse o veto presidencial ao dispositivo que disciplinava os parâmetros procedimentais e materiais para celebração do acordo (art. 17-A da Lei nº 8.429/1992).

A lacuna, se não impede a efetiva implementação do ANPC, gera debates que poderiam perfeitamente ter sido evitados se houvesse uma regulamentação, ainda que mínima, sobre o tema.

É preciso, pois, construir balizas que permitam auxiliar o intérprete na delimitação dos contornos dessa espécie de acordo.

3.2 Parâmetros mínimos para a composição extra e judicial na improbidade administrativa

Na doutrina, há consenso quanto ao fato de que a moralidade administrativa é gênero, do qual a probidade administrativa é espécie. Por essa razão, autores há que qualificam a probidade administrativa como “moralidade administrativa qualificada”²³ ²⁴. Sendo essa a distinção entre moralidade e probidade administrativas, depreende-se ser: (I) possível a configuração de imoralidade sem improbidade administrativa; e (II) impossível a ocorrência de improbidade sem que haja, concomitantemente, imoralidade administrativa²⁵. A improbidade exige outros elementos além da imoralidade.

A moralidade administrativa é princípio, tal como a legalidade. Lembre-se que, desenvolvendo-se de modo paralelo com a ideia de excesso de poder, nasceu da necessidade de resposta jurídica ao abuso no exercício de competências públicas. Para haver afronta à moralidade administrativa não se faz essencial afronta à lei e, conseqüentemente, violação ao princípio da legalidade. Trata-se de princípios autônomos²⁶. Sendo a legalidade e a moralidade administrativas dois princípios autônomos, um agente pode praticar ato de acordo com a lei e, ao mesmo tempo, afrontoso à moralidade administrativa. Igualmente, pode agir com ilegalidade, mas com moralidade. Os princípios são independentes, ainda que possa existir perfeita harmonia e paralelismo na aplicação de ambos em determinado caso concreto²⁷.

²³ FIGUEIREDO, Marcelo. Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e inovações. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 287.

²⁴ Moralidade administrativa é conceito genérico, é conceito-gênero, em que a improbidade administrativa é espécie.

²⁵ *Idem*, p. 48.

²⁶ ZIMMER JUNIOR, Aloísio. *Corrupção e Improbidade Administrativa: cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 141.

²⁷ *Idem*.

A improbidade administrativa, em regra, é apurada a partir de dois procedimentos: inquérito civil e ação civil pública. Admitindo-se a transação nesta seara, obviamente que, pelos direitos em jogo, ela pode ser realizada de forma extrajudicial (no bojo do inquérito civil) ou judicial (no curso de ação civil pública). Contudo, ao contrário de um compromisso de ajustamento de conduta costumeiramente firmado em procedimentos extrajudiciais pelo Ministério Público, por exemplo, a composição na área da improbidade administrativa, por meio do ANPC, exige a observância estrita da tipicidade material do ato ímprobo. Por outras palavras, para agir com improbidade²⁸ é necessário não só que o agente atue com afronta à moralidade administrativa, mas que, no exercício de suas atividades, sua conduta se enquadre formal e materialmente em “tipos” legais específicos da improbidade. Portanto, para haver improbidade administrativa é essencial a prática de ato típico e imoral, cumulativamente.

Dentre tantos outros, a banalização das ações por ato de improbidade administrativa e a precariedade das assessorias jurídicas em órgãos públicos de pequenos municípios são fatores que tornam ainda mais severa a análise sobre a configuração do ato ímprobo. Aqui, a ilegalidade está entrelaçada com a improbidade pela necessidade de tipicidade da conduta, tomando-se emprestados aqui conceitos e princípios próprios do Direito Penal²⁹. A tipicidade é conquista da adoção do princípio da legalidade, segundo o qual não há crime sem lei que o defina (art. 5º, XXXIX, da CF, e art. 1º do CP). Definir crime – e igualmente improbidade – é descrevê-lo na lei com todas as suas circunstâncias que o integram. O ato ímprobo precisa se revelar de todo adequado à descrição contida na norma “incriminadora”, aliando ato típico com imoralidade.

