



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
UENP - *CAMPUS JACAREZINHO*
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

RAFAEL PEREIRA

LIMITES AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL
APÓS AS ALTERAÇÕES PELA LEI 14.230/21

JACAREZINHO – PR

2023

RAFAEL PEREIRA

**LIMITES AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL APÓS AS
ALTERAÇÕES PELA LEI 14.230/21**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão - Processo, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça), do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná/Campus de Jacarezinho para defesa final como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Gilberto Giacoia.

JACAREZINHO – PR

2023

RAFAEL PEREIRA

**LIMITES AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL APÓS AS
ALTERAÇÕES PELA LEI 14.230/21**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão - Processo, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça), do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná/Campus de Jacarezinho para defesa final como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Gilberto Giacoia.

Prof. Dr. Gilberto Giacoia
Orientador

Prof. Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi

Prof. Dr. Elton Venturi

Jacarezinho/PR, fevereiro de 2023.

Ficha catalográfica elaborada por Lidia Orlandini Feriato Andrade, CRB 9/1556,
através do Programa de Geração Automática do Sistema de

P436L Pereira, Rafael
 Limites ao acordo de não persecução civil após
 as alterações pela Lei 14.230/21 / Rafael Pereira;
 orientador Gilberto Giacoia - Jacarezinho, 2023.
 93 p.

 Dissertação (Mestrado Acadêmico Direito) -
 Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de
 Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação
 em Ciência Jurídica, 2023.

 1. Acordo de não persecução civil . 2. Lei n°
 14.230/21 - Brasil. 3. Improbidade administrativa.
 4. Limites. I. Giacoia, Gilberto, orient. II. Título.

CDD: 341.337

Bibliotecas da UENP

AGRADECIMENTOS

Registrar aqui meu especial agradecimento a minha família, esposa Josueli, filhos Bárbara e Augusto, pela compreensão diante da ausência durante o período de realização deste curso, minha sogra Roseli e minha irmã Enaide pelo apoio essencial na elaboração desse trabalho.

Agradecimento indispensável ao Dr. Gilberto Giacoia, meu orientador, que por muitas oportunidades abriu mão do seu precioso tempo para contribuir com conselhos acadêmicos, profissionais e pessoais, jamais seria possível concluir essa etapa tão importante se não fosse pela sua regência.

Ainda, agradecimento aos Professores: Samia Saad Galloti Bonavides, Eduardo Cambi e Jairo Néia Lima, Luiz Fernando Kazmierczak pelos conselhos, ajuda e principalmente pelos ensinamentos.

Registrar o reconhecimento pela excelente condução do curso pelo professor professor Fernando de Brito Alves, sempre atencioso e colaborativo impulsionando alunos e o curso, ao lado da Secretária Maria Natalina da Costa, meus agradecimentos.

Por fim, agradecer a ajuda e convivência, ainda que virtual, de toda a turma 18, a qual demonstrou muita resiliência e companheirismo na conclusão deste curso.

RESUMO

O presente trabalho busca identificar se, após as alterações trazidas pela Lei nº 14.230/21, as quais alteraram significativamente a lei de improbidade e também especificaram o acordo de não persecução civil, há a existência de limites quanto a este último. Nesse sentido, inicia-se apontando as alterações trazidas pela Lei nº 14.230/21 e a sua relação com a constituição. Busca-se definir quem são os sujeitos da ação de improbidade, além de definir o elemento anímico atualmente possível. Após, apresenta-se, de forma geral, uma análise sobre os novos atos de improbidade administrativa. Em decorrência da possibilidade do acordo na fase judicial, identifica-se como se dá o processo por ato de improbidade administrativa e quais as sanções possíveis. Além da legislação, enumeram-se as principais decisões no âmbito de repercussão e controle de constitucionalidade das modificações trazidas pela lei no ano de 2021. Num segundo momento, apresenta-se o acordo de não persecução civil, percorrendo desde a impossibilidade do consenso até o conceito, evolução legal e a discussão sobre a legitimidade ativa. Aderiu-se ao trabalho, também, a discussão sobre a *Parens Patriae* como fundamento da legitimidade para o acordo de não persecução civil, como uma permissão importante quanto à possibilidade ou não de limites. Construiu-se também a natureza jurídica e os requisitos para elaboração do ANPC. Encerrando-se a pesquisa, expõe-se sobre a existência de limites quanto ao momento processual, especialmente após o trânsito em julgado. Limites para os efeitos do acordo no âmbito eleitoral e limites quanto à transação de direitos a partir da análise da teoria apresentada pelo professor Elton Venturi. Por fim, a investigação neste trabalho apontou sobre limites de renúncia de direitos pelo investigado/requerido e limites em decorrência da imposição legal do ressarcimento integral ao erário.

Palavras-chave: acordo de não persecução civil; improbidade administrativa; limites.

ABSTRACT

The present research seeks to identify if, after the changes brought by Law n. 14.230/21, which significantly altered the improbity law and also specified the civil non-prosecution agreement, there are limits regarding the latter. So, it begins by pointing out the changes brought about by Law n. 14.230/21 and its relationship with the constitution. It seeks to define who are the subjects of the action of improbity, in addition to defining the soul element currently possible. Afterwards, an analysis of the new acts of administrative improbity is presented in general. As a result of the possibility of an agreement in the judicial phase, it is identified how the process for an act of administrative improbity takes place and what are the possible sanctions. In addition to the legislation, the main decisions are listed in the scope of repercussion and constitutionality control of the changes brought by the law in the year of 2021. Secondly, the civil non-prosecution agreement is presented, ranging from the impossibility of consensus to the concept, legal evolution and the discussion about active legitimacy. The discussion on *Parens Patriae* was also added to the research as the foundation of legitimacy for the civil non-persecution agreement, as an important permission regarding the possibility or not of limits. The legal nature and the requirements for the elaboration of the CNPA were also constructed. Finishing the research, it exposes the existence of limits regarding the procedural moment, especially after the final and unappealable decision. Limits for the effects of the agreement in the electoral scope and limits regarding the transaction of rights based on the analysis of the theory presented by Elton Venturi. Finally, the investigation in this research pointed to the waiver limits of rights by the investigated/defendant and limits due to the legal imposition of full reimbursement to the treasury.

Keywords: civil non-prosecution agreement; administrative improbity; limits.