É necessário frisar que, em se tratando de direito sancionador, necessária a interpretação restritiva para o significado dos conceitos jurídicos indeterminados que integram a legislação de referência. O acordo entre as partes deve ser precedido, com expressa descrição no termo, da conduta que se enquadrou na hipótese legal, demonstrando

²⁸ “Improbidade”, neste artigo, é utilizada exclusivamente em seu sentido de “improbidade administrativa”.

²⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 837.

assim sua tipicidade capaz de ensejar a sanção legalmente prevista. Não existe improbidade e passível de anulação será o acordo quando a conduta analisada ficar fora do campo de incidência da combinação entre princípios e regras discriminadas no marco legal ou quando o acordo não descrever concretamente o ato ímprobo.

Nesse sentido, parece ter caminhado a Resolução nº 1.193/2020, do Ministério Público do Estado de São Paulo, que regulamentou os elementos do ANPC, cujo artigo 5º especificou os requisitos a serem observados, estabelecendo, entre outros aspectos, a necessidade de “II - Descrição da conduta ilícita, com todas as suas circunstâncias, em especial suas condições de tempo e local”, bem como de “III – Subsunção da conduta ilícita imputada à específica previsão legal de modalidade de ato de improbidade administrativa”³⁰

Nesse passo, faz-se necessário o enquadramento da conduta no tipo sancionador específico da improbidade – isto é, nas hipóteses discriminadas pelo legislador – para que possa ser qualificada como ímproba. Conceitos exclusivamente materiais, semânticos, são insuficientes: não basta comportamento que agrida a Administração Pública com desonestidade, indecência, má fé, isto é, imoralidade, ilegalidade lata, ilicitude, para a configuração de improbidade. Nem toda conduta ilícita é, automaticamente, conduta ímproba, ou seja, o âmbito compreensivo da ilicitude administrativa é muito mais amplo, e

30 “Art. 5º – O instrumento que formalizar o acordo deverá conter obrigatoriamente os seguintes itens, inseridos separadamente: I – Identificação do pactuante agente público ou terceiro que, não sendo agente público, induziu ou concorreu para a prática do ato ou dele se beneficiou direta ou indiretamente; II – Descrição da conduta ilícita, com todas as suas circunstâncias, em especial suas condições de tempo e local; III – Subsunção da conduta ilícita imputada à específica previsão legal de modalidade de ato de improbidade administrativa; IV – Quantificação e extensão do dano e dos valores acrescidos ilicitamente, quando houver; V – Assunção por parte do pactuante da responsabilidade pelo ato ilícito praticado; VI – Compromisso, quando for o caso, de colaborar amplamente com as investigações, promovendo a identificação de outros agentes, partícipes, beneficiários, localização de bens e valores e produção de outras provas, durante o curso do inquérito civil ou do processo judicial; VII – Dever de reparação integral do dano atualizado monetariamente, acrescido de juros legais e perdimento de bens e valores acrescidos ilicitamente; VIII – Previsão de aplicação de duas ou mais medidas sancionatórias na hipótese de ato previsto no art. 9º ou uma ou mais medidas na hipótese de atos previstos nos arts. 10 e 11 da Lei n. 8.429/92, observados os limites máximos e mínimos legais, sem prejuízo do disposto no inciso anterior; IX – Estipulação de cláusula específica de aplicação de multa diária ou outra espécie de cominação que se mostre adequada e suficiente para o caso de descumprimento das obrigações assumidas; X – Previsão de que a eventual resolução, perda de efeito ou rescisão do acordo, por responsabilidade do compromissário, não implicará a invalidação da prova por ele fornecida ou dela derivada; XI – Especificação, se for o caso, de tantos bens quanto bastem para a garantia do cumprimento das obrigações assumidas, os quais permanecerão indisponíveis; e XII – Advertência de que a eficácia do acordo extrajudicial estará condicionada a sua homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público”.

muito mais largo, do que o âmbito compreensivo da improbidade administrativa, isso porque a conduta ímproba, sendo *ilegal* ou *ilícita*, deve também ser *típica*³¹.