LISTA DE ABREVIações E SIGLAS

ADCT – Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgInt – Agravo Interno
AgRg – Agravo Regimental
Anafe – Associação Nacional das Entidades Federais de Advocacia
Anape – Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal
ANPC – Acordo de Não Persecução Cível
ANPP – Acordo de Não Persecução Penal
ARE – Agravo em Recurso Extraordinário
AREsp – Agravo de Recurso Especial
Art – Artigo
BGB – Código Civil Alemão
CC – Código Civil
CESeC – Centro de Estudos de Segurança e Cidadania
CF – Constituição Federal
CGU – Controladoria Geral da União
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público
CONANP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público
CPP – Código de Processo Penal
DJe – Diário de Justiça Eletrônico
EDcl – Embargos de Declaração
EPub – Publicação Eletrônica
LIA – Lei de Improbidade Administrativa
LC – Lei Complementar
MP – Ministério Público
PL – Projeto de Lei
RE – Recurso Especial
REsp – Recursos Especiais
RHC – Recurso Ordinário de Habeas Corpus
RtPaut – Retirada de Pauta
SEAD – Secretaria de Estado da Administração
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TAC – Termos de Ajustamento de Conduta
TCU – Tribunal de Contas da União
TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo
TSE – Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA APÓS A LEI Nº 14.230/21.....	10
2.1 Improbidade e Constituição.....	13
2.2 Sujeitos da Ação de Improbidade Administrativa.....	17
2.3 Do Elemento Anímico.....	26
2.4 Dos Atos de Improbidade.....	36
2.5 Do Procedimento Por Ato de Improbidade Administrativa.....	46
2.6 Das Sanções Por Ato de Improbidade.....	54
2.7 Do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) 843989.....	60
2.8 Das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 7.042 e 7.043.....	64
3. A CONSENSUALIDADE NO PATRIMÔNIO PÚBLICO.....	67
3.1 Da Indisponibilidade do Interesse Público ao Acordo na Improbidade Administrativa.....	67
3.2 Do Acordo de Não Persecução Civil.....	78
3.2.1 Da Evolução Legal.....	79
3.2.2 Da Legitimidade Ativa.....	86
3.2.2.1 <i>Parens Patriae</i> Como Fundamento da Legitimidade do Ministério Público e da Pessoa Jurídica Para o Acordo.....	97
3.2.3 Natureza Jurídica.....	99
3.2.4 Requisitos para Elaboração.....	103
4. LIMITES AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL.....	117
4.1 Limite Quanto ao Momento Processual.....	117
4.2 Limite do Acordo de Não Persecução Civil na Justiça Eleitoral, em Especial o Afastamento das Inelegibilidades LC n º 64/10.....	123
4.3 Dos Limites da Transação de Direitos Indisponíveis na Improbidade Administrativa a Partir da Construção de Elton Venturi.....	132
4.4 Os Limites Quanto às Obrigações Semelhantes às Sanções: da (Im)Possibilidade de Renúncia de Direitos Fundamentais.....	137
4.5 Do Limite do Ressarcimento Integral.....	147
5. CONCLUSÃO.....	159
REFERÊNCIAS.....	162

1. INTRODUÇÃO

A lei de improbidade administrativa do ano de 1992 estabelecia que fosse vedada a transação, acordo ou conciliação. Após 28 anos da sua promulgação, ela foi alterada pela Lei nº 13.964, de 2019, popularmente conhecida como pacote anticrime, criando a figura, na época, com a terminologia de acordo de não persecução cível, esta modificação há tanto tempo sendo pleiteada pela doutrina e pelos operadores do direito.

Contudo, embora se tenha evoluído, possibilitando a realização de acordos em ações de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa, o acordo foi parcialmente vetado, especialmente no que se refere a requisitos e parâmetros para a sua instituição, ocasionando algumas lacunas e inseguranças jurídicas quanto ao instituto.

Porém, no ano de 2021, a Lei nº 14.230/21 realiza profundas alterações na lei de improbidade, Lei nº 8.429/92, desde o campo do direito material, como a prescrição, e também processual, como requisitos formais para inicial, até de produção de provas.

Entre as mudanças trazidas pela Lei nº 14.230/21, está a regulação mais detalhada do acordo na improbidade, começando com a terminologia, não se referindo mais acordo de não persecução cível, mas sim, acordo de não persecução civil.

Importante ressaltar que, entre a previsão inicial, em 2020, até a alteração recente da lei de improbidade, havia uma lacuna em relação ao acordo, especialmente quanto aos requisitos, momento, entre outros.

A *novel* legislação suprimiu diversos pontos, trazendo requisitos, como a necessidade da reparação integral do dano, a homologação judicial do acordo e a legitimidade exclusiva do Ministério Público.

Embora tenham, nesses pontos, as modificações do consenso na improbidade progredido em face das previsões anteriores, o legislador não esgotou a matéria no texto positivado, deixando alguns questionamentos especialmente sobre eventuais limites para formulação do acordo, tanto do ponto de vista material como de renúncias a direitos pelo legitimado quanto pelo requerido, como processual

quando o acordo possa ser formalizado a todo tempo, inclusive após a sentença transitada em julgado, ou ainda refletir no direito eleitoral.

É justamente neste cenário que surge a problemática. Após as alterações trazidas pela Lei nº 14.230/21, é possível impor limites na elaboração do acordo de não persecução civil? De maneira específica, é possível entabular o acordo durante a fase de execução e desconstituir uma sanção imposta na sentença? O novo acordo alcança os efeitos possíveis na lei eleitoral, especialmente na lei de inelegibilidade? É possível, ainda, os legitimados transacionarem sobre o direito protegido pela Lei, proibidade e patrimônio público, como renunciar à reparação integral do dano? Por fim, é possível o requerido renunciar a direitos fundamentais como forma de proteger os bens jurídicos da lei de improbidade?

A hipótese aventada é que, apesar de as modificações legais não trazerem a resposta, é possível construir os limites extraídos da Constituição Federal, bem como da própria lei de improbidade após as alterações trazidas pela Lei nº 14.230/21, como a restrição do acordo nas hipóteses somente da própria LIA, ou a origem e o fundamento para o ressarcimento integral, conjugando com a teoria do professor Elton Venturi pela possibilidade de transacionar o direito coletivo, consubstanciado num processo adequado e de legitimação social na área do patrimônio público.

Para a aplicação da hipótese e resposta da problemática, será utilizada a metodologia do tipo dedutiva, a qual parte de argumentos gerais para os argumentos particulares. De início, serão apresentados argumentos que se consideram verdadeiros e inquestionáveis para, em seguida, chegar a conclusões formais, já que estas conclusões ficam restritas única e exclusivamente à lógica das premissas estabelecidas. O raciocínio que segue a linha dedutiva explica o conteúdo das premissas expostas, pela via do silogismo, ou seja, parte de duas premissas, para retirar uma terceira, que decorre logicamente das duas primeiras, denominada de conclusão.

A construção da base teórica consiste em apresentar, de modo geral, as principais modificações trazidas pela Lei nº 14.230/21, estabelecendo premissas importantes para compreensão da conclusão sobre a imposição dos limites ou não ao acordo dentro do espectro da improbidade administrativa.

Em seguida, a construção teórica do próprio acordo de não persecução, deste a sua evolução legislativa até a natureza jurídica, requisitos, parâmetros e formalidades incorporados pelas alterações no ano de 2021.

Por fim, apresentará os possíveis limites para o acordo de não persecução civil, tendo como fundo a sistemática de responsabilização da lei de improbidade, aliada aos mandamentos constitucionais de proteção à probidade e ao patrimônio público, com uma especial visão da teoria de transacionar direitos coletivos, abordada pelo professor Elton Venturi.

A opção pelo tema decorre dos questionamentos práticos nas funções exercidas no Ministério Público e o importante papel que esse novo instrumento de consenso tem na improbidade administrativa para efetiva proteção do patrimônio público, buscando, ainda, demonstrar com bases teóricas algumas das soluções possíveis na prática por meio do acordo de não persecução civil.

2. DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA APÓS A LEI Nº 14.230/21

O tema de corrupção há muito domina o cenário da vida em sociedade, muitas vezes atrelado à própria formação dos estados. No caso do Brasil, o instituto está vinculado ao sistema colonial que integrou a constituição do estado brasileiro.

Segundo Garcia¹:

O sistema colonial português foi erguido sobre os pilares de uma monarquia absolutista, fazendo com que Monarca e administradores se mantivessem unidos por elos eminentemente pessoais e paternalistas, o que gerou a semente indesejada da ineficiência. Não bastasse isto, tinham por interesse comum o lucro desenfreado e, como única ação, o desfacelamento das riquezas da colônia a si subjugada, sem qualquer comprometimento com ideais éticos, deveres funcionais ou interesses coletivos. Remonta a esta época a concepção de que a coisa pública é coisa de ninguém, e que sua única utilidade é satisfazer aos interesses da classe que ascendeu ao poder¹.