Também a ilegalidade não é suficiente para que a conduta possa ser considerada ímproba. É que ilegalidade não é sinônimo de improbidade e a ocorrência de ato funcional ilegal, por si só, não configura ato de improbidade administrativa³². É necessário que a conduta ilícita do agente público seja típica e que, além disso, tenha traços de imoralidade administrativa, ou seja, que no *animus* do agente haja desonestidade, má fé, ou até culpa grave quando no trato da coisa pública. Logo, não basta apenas a identificação de um erro de procedimento – de vícios formais em processo licitatório, por exemplo –, mas a presença concreta, e provada, de uma intenção voltada para a prática da conduta proibida³³.

O erro do gestor público decorrente de sua própria incapacidade técnica ou de seus colaboradores – em virtude das fragilidades de formação ou estrutura, o que é bastante comum para a burocracia de municípios de menor porte, não é fato gerador suficiente para sustentar uma ação, um ANPC, ou o que é pior, implicar qualquer nível de sanção. Assim, recomenda-se cautela ao Ministério Público quando transforma as investigações em ação ou proposição de acordo antes de uma consolidação verdadeira do elemento cognitivo.

Convém observar também que a adequada instrução do inquérito civil, com possibilidade do contraditório formal e material ao investigado, é condição para a oferta e negociação do acordo em sede de improbidade administrativa. Soa leviano admitir que, logo após a publicação da portaria do inquérito civil, o Ministério Público já notifique o investigado e ofereça a transação. Por outro lado, não se pode esquecer que o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF) também é aplicado aos procedimentos extrajudiciais presididos pelo *Parquet*, motivo pelo qual a tramitação do inquérito civil não pode ser eterna. Isso porque o tempo de tramitação de uma ação de

³¹ ROCHA, Cesar Asfor. *Breves reflexões críticas sobre a ação de improbidade administrativa*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, p. 52.

³² PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 4.

³³ ZIMMER JR, Aloísio. *Corrupção e Improbidade Administrativa: cenários de riscos e a responsabilização dos agentes públicos municipais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 146.

improbidade, a existência de várias instâncias, podem destruir a reputação do réu, sendo depois irrecuperável, insuficiente e tardio um juízo de improcedência.

4. A natureza, a dosimetria e a aplicação das sanções da Lei 8.429/92. A previsão de cláusulas *pro futuro* nos acordos de improbidade

4.1 A natureza das sanções

A Lei 8.429/92 estabelece sanções de diferentes naturezas, e não apenas de índole administrativa. Tal diversidade está diretamente relacionada com a natureza do ato ilícito de improbidade, isto é, a partir da verificação da natureza deste ato ilícito é possível compreender melhor a natureza das respectivas sanções.

Tendo em vista o bem jurídico tutelado por essa normativa, seria reducionismo classificar os ilícitos de improbidade administrativa como civis-administrativos. O ato de improbidade nega validade à Constituição da República e aos direitos republicanos dela consequentes, devendo-se considerar duas importantes coordenadas para compreensão dessa espécie de ilícito³⁴.

Sem embargo de sua eclosão no perímetro administrativo, os atos de improbidade administrativa não se constituem em tema exclusivo do direito administrativo ou do direito civil, mas se inserem no território dos interesses transindividuais (difusos e coletivos), porque afligem um número indeterminado de pessoas, simbolicamente ligadas sob a rubrica coletividade. Os atos de improbidade administrativa são ilícitos pluriofensivos, mas o impacto de seus efeitos deve ser considerado a partir de sua confrontação com os princípios e regras constitucionais, fonte de validade de todas as demais normas atingidas³⁵.

³⁴ ZIMMER JUNIOR, Aloísio. *Corrupção e Improbidade Administrativa: cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 155.

³⁵ FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 129.