Ainda sobre o conceito de corrupção, Bobbio e Pasquino² afirmam que:

Assim se designa o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa. Corrupto é, portanto, o comportamento ilegal de quem desempenha um papel na estrutura estadual. Podemos distinguir três tipos de Corrupção: a prática da peita ou uso da recompensa escondida para mudar a seu favor o sentir de um funcionário público; o nepotismo, ou concessão de empregos ou contratos públicos baseados não no mérito, mas nas relações de parentela; o peculato por desvio ou apropriação e destinação de fundos públicos ao uso privado².

No ordenamento jurídico brasileiro, a fim de combater em uma das esferas a mazela da corrupção, foi promulgada, no ano de 1992, a lei conhecida como responsabilização por atos de improbidade, Lei nº 8.429/92, a qual trouxe consigo um sistema de responsabilização civil-administrativa aos agentes públicos e privados que se enriquecessem ilicitamente, causassem prejuízo ao erário ou violassem princípios da administração pública.

Tal lei veio regulamentar a previsão no art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988 e, na época, representou significativo avanço na correção e no combate à corrupção.

¹GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

²BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C, Varriale et al; coord. Trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed, 1998.

É inegável que a moralidade administrativa, por constituir um conjunto de valores éticos que fixam um padrão de conduta, deve obrigatoriamente ser observada pelos gestores da coisa pública, de modo a impor que, no exercício de suas atribuições, atuem com retidão, caráter, decência, lealdade, decoro e boa-fé³.

A improbidade administrativa, de modo geral, tem o sentido de se servir da função pública para obter ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem de qualquer natureza, menosprezando, além dos princípios e regras, o valor do cargo e a relevância dos bens, direitos e interesses sob sua guarda⁴.

Denota, portanto, grave subversão das finalidades administrativas, podendo ocorrer tanto pelo uso nocivo (ilegal e imoral) do poder público, quanto pela omissão indevida de atuação funcional ou pela inobservância das normas legais.

O doutrinador George Sarmento apresenta uma importante e essencial perspectiva sobre a aplicabilidade da lei de improbidade administrativa. Senão vejamos:

Com a Lei nº 8.429/92, o Brasil rompeu com a estreita visão de que a improbidade era sinônimo de enriquecimento ilícito. A visão simplista de que a percepção de propina era o único indicativo da prática de corrupção. **Hoje, improbo é também o mau administrador, aquele que exerce gestão temerária, contrária aos interesses públicos. Ou seja, o administrador que, por descaso, desleixo ou má-fé pratica atos que causam prejuízo ao erário. É também o agente desonesto, desleal, antiético, indigno de confiança, que viola os princípios deontológicos básicos em defesa de interesses privados, degradando a qualidade dos serviços públicos. Esse novo perfil de improbidade é muito mais avançado que o anterior. Ampliou o espectro de condutas delituosas e criou instrumentos processuais eficazes para a repressão aos servidores ímprobos (grifo nosso)**⁵.

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que consiste no dever de o “funcionário servir à administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades deles decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”⁶.

A todo servidor público, portanto, é exigido certo padrão de conduta no serviço ou mesmo fora dele, sob pena de sofrer determinada sanção.

De forma geral, ao ter benefício da coisa pública em face da coletiva estará o

³CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 906.

⁴MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 113.

⁵ SARMENTO, George. *In Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 217.

⁶CAETANO, Marcelo apud SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 571.

agente, praticando o ato de improbidade administrativa. Nesse sentido, esclarece Martins Júnior⁷:

Improbidade administrativa, em linhas gerais, significa servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os valores do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial. A partir desse comportamento, desejado ou fruto de incúria, desprezo, falta de precaução ou cuidado, revelam-se a nulidade do ato por infringência aos princípios e regras, explícitos ou implícitos, de boa administração e o desvio ético do agente público e do beneficiário ou partícipe, demonstrando⁷.

Porém, após 30 anos de vigor, a lei de improbidade administrativa acabou recebendo duras críticas, sofrendo recentemente alterações bruscas com o advento da Lei nº 14.230/21, começando pela alteração da própria da ementa da lei, a qual assim atualmente está disposta: “Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37, da Constituição Federal; e dá outras providências”. Antes, trazia a seguinte redação: “Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”.

Não só alterou, mas também inovou a Lei nº 14.230/21 em diversos pontos, desde o tema de prescrição intercorrente até regular de forma mais pormenorizada o acordo de não persecução civil, tema desta pesquisa.

Diante do impacto das alterações e para situar o tema do acordo de não persecução civil, é necessário percorrer a lei de maneira resumida, apontando desde os sujeitos, os atos de improbidade, do elemento anímico e também, em linhas gerais, o processo de responsabilização por ato de improbidade administrativa, capítulo este em que se insere o referido acordo.

Por derradeiro, indispensável trazer na pesquisa as ações de controle de constitucionalidade concentrado que já analisaram os novos dispositivos da lei de improbidade, inclusive as ADIS nº 7.042 e 7.043, que refletiram diretamente no acordo de não persecução civil, em especial quanto à legitimidade.

⁷ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

2.1 Improbidade e Constituição

A improbidade administrativa tem como fundamento constitucional o art. 37, § 4º, que dispõe que: “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”.

Tal norma constitucional é de eficácia limitada, cuja aplicabilidade prática foi ampliada com a edição da Lei 8.429/1992.

Ainda, na constituição, o art. 15, V, determina que os direitos políticos serão suspensos nos casos de improbabilidade administrativa, na forma do art. 37, § 4º. Há, também, o art. 14, § 10, o qual trata da ação de impugnação de mandato eleitoral quando constatada a prática de corrupção.

Outro dispositivo pouco lembrando é o art. 97, § 10, III, do ADCT, que, no caso de descumprimento das regras estabelecidas, “o chefe do poder executivo responderá na forma da legislação de responsabilidade fiscal e de improbidade administrativa”.

Conforme iremos analisar no quarto capítulo desta pesquisa, a suspensão dos direitos políticos por ato de improbidade administrativa aparece pela primeira vez com a constituição de 1988⁸:

A improbidade administrativa entra pela primeira vez no ordenamento constitucional como causa de suspensão de direitos políticos. O texto em que é prevista não tem, contudo, boa redação. E o art.37,§ 4: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Mas dá a entender que a improbidade administrativa não é propriamente sinônimo de imoralidade administrativa. Esta teria um sentido mais amplo, de sorte que nem toda imoralidade administrativa conduziria, necessariamente, à suspensão dos direitos políticos, salvo como pena acessória em condenação criminal⁸.

Concluindo esse aspecto da improbidade e defesa do patrimônio público na constituição, relevante trazer a definição por parte da doutrina de que a probidade administrativa é um direito fundamental pertencente a todo o universo da coletividade, denotando, pois, sua transindividualidade, característica da terceira

⁸SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª edição. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional n° 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2013, p.388.

dimensão dos direitos fundamentais, até por força das diretrizes constitucionais sobre o tema⁹.

A decorrência da proibidade administrativa como direito fundamental é justificada de maneira clara por Teori Albino Zavascki¹⁰: “O direito a um governo honesto, eficiente e zeloso pelas coisas públicas, tem, nesse sentido, natureza transindividual – decorrendo, como decorre, do Estado Democrático, ele não pertence a ninguém individualmente: o seu titular é o povo, em nome e em benefício de quem o poder deve ser exercido”.