O ato de improbidade é danoso ao interesse de toda a sociedade e conspurca os princípios instituídos pela Constituição da República, revelando ofensa a interesse difuso, que se apresenta em estado fluido e está disperso por toda a sociedade³⁶. O comportamento ímprobo do agente público não ofende apenas ao interesse da administração, enquanto ente personalizado e sujeito de direitos e deveres na ordem jurídica, mas ao interesse espraído por toda a coletividade, que espera e almeja o desenvolvimento de uma conduta com os princípios constitucionais, legais e éticos que devem pautar a atuação administrativa.

Ponto central da Lei 8.429/92 é a proteção do “patrimônio público” sob o viés da probidade administrativa, conceito que abarca tanto o patrimônio moral quanto o patrimônio material da administração pública. A improbidade sempre atinge o patrimônio moral da administração – não há improbidade sem imoralidade administrativa –, podendo ou não afetar o seu patrimônio material³⁷.

Para apurar o ato ímprobo, a LIA adota procedimento que não se confunde com o rito processual penal: trata-se de ação especial de reparação de danos ao erário e de aplicação de sanções civis, administrativo-funcionais e políticas, mediante rito de natureza processual civil (e especial). Adota-se neste trabalho a corrente que distingue entre as sanções da Lei 8.429/92 naturezas diversas – cível, administrativo-funcional e política –, de acordo com a materialidade de cada uma das sanções, todas regidas pelo direito constitucional. Conforme o art. 12 do referido diploma legal, as cominações estabelecidas (independente das sanções penais, civis e administrativas previstas em legislação específica) são as seguintes: (I) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; (II) ressarcimento integral do dano; (III) pagamento de multa civil; (IV) perda da função pública; (V) suspensão de direitos políticos; (VI) proibição de contratar com o poder pública; e, (VII) proibição de receber, direta ou indiretamente, benefícios ou incentivos fiscais e creditícios.

³⁶ SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 108.

³⁷ É importante advertir sobre o art. 21, I, da Lei 8.429/92, o qual dispõe que a aplicação das sanções previstas nesse diploma legislativo independe da “efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público” como “patrimônio material público”. Não há como admitir leitura que contemple improbidade administrativa sem, ao menos, dano ao “patrimônio moral público”. Algum prejuízo haverá à administração pública.

4.2 A coordenação, a instrução e a aplicação das diversas sanções

Embora elementar, eventuais exageros exigem reiterar o argumento de que não há obrigatoriedade na aplicação cumulativa das sanções previstas na LIA, devendo-se, portanto, atentar para a razoabilidade e proporcionalidade. Embora a Lei 8.429/92 não ofereça critérios seguros para a aplicação das sanções nela previstas, com exceção do constante em seu art. 12, parágrafo único – “extensão do dano causado” e “proveito patrimonial obtido pelo agente” – deve o intérprete examinar globalmente a conduta, relevando princípios caros ao ordenamento jurídico, como os da razoabilidade, proporcionalidade, legalidade e segurança jurídica.

Por certo, dosimetria da pena não apresenta o mesmo nível de segurança, ou materialidade, na mensuração do seu resultado, quando se faz comparação com a teoria geral consolidada no campo do Direito Penal. Em certa medida, uma releitura do art. 59 do Código Penal e depois a avaliação das agravantes, das atenuantes, das majorantes e das minorantes, quando compatíveis com o caso concreto, pode representar um roteiro mais seguro, ou seja, pode sugerir uma linha de orientação para o direito administrativo sancionador³⁸.

É necessário frisar que a reparação do dano e a perda de bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente não se qualificam materialmente como sanções próprias, pois objetivam a recomposição do *status quo* e, por isso, não podem ser as únicas aplicadas. Na verdade, essas reprimendas não podem deixar de ser aplicadas, seja na hipótese de ANPC, seja na de judicialização da improbidade, ante a obstinação legal de buscar a “integral reparação do dano” (art. 5º da Lei 8.29/92)³⁹. Convém observar, desse modo, que o magistrado não pode deixar de aplicar – e o acordo não pode se eximir de prever – as sanções de cunho ressarcitório (reparação do dano e perda dos bens) e que, levando em conta a

³⁸ ZIMMER JUNIOR, Aloísio. *Corrupção e Improbidade Administrativa: cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 170/171.

³⁹ SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 167/168.