E um conceito que tem sido basilar na jurisprudência é o do direito fundamental à boa administração, do professor Juarez Freitas¹¹:

O direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem¹¹.

Além disso, questiona-se: é possível considerar um direito fundamental fora do catálogo de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição? Segundo a doutrina de Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, os direitos fundamentais não são apenas aqueles arrolados pelo poder constituinte originário no art. 5º, da Constituição Federal de 1988. Assim, segundo os doutrinadores supracitados, a Constituição Federal de 1988 consagra o fenômeno da abertura ou “expansividade” no catálogo constitucional de direitos fundamentais, afinal, conforme já dito, é possível visualizar direitos fundamentais no texto constitucional, ainda que não estejam dentro do catálogo de direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer¹² sustentam como exemplo de status de direito fundamental fora do catálogo, o meio ambiente ecologicamente equilibrado:

⁹REMÉDIO, José Antônio; LOPES, Thiago Henrique Teles. *A Proibidade Administrativa Como Direito Fundamental Difuso*. Ribeirão Preto: Revista Paradigma, a. XXIV, v. 28, n° 2, p. 154-176, mai/ago 2019.

¹⁰ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

¹¹FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹²FENSTERSEIFER, Tiago e SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito Ambiental. Introdução, fundamentos e teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 383.

Mas, sem dúvida, a questão mais significativa de tal inovação constitucional, para além da consagração do objetivo e tarefa de tutela ecológica do Estado brasileiro levado a efeito - trazendo, inclusive, um amplo rol exemplificativo de deveres estatais de proteção no § 1º do art. 225 -, diz respeito ao reconhecimento do direito-dever fundamental ao ambiente, assegurando status jurídico privilegiado para a qualidade e o equilíbrio ecológico no nosso sistema constitucional. Tal cenário constitucional reproduz efeitos e informa todo o sistema jurídico. Como a Constituição representa o ancoramento normativo dos valores mais importantes da nossa comunidade política, a inovação trazida pela CF/88 foi fundamental para o desenvolvimento do Direito Ambiental brasileiro e a inserção da proteção do ambiente no núcleo normativo basilar do nosso ordenamento jurídico¹².

Ainda nessa linha de raciocínio, é também o entendimento do STF: “O reconhecimento material do direito fundamental ao ambiente justifica-se na medida em que tal direito é extensão do direito à vida, sob os aspectos da saúde e da existência digna com qualidade de vida, ostentando o status de cláusula pétrea” (STF, ADI 3.510). No julgamento da ADI 3.510, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da lei de biossegurança (Lei 11.105/2005).

A premissa de que a probidade é um direito difuso, por conseguinte direito fundamental, é de grande importância nesta pesquisa, ao se trabalhar acordos coletivos e sua perspectiva de renúncia de direitos ou transação.

Neste aspecto, Costa e Barbosa¹³:

¹³COSTA, Rafael de Oliveira; BARBOSA, Renato Kim. *Nova Lei de Improbidade Administrativa; De Acordo com a Lei n° 14.230/2021* (Manuais Profissionais) (p. 27-28). Almedina Brasil. Edição do Kindle. Assim, também foi o entendimento da jurisprudência ressaltando o teor do direito difuso. PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROPOSTURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CABIMENTO. PRECEDENTES. CERCEAMENTO DE DEFESA. NECESSIDADE PRODUÇÃO DE PROVAS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N. 7 DO STJ. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E N. 356/STF. LEI N. 8.437/92. OITIVA PRÉVIA DO ENTE PÚBLICO QUE NÃO FAZ PARTE DO POLO PASSIVO. DESNECESSIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO CARACTERIZADO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE. PRECEDENTES. REVISÃO DA DOSIMETRIA DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N. 7/STJ. 1. Cinge-se a controvérsia dos autos à aplicação ou não da Súmula Vinculante n° 13 aos agentes políticos. O Tribunal de origem manteve a condenação por improbidade administrativa, uma vez que a Prefeita do Município de Pilar do Sul/SP JANETE PEDRINA DE CARVALHO PAES nomeou seu cônjuge, MAURÍCIO JOSÉ PAES, para Secretário de Gabinete, Segurança Pública e Trânsito. 2. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que "é cabível a propositura de ação civil pública que tenha como fundamento a prática de ato de improbidade administrativa, tendo em vista a natureza difusa do interesse tutelado. Também mostra-se lícita a cumulação de pedidos de natureza condenatória, declaratória e constitutiva nesta ação, porque sustentada nas disposições da Lei n° 8.429/92" (REsp 757.595/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA). Precedente. 3. Não é possível o conhecimento do recurso especial quando visa reformar entendimento do Tribunal a quo pela desnecessidade de produção de prova. Recorrente sustenta ter havido, com isso, cerceamento de sua defesa. Isso porque alterar a conclusão do julgador a quo, pela desnecessidade da prova, demandaria o reexame de fatos e provas, o que é vedado pela Súmula n° 7 do STJ. 4. Verifica-se que a Corte de origem não analisou, ainda que implicitamente, o art. 267, VI, do Código de Processo Civil. Desse modo, impõe-se o não conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento, entendido como o indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal. 5. A Lei

Dentre os direitos fundamentais que se encontram positivados topologicamente em capítulos distintos da Constituição, importa ressaltar o direito difuso à probidade administrativa, que pode ser extraído de exegese sistemática de diversos dispositivos da Carta Magna, dentre os quais: a) o princípio republicano (artigo 1º, caput); b) o princípio democrático (artigo 1º, parágrafo único); c) os fundamentos da República, em especial a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, caput, incisos I a III); d) os objetivos fundamentais da República (artigo 3º, incisos I e II: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional); e) a prevalência dos direitos humanos e da defesa da paz nas suas relações internacionais (artigo 4º, caput, incisos I e VI); e f) os princípios constitucionais administrativos elencados no caput do artigo 37 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência)¹³.

Não diferente, o legislador trouxe, no art.1º, da Lei nº 7.347/85, lei da ação civil pública, como direito difuso, no art. 1º, VII, o patrimônio público (...), além da cláusula aberta do art. 1º, IV, qualquer outro interesse difuso, aqui entendido também para probidade administrativa¹⁴.

As orientações normativas da improbidade, tanto a nível constitucional quanto a infraconstitucional, ainda suscitam importantes divergências jurídicas, indiscutível que é necessária a uniformização de algumas questões relativas à sua aplicação, principalmente após as alterações no ano de 2021, tendo em conta o fato de o direito à probidade poder ser tratado como um direito fundamental.

2.2 Sujeitos da Ação de Improbidade Administrativa

nº 8.437/92, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, não se aplica ao caso concreto, uma vez que ação civil pública foi direcionada apenas aos recorrentes, não fazendo parte da presente ação o ente público. 6. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento, no sentido de que as nomeações para cargos políticos não se subsumam, em regra, às hipóteses descritas na Súmula Vinculante nº 13/STF, no entanto, "a configuração do nepotismo deve ser analisado caso a caso, a fim de se verificar eventual troca de favores "ou fraude a lei" (Rcl 7.590, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 30/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-224, DIVULG 13-11-2014, PUBLIC 14-11-2014.). 7. As considerações feitas pelo Tribunal de origem NÃO afastam a prática do ato de improbidade administrativa, caso em que a conduta dos agentes se amoldam ao disposto no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, pois atenta contra os princípios da Administração Pública, em especial a impessoalidade. Precedentes. 8. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ações de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra na Súmula n. 7/STJ, salvo em hipóteses excepcionais, nas quais, da leitura do acórdão recorrido, exsurgir a desproporcionalidade entre o ato praticado e as sanções aplicadas, o que não é o caso vertente. Precedentes. Recurso especial improvido. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp: 1516178 SP 2015/0035183-0*. Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS. Data de Julgamento: 23/06/2015, T2 - SEGUNDA TURMA. Data de Publicação: DJe 30/06/2015.