“extensão do dano” e o “proveito patrimonial” obtido pelo agente (art. 12, parágrafo único) deve fixar ou eleger, dentre outras sanções, aquelas que razoável e proporcionalmente configuram a repressão da conduta ímproba, além de fixar o *quantum* das penas que admitem balizamento (suspensão dos direitos políticos e multa civil) caso aplicadas ou previstas.

Não se pode esquecer que não existe ato de improbidade sem a participação efetiva do agente público, o chamado sujeito ativo próprio dessa espécie de ilícito. Eventualmente, a LIA pode atingir os agentes privados envolvidos, enquanto coadjuvantes do ato ímprobo. Aqui, forçoso observar que o inquérito civil e a ação civil pública devem ser objetivamente instaurados em desfavor de pessoas certas e determinadas, contendo como investigado ou processado, ao menos, um agente público. A lógica do microsistema de probidade administrativa permite, a partir de então, a composição civil com o “coadjuvante” da improbidade. É o caso, por exemplo, de o Ministério Público transacionar apenas com o particular, prosseguindo o inquérito civil ou a ação civil pública tão somente em desfavor do agente público. A propósito, o Superior Tribunal de Justiça entende que não há litisconsórcio passivo necessário na ação de improbidade administrativa entre agentes públicos e eventuais terceiros beneficiários ou participantes.⁴⁰

Ressalvam-se desse entendimento as obrigações consideradas indivisíveis. Em casos de solidariedade passiva em matéria de improbidade administrativa, se a obrigação for de caráter divisível, parece não haver maiores questionamentos quanto à possibilidade de estabelecer a cota parte de cada devedor solidário para fins de ANPC. No entanto, se indivisível for a obrigação, a autocomposição parcial restará prejudicada se não contar com a intervenção e concordância de todos os devedores, ante a expressa previsão do art. 844 do Código Civil, segundo o qual “A transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela intervierem, ainda que diga respeito a coisa indivisível.”

É possível, portanto, que, em relação ao agente público que celebrou o ANPC, o Ministério Público, quando opte por ajuizar a ação civil pública, requeira apenas o efeito declaratório (reconhecimento da improbidade), por já ter acordado às sanções com o

40 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1579273/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020.

investigado e, no tocante ao particular, a demanda poderá ter efeitos condenatórios, se este não tiver interesse ou não for incluído no acordo.

4.3. A previsão de cláusulas *pró-futuro* nos acordos de improbidade

A ação civil pública por ato de improbidade administrativa não serve para, preferencialmente, punir condutas de atores privados, o que exige (ainda que com argumentos e provas frágeis), a necessidade de encontrar um agente público minimamente relacionado para compor de maneira suficiente o rol de investigados no inquérito civil ou o pólo passivo da demanda judicial. Nesses casos, porém, o procedimento ou a ação carregam nítida fragilidade porque a exclusão do agente público implicará no encerramento da questão. Muitas vezes, o Ministério Público parte do (equivocado) pressuposto de que o recebimento da ação de improbidade é a lógica que predomina.

A mera existência de um fato, em tese, condenável e a discriminação de um rol de suspeitos, ainda que superficial a prova apresentada, em muitos casos parece justificar uma decisão padrão de recebimento da demanda pelo magistrado, mesmo que cada vez mais se evidencie a relevância do dano causado ao cidadão processado, que somente muitos anos depois – o que seguidamente acontece –, terá o trânsito em julgado da respectiva “absolvição”. Por isso, a cautela no juízo de recebimento – e um certo rigor na avaliação das primeiras provas – representa, acima de tudo, um gesto de observância à dignidade da pessoa humana, com o mais absoluto respaldo constitucional⁴¹.

A ação fundada na Lei 8.429/92 resguarda o patrimônio público e impede o proveito patrimonial ilícito. Trata-se de demanda que se distingue das demais por sua potencialidade, já que é capaz de garantir o ressarcimento ao erário e impor sanções capazes de proteger e precaver o Poder Público da prática de novos atos de improbidade pelo agente ímprobo. Há, portanto, uma faceta de responsabilização cível e, de outra, político-administrativa.