¹⁴REMÉDIO, José Antônio; LOPES, Thiago Henrique Teles. *A Probidade Administrativa Como Direito Fundamental Difuso*. Ribeirão Preto: Revista Paradigma, a. XXIV, v. 28, nº 2, p. 154-176, mai/ago 2019.

A Lei nº 14.230/2021 provocou mudanças significativas em dispositivos e instituições existentes na lei de improbidade sob o pretexto de promover ajustes para evitar possíveis inconsistências e excessos.

É indispensável identificar, nesta pesquisa, quem são os sujeitos do ato de improbidade administrativa, o que possibilitará identificar a titularidade do direito, bem como a legitimação e, por consequência, a imposição ou não de limites quanto aos acordos de não persecução civil.

Assim, desde a sua disposição formal nos artigos até, por óbvio, o próprio conteúdo material da norma, começando pelo sujeito passivo da ação de improbidade administrativa, sendo todas aquelas pessoas que sofrem com o ato praticado.

O art. 1º, § 5º, 6º e 7º, da Lei nº 8.429/92, inseridos pela Lei 14.230/2021, assim dispõem:

§ 5º Os atos de improbidade violam a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções e a integridade do patrimônio público e social dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da administração direta e indireta, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).

§ 6º Estão sujeitos às sanções desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais, previstos no § 5º deste artigo (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).

§ 7º Independentemente de integrar a administração indireta, estão sujeitos às sanções desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual, limitado o ressarcimento de prejuízos, nesse caso, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos¹⁵.

As pessoas que legalmente fazem parte da administração pública, tanto diretamente (União, Estados, Distrito Federal e municípios) quanto indiretamente (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações), são sujeitos passivos do ato de improbidade administrativa passiva sob os termos do art. 1º, § 5º, da Lei nº 8.429/92.

Além das pessoas jurídicas de direito público, a lei também carrega pessoas jurídicas de direito privado, desde que tenham recebido valores públicos.

¹⁵BRASIL. *Lei nº 8.429/92, de 2 de junho de 1992*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 10 jan. 2023.

Depreende-se, assim, que a lei de improbidade administrativa adotou como critério para a sua incidência o manejo de valores públicos: se a atividade envolver dinheiro público, será possível a responsabilização pela prática de improbidade administrativa, ainda que se trate de entidade privada¹⁶.

Importante observação de Costa e Barbosa quanto aos partidos políticos¹⁷:

Em relação aos partidos políticos, é preciso deixar claro que ostentam personalidade jurídica de direito privado (artigo 44, caput, inciso V, do Código Civil). Ainda assim, prevalecia o entendimento de que era possível a aplicação da Lei nº 8.429/1992 quando beneficiados com recursos do Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (“Fundo Partidário”), que apresenta natureza de verba pública. Contudo, com o advento da Lei nº 14.230/2021, o artigo 23-C passou a estabelecer que os partidos se submetam ao regime da Lei nº 9.096/1995¹⁷.

Os § 6º e § 7º apontam que, para as entidades subvencionadas, o ressarcimento ficará limitado à repercussão do prejuízo nos cofres públicos.

Aqui, houve uma alteração à lei anterior, que foi a exclusão da limitação anterior de “cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual” a que se referia o parágrafo único revogado. Além disso, o atual dispositivo também se refere ao patrimônio ou receita atual e não mais à receita anual¹⁸.

Um aspecto relevante a ser tratado que refletirá quanto à possibilidade ou não do acordo de não persecução civil parcial é da legitimação bifronte, intervenção móvel ou migração pendular, que é possibilidade de atuação dos sujeitos processuais, independentemente do polo da demanda em que estão originariamente posicionados, ou seja, verificar se é dado aos atores do processo migrar de um polo para outro ou atuar, em conjunto ou solitariamente, em posições jurídicas típicas do outro polo.

Antônio do Passo Cabral aponta a essa figura no ordenamento jurídico brasileiro¹⁹:

¹⁶COSTA, Rafael de Oliveira; BARBOSA, Renato Kim. *Nova Lei de Improbidade Administrativa; De Acordo com a Lei nº 14.230/2021* (Manuais Profissionais) (p. 27-28). Almedina Brasil. Edição do Kindle.

¹⁷COSTA, Rafael de Oliveira; BARBOSA, Renato Kim. *Nova Lei de Improbidade Administrativa; De Acordo com a Lei nº 14.230/2021* (Manuais Profissionais) (p. 27-28). Almedina Brasil. Edição do Kindle.

¹⁸GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Comentários à Lei de improbidade administrativa [livro eletrônico]: Lei 8.249/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

¹⁹ CABRAL, Antônio do Passo. *Despolarização do Processo e "Zonas de Interesse": Sobre a Migração Entre Polos da Demanda*. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 49, jul./set. 2013.

No ordenamento positivo brasileiro, as únicas hipóteses previstas para esse tipo de migração interpolares são aquelas do art. 6º § 3º da lei da ação popular (4.717 / 65), estendido pelo art. 17 § 3º da lei 8.429 / 92 às ações de improbidade administrativa. Com efeito, a lei da ação popular inicialmente prevê uma hipótese de litisconsórcio necessário no polo passivo, determinando que devem ser citados, na condição de réus, o agente público que praticou o ato, o ente público ao qual vinculado esse agente, e ainda os beneficiários do ato que se aponta ilegal ou lesivo. Em seguida, prevê a possibilidade de o ente público, em concordância com o autor popular, migrar para o polo ativo e passar a atuar em conjunto com o demandante¹⁹.

A construção do autor acima se deu antes da vigência da Lei nº 14.230/21, com a redação do antigo art. 17, § 3º, da lei de improbidade: “No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965”.

A abordagem aqui no sujeito passivo é importante para demonstrar que a pessoa jurídica que for lesada, mesmo que não ingresse com a ação, poderá participar do processo, já que as alterações da Lei nº 14.230/21 continuaram tratando da intervenção móvel: art. 17, § 14: “Sem prejuízo da citação dos réus, a pessoa jurídica interessada será intimada para, caso queira, intervir no processo”.

Aliás, tal dispositivo constitucional sofreu questionamento nas ADIS 7.042 e 7.043, tendo sido declarado constitucional: “(...) declarar a constitucionalidade: (a) do § 14 do art. 17, da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021”²⁰.

Sobre o que cabe a pessoa jurídica quando intervém no processo por ação de improbidade administrativa, leciona Gajardoni²¹:

Ao contrário da Ação Popular, na qual o Poder Público deve obrigatoriamente figurar no polo passivo, ao menos no início posto tratar-se de litisconsórcio necessário (art. 6º), na Ação de Improbidade não há tal obrigatoriedade, mas de apenas dar ciência da existência do ajuizamento da demanda, ainda que com a devida citação. Dentro das diversas possibilidades visando o efetivo ressarcimento aos cofres públicos, resta viável à Fazenda Pública: a-) postular tutelas de urgência antecedentes; b-) pedir o aditamento da petição inicial, desde que obedecidos os prazos legais, ou seja, antes da citação; c-) executar o título judicial, mesmo que inicialmente tenha contestado a ação (art. 17 da Lei da Ação Popular); d-) recorrer das decisões que lhes forem contrárias; e-) pedir hipoteca judiciária quando houver sentença acolhendo o pedido, mesmo que ilíquida a condenação²¹.

²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Peticionamento*. Brasília, DF. Disponível em: <<https://peticionamento.stf.jus.br/visualizarProcesso/6315955/1>>. Acesso em: 22 dez. 2022.

²¹GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Comentários à Lei de improbidade administrativa [livro eletrônico]: Lei 8.249/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Superados os sujeitos passivos e a intervenção móvel do sujeito passivo que não for o autor da ação, mas for a pessoa lesada, para tratar das disposições do sujeito ativo, autor da prática do ato de improbidade administrativa.

A primeira observação é a de que os atos de improbidade somente podem ser praticados por agentes públicos, com ou sem o auxílio de terceiros, ou seja, o particular isolado não responderá pela Lei nº 8.429/92²².

Aliás, umas das decisões mais didáticas e claras do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, tendo como relator E. Min. Sérgio Kukina, ressalta esse posicionamento: REsp nº 1.171.017-PA, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 25/2/2014.

O art. 2º da lei de improbidade, após as alterações trazidas pela Lei nº 14.230/21, apresenta que é considerado agente público para fins de aplicação da Lei: art. 2º: “Para os efeitos desta lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta lei”.

O que diferencia o texto atual do anterior é a inclusão do agente político cujo tratamento, anteriormente, ficava na seara da lei federal 1.079/50 e 7.106/83 e do decreto-lei 201/67, que versavam sobre crimes de responsabilidade dos agentes políticos. Assim, a caracterização da conduta existia, por mais que não houvesse previsão expressa no bojo da lei de improbidade. Ocorria por via reflexa e as opiniões eram divididas. Entendia-se que não fazia sentido, pois excluí-los era garantir uma imunidade que a Constituição não previu²³.

Em relação ao conceito de agente público, mais uma vez, recorre-se ao professor Emerson Garcia²⁴: “A concepção de agente público não foi construída sob uma perspectiva meramente funcional, sendo definido o sujeito ativo a partir da identificação do sujeito passivo dos atos de improbidade, havendo um nítido entrelaçamento entre as duas noções”.

²²GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 401.

²³GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Comentários à Lei de improbidade administrativa [livro eletrônico]: Lei 8.249/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

²⁴GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 401.

Como se desprende do novo texto, manteve-se a vinculação ao sujeito passivo para definição do agente público. Isso é ainda respaldado no parágrafo único do art. 2º, quando declara que são aplicadas as sanções da lei de improbidade ao particular, pessoa física ou jurídica, que celebra com a administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente.

A lei não traz exigência de tempo mínimo para o exercício da atividade pública, que pode até ser transitória. Também não há exigência de que a atividade precisa ser retribuída financeiramente, podem ser até gratuita.

No que se refere à inclusão da expressão agente político, ela acaba com uma antiga celeuma jurisprudencial. Uma posição apontava que os agentes políticos não poderiam responder por improbidade, pois eram submetidos à lei especial dos crimes de responsabilidade²⁵.

O segundo posicionamento se refere à possibilidade de aplicação tanto pela lei de improbidade, quanto pela lei especial dos crimes de responsabilidades dos agentes políticos²⁶.

²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 2.138, de 17 de setembro de 2002*. Brasília, DF. Rel. Min. Nelson Jobim.

²⁶Direito Constitucional. Agravo Regimental em Petição. Sujeição dos Agentes Políticos a Duplo Regime Sancionatório em Matéria de Improbidade. Impossibilidade de Extensão do Foro por Prerrogativa de Função à Ação de Improbidade Administrativa. 1. Os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa, quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade. Não há qualquer impedimento à concorrência de esferas de responsabilização distintas, de modo que carece de fundamento constitucional a tentativa de imunizar os agentes políticos das sanções da ação de improbidade administrativa, a pretexto de que estas seriam absorvidas pelo crime de responsabilidade. A única exceção ao duplo regime sancionatório em matéria de improbidade se refere aos atos praticados pelo Presidente da República, conforme previsão do art. 85, V, da Constituição. 2. O foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal em relação às infrações penais comuns não é extensível às ações de improbidade administrativa, de natureza civil. Em primeiro lugar, o foro privilegiado é destinado a abarcar apenas as infrações penais. A suposta gravidade das sanções previstas no art. 37, § 4º, da Constituição, não reveste a ação de improbidade administrativa de natureza penal. Em segundo lugar, o foro privilegiado submete-se a regime de direito estrito, já que representa exceção aos princípios estruturantes da igualdade e da república. Não comporta, portanto, ampliação a hipóteses não expressamente previstas no texto constitucional. E isso especialmente porque, na hipótese, não há lacuna constitucional, mas legítima opção do poder constituinte originário em não instituir foro privilegiado para o processo e julgamento de agentes políticos pela prática de atos de improbidade na esfera civil. Por fim, a fixação de competência para julgar a ação de improbidade no 1º grau de jurisdição, além de constituir fórmula mais republicana, é atenta às capacidades institucionais dos diferentes graus de jurisdição para a realização da instrução processual, de modo a promover maior eficiência no combate à corrupção e na proteção à moralidade administrativa. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. - *AgR Pet: 3240 DF - DISTRITO FEDERAL 0004163-95.2004.1.00.0000*. Relator: Min. TEORI ZAVASCKI. Data de Julgamento: 10/05/2018, Tribunal Pleno.

Este último posicionamento parece ser o adotado pelo legislador com as alterações trazidas pela Lei nº 14.230/21, ao prever, no art. 12, a independência das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica²⁷.

Outra questão quanto ao sujeito ativo é em relação ao particular, terceiros, aquele que não se amolda no conceito de agente público ou político da lei. Nesse sentido, o art. 3º: “As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber²⁸, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade”.

Em específico, quanto às condutas praticadas pelo terceiro, narram Oliveira e Neves²⁹:

A indução significa que o particular vai introduzir a ideia da prática da improbidade administrativa no estado psíquico do agente público. Não basta, portanto, a instigação, ou seja, o estímulo ou reforço da intenção de praticar a improbidade, já existente no estado psíquico do agente público. A concorrência para o ato de improbidade, por sua vez, pressupõe o auxílio material prestado por terceiro ao agente público. A nova redação do art. 3º da LIA, atribuída pela Lei 14.230/2021, inseriu expressamente a necessidade de conduta dolosa por parte do terceiro. Nesse ponto, a reforma da LIA confirma a exigência do dolo, nas condutas dos agentes públicos e dos terceiros, para configuração da improbidade²⁹.

A novidade quanto ao terceiro foi a retirada do trecho “ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”. A doutrina aponta que foi uma mudança substancial aliada à retirada do elemento culpa, já que o benefício indireto poderia ser interpretado com esse viés³⁰.

²⁷Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato. BRASIL. *Lei nº 14.230/21, de 25 de outubro de 2021*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14230.htm>. Acesso em: 10 jan. 2023.

²⁸Aqui, interessante o trabalhado na doutrina de Vitorelli e outros: “a expressão “no que couber”, contida no artigo 3º da Lei de Improbidade Administrativa, esclarece que a sanção aplicada deverá considerar a qualidade do terceiro no momento da prolação da sentença”. MAGALHÃES JÚNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. *A Tutela do Patrimônio Público*. In: VITORELLI, Edilson (Org.). Manual de Direitos Difusos. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 538.