⁴¹ ZIMMER JUNIOR, Aloísio. *Corrupção e Improbidade Administrativa: cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 174.

É importante compreender as consequências da natureza da ação de improbidade administrativa – civil –, de seus ilícitos – político-administrativos – e de suas sanções – civis, administrativo-funcionais e políticas – regidas pelo art. 37, § 4º, da CF e pela Lei nº 8.429/92. Observando-se a vedação de *bis in idem* imposta por nosso ordenamento jurídico, sem prejuízo de sua coerência sistêmica, e em atenção ao disposto no art. 12, *caput*, da LIA, é consenso na doutrina e jurisprudência que as sanções de improbidade prescindem de prévia aplicação de punição na esfera cível, criminal ou administrativo. Trata-se de instâncias independentes⁴².

Através de instância cível é possível auferir responsabilidade cível através de ação ordinária ou especial, com aplicação de sanções patrimoniais, como as indenizatórias. Porém, tanto a ação cível como a de improbidade administrativa permitem a aplicação de sanções civis, administrativo-funcionais e políticas. Por sua vez, ações penais possibilitam responsabilização cível e criminal do acusado, com efeitos administrativo-funcionais e políticos. Em acréscimo, processos administrativos podem trazer consequências cíveis e administrativas, ainda que, nesse caso, sem coisa julgada.

Atente-se para o fato de que em todas as instâncias há possibilidade de aplicação de sanções patrimoniais. Ainda que um mesmo fato implique processo em mais de uma instância, e que a natureza das sanções provenientes de cada uma dessas esferas eventualmente se confunda, inexistente óbice a que todas sejam aplicadas de forma concomitante. Cumpre, tão somente, impedir a duplicidade de sanções pelo mesmo fato por ilícito de idêntica natureza.

Mais importante que a própria instauração do inquérito civil (diretamente ou por conversão do procedimento preparatório antecedente), o detalhamento da sua portaria, com a minuciosa descrição dos atos ímprobos e a relação de cada investigada a cada um deles, com a maior descrição possível das ações e omissões ímprobas de cada um é medida imperiosa. A partir da instrução do procedimento – que não pode simplesmente ser

⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 103.

negligenciada em razão de futuro ANPC – o Ministério Público poderá, resguardado o contraditório formal e material, formular transação em ato de improbidade administrativa.

Além das consequências indesviáveis – reparação o dano e perda dos bens acrescidos ilicitamente – o ANPC poderá prever sanções de natureza cível, administrativo-funcionais e políticas. A composição sobre as reprimendas criminais, frise-se, exigirá procedimento próprio de acordo com a recente Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime). Dúvida não há sobre o cabimento das sanções de efeito imediato. A questão que se coloca é: será possível que o acordo preveja cláusulas “pró-futuro”, ou seja, de efeito automático em caso de reiteração do ato ímprobo?

Embora de severa consequência, é inegável que toda e qualquer sanção nas searas cível, administrativo-funcionais e políticas pertence ao rol de disposição do agente. Desde a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio até a perda da função pública, suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o poder público, não há nenhuma impossibilidade na composição. Não se ignora a dificuldade em acreditar que o investigado por ato ímprobo aceite acordo que estabeleça todas as sanções previstas na LIA, cumulativamente. Difícil, porém não impossível.

Convém observar que a fixação de sanções condicionais – *pró-futuro* – além de representar maior preservação da probidade administrativa, empresta ao acordo maior chance não apenas de sua assinatura, mas de sua completa execução. Quando o autor da improbidade, por exemplo, em ato ímprobo de menor vulto, além de ressarcir integralmente o erário, de pagar multa civil e de perder os bens acrescidos ilicitamente, se comprometa a perder a função pública, a ter seus direitos políticos suspensos ou reste proibido de contratar com o poder público por *x* anos, obviamente haverá redobrada atenção não só no cumprimento do acordo mas, especialmente, nos atos comissivos e omissivos à frente da coisa pública. Não se pode esquecer que as cláusulas *pró-futuro* contendo novas sanções resguardam, inclusive, a dupla afetação do patrimônio público, pois a reiteração da improbidade acaba por merecer maior e severa reprimenda em razão do desprezo, pelo gestor e seu comparsa, da probidade e legalidade necessárias.