²⁹OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa*. Forense. Edição do Kindle, p. 37.

³⁰GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Comentários à Lei de improbidade administrativa [livro eletrônico]: Lei 8.249/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Importante observação já trazia a doutrina, mesmo antes das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21, quanto o elemento subjetivo que une os sujeitos ativos, agente público e terceiro³¹:

O art. 3º da Lei n. 8.429/1992 sujeita às disposições desta Lei o terceiro que tenha induzido o agente público à prática do ato, concorrido para a consecução deste ou se beneficiado de seus efeitos. Afastando-se uma vez mais a responsabilidade objetiva e inexistindo qualquer previsão em relação à punibilidade dos atos culposos, até porque estes apresentariam grande incompatibilidade com a natureza dos atos descritos, ao terceiro somente poderão ser aplicadas as sanções cominadas no art. 12 em tendo atuado com dolo³¹.

Uma previsão aclamada pela doutrina, quanto ao sujeito ativo, foi a sujeição ou não da pessoa jurídica nas sanções da lei de improbidade administrativa, isso porque a lei de improbidade passou, assim, a prever no art. 3º, § 2º: “As sanções desta lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013”.

Sobre essa previsão, Gajardoni³²:

Existe uma premissa básica que tem que ser considerada para a interpretação do presente artigo: Pessoa Jurídica não exterioriza vontade, somente os sócios. E se ela não pode, por óbvio, exteriorizar vontade, não há como ser enquadrada em ato de improbidade, pelos simples fato de que agora, a “nova” Lei exige a comprovação de dolo e quem não exterioriza vontade por não ser pessoa física, não tem o condão de praticar ato de improbidade por ausência de dolo específico³².

Tal premissa se coaduna com a previsão de que, nesse caso de existir pessoa jurídica no polo, em que em relação aos sócios, os cotistas, os diretores e os colaboradores não respondem pelo ato de improbidade que venha a ser imputado à pessoa jurídica, salvo se, comprovadamente, houver participação e benefícios diretos, caso em que responderão nos limites da sua participação, art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.429/92.

³¹GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 510.

³²GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Comentários à Lei de improbidade administrativa [livro eletrônico]: Lei 8.249/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Nesse ponto, até o advento da Lei nº 12.846/13, a doutrina debatia sobre a possibilidade de responsabilidade da pessoa jurídica pela Lei nº 8.429/92, com base na interpretação do antigo art. 3º, da Lei nº 8.429/92³³.

Em entendimento contrário à aplicação em face das pessoas jurídicas, Fazzio Júnior e Carvalho Filho, respectivamente:

Em princípio, este dispositivo não distingue entre terceiro pessoa física e terceiro pessoa jurídica, mas ao usar a expressão “mesmo que não seja agente público” e ao aludir aos verbos “induzir” e “concorrer”, para descrever a conduta do *extraneus*, certamente está se referindo à pessoa natural, não à jurídica³⁴.

De qualquer forma, o terceiro jamais poderá ser pessoa jurídica. As condutas de indução e colaboração para a improbidade são próprias de pessoas físicas. Quanto à obtenção de benefícios indevidos, em que pese a possibilidade de pessoa jurídica ser destinatária deles (como, por exemplo, no caso de certo bem público móvel ser desviado para seu patrimônio), terceiro será o dirigente ou responsável que eventualmente coonestar com o ato dilapidatório do agente público. Demais disso, tal conduta, como vimos, pressupõe dolo, elemento subjetivo incompatível com a responsabilização de pessoa jurídica³⁵.

Já de maneira favorável, exemplifica-se o entendimento de Garcia:

Pensamos que ante a amplitude conferida pelos arts. 3º (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) e 6º (No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio) da Lei de Improbidade, nada impede a sua inclusão como ré da ação civil pública, devendo figurar, nesta condição, ao lado de seus sócios e administradores (aqueles que tenham praticado atos de gestão dando ensejo à improbidade).

De notar-se que, a partir da teoria da realidade técnica, confere-se às pessoas jurídicas a capacidade de aquisição e exercício de direitos, capacidade para a prática de atos e negócios jurídicos, enfim. Pode-se afirmar, deste modo, que possuem elas uma vontade distinta da vontade de seus integrantes, sendo “dotadas do mesmo subjetivismo outorgado às pessoas físicas³⁶”.

Contudo, a nível jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça tinha entendido pela possibilidade da aplicação da lei de improbidade administrativa às

³³Art. 3º 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. BRASIL. *Lei nº 8.429/92, de 2 de junho de 1992*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 10 jan. 2023.

³⁴FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 266.

³⁵FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.1068-1069.

³⁶GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.665-666.

peças jurídicas, no REsp 970393-CE, relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012, quando assim decidiu: “Considerando que as peças jurídicas podem ser beneficiadas e condenadas por atos ímprobos, é de se concluir que, de forma correlata, podem figurar no polo passivo de uma demanda de improbidade, ainda que desacompanhada de seus sócios”.

Agora, após as alterações de 2021, embora a lei diga que não será a pessoa jurídica responsável pelos atos de improbidade administrativa, não afasta totalmente a sua responsabilidade; o que veda é apenas o *bis in idem* quando a conduta também se enquadra na Lei nº 12.846/13, que cuida justamente da responsabilidade da pessoa jurídica por atos lesivos em face da administração pública³⁷.

Aliás, há um dispositivo na mencionada lei anticorrupção que não afasta a lei de improbidade administrativa, art. 30: “A aplicação das sanções previstas nesta lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992”.

Assim, diante da previsão legal, é possível a dupla responsabilização em instâncias diversas, desde que sob o crivo da proporcionalidade, inclusive penal e administrativa, como aponta Mendes³⁸:

Constituição determina, em relação aos ilícitos ambientais e de improbidade, a aplicação conjunta de sanções penais e administrativas, estabelecendo uma independência entre tais instâncias. A legislação infraconstitucional expande essa ideia para outros ilícitos. Todavia, essa autonomia entre as esferas não pode ser entendida como absoluta, possibilitando a cumulação integral das sanções penais e administrativas e a total incomunicabilidade das decisões nos dois âmbitos. Pelo contrário, tendências legislativas recentes e decisões de Cortes internacionais mostram que o múltiplo sancionamento e persecução deve ser admitido apenas se atendidos certos requisitos, ligados principalmente à existência de regramento legal e à observância da proporcionalidade, impossibilitando uma intervenção excessiva do Estado – ainda que mediante diferentes remos jurídicos – sobre os cidadãos. Deve-se reconhecer, portanto, uma independência mitigada entre as instâncias³⁸.

Concluindo este tópico, é imperativo para dentro desta pesquisa apontar quem pode formalizar o acordo de não persecução civil, e não só isso: se havendo

³⁷COSTA, Rafael de Oliveira; BARBOSA, Renato Kim. *Nova Lei de Improbidade Administrativa; De Acordo com a Lei nº 14.230/2021* (Manuais Profissionais) (p. 27-28). Almedina Brasil. Edição do Kindle.

³⁸MENDES, Gilmar; BUONICORE, Bruno Tadeu; LORENZI, Felipe da Costa. *Entre Direito Penal e Administrativo Sancionador: Considerações Sobre a Multiplicidade de Sanções e de Processos em Distintas Instâncias*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 192. Set – Out. 2022, p. 75-112.

agentes públicos, particulares e pessoas jurídicas, é possível firmar um acordo só com terceiro ou um acordo parcial ou obrigações com renúncias de direitos.