Nem se cogite que o art. 20, *caput*, da Lei 8.429/92 (“A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença

condenatória”) retiraria a cláusula *pró-futuro* no âmbito de negociação do ANPC, pois tal dispositivo visa limitar a concessão de tutelas jurisdicionais provisórias e não impede a justiça negociada. Não haveria razoabilidade tornar inválida uma sanção aceita pela vontade livre e manifesta do autor do ato de improbidade administrativa. A mesma lógica rege os Acordos de Não Persecução Penal (art. 28-A do CPP) e de colaboração processual (art. 4º da Lei 12.850/13). Não se pode, pois, distinguir a situação do investigado que confessa a prática do crime e se sujeita, espontaneamente, às restrições penais, sem condenação judicial, e a do agente ímprobo que, igualmente, reconhece a prática da improbidade administrativa e aceita celebrar acordo de não persecução cível⁴³.

Além disso, - ainda que se possa argumentar que não se trata da imposição de sanções, mas de obrigações *equivalentes* às sanções⁴⁴ – não se pode afirmar que um acordo de vontades fere a cláusula do devido processo legal (art. 5º, inc. LV, CF), pois não há coação na imposição da pena/sanção e a homologação judicial, após a anuência expressa do pactuante e de seu advogado, bem como da análise do magistrado quanto a garantia da adequação, suficiência e legalidade das cláusulas do acordo.

Ademais, nenhum direito fundamental é absoluto. Aqui há uma limitação a direitos fundamentais decorrentes de uma manifestação de vontade livre e consciente do agente ímprobo.

De complexa abordagem – e apenas a detalhada análise do caso concreto permitirá fazê-la com a qualidade necessária – é a repercussão da absolvição criminal, pelos mesmos fatos, após a celebração do acordo sobre a improbidade na esfera cível (extra ou judicialmente).

Sem dúvidas, não é toda absolvição criminal que vai gerar efeito na seara cível, sendo a autonomia das esferas assunto já pacificado. Porém, a questão é nas hipóteses em que o juiz declara a inexistência do fato ou a exclusão da autoria o autor poderia buscar, judicialmente ou por composição com o Ministério Público, a anulação do acordo e o retorno ao *status quo ante*?

43 Autor, 2020.

44 PEREIRA, Rafael. Parâmetros para aplicação do acordo de não persecução cível criado pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019). Artigo inédito.

Em regra, a resposta é negativa em razão da voluntariedade do acordo que versa sobre direitos disponíveis. Sem embargo, hipóteses haverá em que o caso concreto admitirá a anulação do acordo, sobretudo quando a ação penal trouxer um rol probatório mais extenso e qualificado, com provas desconhecidas e/ou que não puderam ser produzidas ao longo do inquérito civil ou da ação civil pública. Quando, porém, não houver consistente inovação no quadro probatório, com provas impossíveis de serem produzidas ou desconhecidas pela parte interessada, o rigor sobre a segurança jurídica do acordo deve ser observado.

5. Conclusão

A Constituição é a materialização da ordem jurídica do contrato social, apontando para a realização da ordem política e social de uma comunidade, colocando à disposição dos mecanismos para a concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico. Por isso, as Constituições Sociais devem ser interpretadas diferentemente das Constituições Liberais. O *plus* normativo representado pelo Estado Democrático de Direito resulta como um marco definidor de um constitucionalismo que soma a regulação social com o resgate das promessas da modernidade⁴⁵.

Não se deve, portanto, ter dúvida quanto à força vinculativa da ideologia constitucional da probidade na Administração Pública, uma das metas da República Federativa do Brasil e nada mais é que a vontade popular convertida em norma principiológica da mais elevada hierarquia, e que se opõe vigorosamente à chamada cultura de improbidade administrativa, historicamente presente nos círculos do poder dominante no Brasil⁴⁶.

A matriz constitucional e a evolução da composição civil e penal em matéria de interesse público forçosamente deve incluir a seara administrativa. O princípio da eficiência

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 71.

⁴⁶ BERTONCINI, Mateus. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagli Oliveira; GHIGNONE, Luciano Taques. *Estudos sobre Improbidade Administrativa*. 2ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 35.

consagrado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal se espraia para os demais poderes da República e, igualmente, ao Ministério Público. A materialização da defesa e recomposição do patrimônio público, material e imaterial, não se coaduna com uma década de tramitação de inquérito civil e ação civil pública, cujos efeitos não raras vezes recaem exclusivamente sobre o espólio do condenado.

É importante que o sistema político conte com meios de se preservar contra governantes eventualmente não virtuosos, de forma a impedir-lhes de minarem as bases sobre as quais se assenta a república democrática. É o que o constitucionalista estadunidense Bruce Ackerman chamou de *economia da virtude*. Trata-se de estruturar o sistema política de forma que este dependa o mínimo possível da virtude de seus representantes.

A satisfação do administrado e a execução de atos e omissões por parte do administrador ímprobo fixadas enquanto sanções da LIA no acordo assinado acabam por revelar, na prática, o duplo conteúdo do patrimônio público, não só material, mas incorpóreo, ao incluir com celeridade valores morais exigíveis no cotidiano de seus administradores. Seria improdutivo e, no mínimo, incoerente, admitir a composição via colaboração premiada, Lei Anticorrupção e, agora, o *plea bargain* (ainda que à brasileira) sem que a improbidade administrativa admitisse tal instrumento jurídico. Além de violar diretamente o microsistema do processo coletivo, geraria incoerência na unidade da Constituição e retira do cidadão e dos órgãos públicos relevante instrumento de eficiência na recomposição do patrimônio lesado, imposição de sanções e prevenção de novos atos de improbidade.

A nova redação do art. 17, §1º da Lei 8.429/92, para além de acompanhar essa mudança de paradigma do direito sancionador, representou significativo avanço no combate à corrupção. No entanto, perdeu-se uma grande oportunidade de encerrar definitivamente a discussão sobre diversos temas envolvendo o Acordo de Não Persecução Cível, em razão da carência de regulamentação sobre aspectos materiais e procedimentais do acordo.

Nada obstante, a lacuna normativa não impede a efetiva implementação do ANPC, cuja consecução pode ser dar por meio de uma construção hermenêutica e de interpretação sistemática, estabelecendo-se neste breve ensaio alguns parâmetros para balizar o operador do direito quando da celebração do ANPC, notadamente quanto à dosimetria, à aplicação

das sanções da Lei nº 8.429/92, à possibilidade de previsão de cláusulas *pro futuro* nos acordos de improbidade e à repercussão da absolvição criminal, pelos mesmos fatos, após a celebração do acordo sobre a improbidade na esfera cível (extra ou judicialmente).

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores.
Autor, 2014.
- BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.
Autor, 2020
- _____. *Acordo de Não Persecução Cível*. Artigo inédito. 2020.
- CAHALI, Francisco José *et. al.* *Arbitragem: Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26.05.2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*. São Paulo: Atlas, 2012.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagli Oliveira; GHIGNONE, Luciano Taques. *Estudos sobre Improbidade Administrativa*. 2ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2012.
- FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- FERNANDES, Roberto Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Derecho Administrativo*. Madri: Civitas, 1999.
- KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

- MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público: comentários a lei de improbidade administrativa*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- PEREIRA, Rafael. Parâmetros para aplicação do acordo de não persecução cível criado pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019). Artigo inédito.
- ROCHA, Cesar Asfor. *Breves reflexões críticas sobre a ação de improbidade administrativa*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.
- SALVADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodvium, 2015.
- SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. *A defesa da sociedade contra os atos de improbidade administrativa: análise crítica e desafios para a atuação eficiente do Ministério Público*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino. Einaudi Contemporânea, 1992
- ZIMMER JUNIOR, Aloísio. *Corrupção e Improbidade Administrativa: cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.