2.3 Do Elemento Anímico

Em 1992, foi criada a lei de improbidade administrativa, e nela estabelecidas condutas e, principalmente, a previsão de sanções em decorrência desses atos. A Lei nº 8.429/92 trouxe como premissa uma tipologia de atos de improbidade nos arts. 9º, 10 e 11. No primeiro, cuidou dos atos que importarem enriquecimento ilícito. No segundo, restaram definidos quais seriam os atos de improbidade administrativa que causariam prejuízo ao erário e, por fim, no art. 11, foram elencados os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

Antes das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21, o legislador definiu dentro do tipo objetivo, conduta a ser considerada improbidade, também a tipo subjetivo, ou seja, o elemento anímico que move o agente na prática da conduta.

Sobre o que previa a lei e a sistemática do elemento subjetivo na lei de improbidade, antes das alterações esta fazia, por duas vezes, referência aos elementos anímicos dolo e culpa. No art. 5º, quando afirmava que o ressarcimento integral do dano se dará quando houver lesão ao patrimônio público por “ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro”. Já no art. 10, que tipificava os atos de improbidade administrativa que causavam prejuízo ao erário, constava que eles podem decorrer de “qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa”³⁹.

Mesmo previamente às alterações, os elementos na lei de improbidade encontravam bastante discussão, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, em especial quando se abordava o elemento culpa⁴⁰.

³⁹CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Elemento Subjetivo do Ato de Improbidade Administrativa*. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 9, nº 16, jan./jun. 2017, p. 247-268.

⁴⁰Julgado emblemático que discutiu os elementos da improbidade, afastando a má-fé como elemento subjetivo do dolo.

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE SEM LICITAÇÃO. ATO ÍMPROBO POR ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES. 1. O Juízo de 1º grau julgou procedente o pedido deduzido em Ação Civil Pública por entender que os réus, ao realizarem contratação de serviço de transporte sem licitação, praticaram atos de improbidade tratados no art. 10 da Lei 8.429/1992. No julgamento da Apelação, o Tribunal de origem afastou o dano ao Erário por ter havido a prestação do serviço e alterou a capitulação legal da conduta para o art. 11 da Lei 8.429/1992. 2. Conforme já decidido pela Segunda Turma do STJ (REsp 765.212/AC), o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente

Conforme descrito, a lei trazia previsão expressa dos elementos, dolo ou culpa, sendo esta última exclusivamente para o caso de lesão ao erário, art. 10, da antiga redação da Lei nº 8.429/92.

A Lei nº 14.230/21 extinguiu o elemento culpa, e definiu que configuram atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92. Dispôs expressamente que “são puníveis exclusivamente as condutas dolosas praticadas por uma pessoa ou em concurso de pessoas” (art. 2º e art. 1º, § 1º, Lei 8.429/92; art. 2º e art. 3º da Lei 8.429/92). Além disso, definiu dolo: “vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado”, nos arts. 9º, 10 e 11, não bastando a “voluntariedade do agente” (art. 2º e art. 1º, § 2º da Lei nº 8.429/92). Trouxe também que o “mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa” (art. 2º e art. 1º, § 3º, Lei nº 8.429/92). Mencionou que referente o dolo aquele que praticar a ação, em sentido amplo, para “auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida”, nos termos da reforma (art. 2º e art. 9º, *caput*, Lei nº 8.429/92).

A jurisprudência, antes mesmo das alterações legais, já trabalhava o afastamento da responsabilidade do agente por ato culposo na improbidade

contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico. 3. Para que se concretize a ofensa ao art. 11 da Lei de Improbidade, revela-se dispensável a comprovação de enriquecimento ilícito do administrador público ou a caracterização de prejuízo ao Erário. 4. In casu, a conduta dolosa é patente, in re ipsa. A leitura do acórdão recorrido evidencia que os recorrentes participaram deliberadamente de contratação de serviço de transporte prestado ao ente municipal à margem do devido procedimento licitatório. O Tribunal a quo entendeu comprovado o conluio entre o ex-prefeito municipal e os prestadores de serviço contratados, tendo consignado que, em razão dos mesmos fatos, eles foram criminalmente condenados pela prática do ato doloso de fraude à licitação, tipificado no art. 90 da Lei 8.666/1993, com decisão já transitada em julgado. 5. O acórdão bem aplicou o art. 11 da Lei de Improbidade, porquanto a conduta ofende os princípios da moralidade administrativa, da legalidade e da impessoalidade, todos informadores da regra da obrigatoriedade da licitação para o fornecimento de bens e serviços à Administração. 6. Na hipótese dos autos, a sanção de proibição de contratar e receber subsídios públicos ultrapassou o limite máximo previsto no art. 12, III, cabendo sua redução. As penas cominadas (suspensão dos direitos políticos e multa) atendem aos parâmetros legais e não se mostram desprovidas de razoabilidade e proporcionalidade, estando devidamente fundamentadas. 7. A multa civil é sanção pecuniária autônoma, aplicável com ou sem ocorrência de prejuízo em caso de condenação fundada no art. 11 da Lei 8.429/92. Precedentes do STJ. 8. Consoante o art. 8º da Lei de Improbidade Administrativa, a multa civil é transmissível aos herdeiros, “até o limite do valor da herança”, somente quando houver violação aos arts. 9º e 10º da referida lei (dano ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito), sendo inadmissível quando a condenação se restringir ao art. 11. 9. Como os réus foram condenados somente com base no art. 11 da Lei da Improbidade Administrativa, é ilegal a transmissão da multa para os sucessores do de cujus, mesmo nos limites da herança, por violação ao art. 8º do mesmo estatuto. 10. Recurso Especial parcialmente provido para reduzir a sanção de proibição de contratar e receber subsídios públicos e afastar a transmissão *mortis causa* da multa civil. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REsp: 951389 SC 2007/0068020-6*. Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN. Data de Julgamento: 09/06/2010, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO. Data de Publicação: DJe 04/05/2011.

administrativa. Nesse ponto, inclusive, alude à decisão do Supremo Tribunal Federal que concluiu que somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário, fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92)⁴¹.

Entretanto, mesmo após as alterações quanto ao afastamento da culpa, o supremo se debruçou quanto a ir(retroatividade) dos atos culposos, tendo definido no ARE 843989 as seguintes teses de repercussão geral para o Tema 1199: "1) é necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) a norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada, tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) a nova Lei 14.230/2021 se aplica 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.

Portanto, diante da decisão com repercussão geral, resta claro que a retroatividade será somente nos casos em que não houver trânsito em julgado e que agora somente será possível a responsabilização por atos de improbidade administrativa dolosos.

⁴¹DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais. 2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB). 3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. 4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis. 5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. 6. Parcial provimento do recurso extraordinário para (i) afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 852475*. Relator (a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Relator (a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE: 852475*. SP - SÃO PAULO, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES. Data de Julgamento: 08/08/2018, Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJe-058 25-03-2019.

Aliás, antes das mudanças, tanto a doutrina⁴² quanto a jurisprudência consagravam um dolo genérico para os atos de improbidade administrativa.

Nesse sentido, mais um julgado esclarecedor do Superior Tribunal de Justiça, de lavra do Ministro Sérgio Kukina: “(...) 1. Na hipótese em exame, o Tribunal de origem consignou expressamente a existência de dolo genérico e de prejuízo ao erário na aplicação irregular de verbas recebidas, de modo que restaram configurados os atos de improbidade de que tratam os arts. 10 e 11 da LIA” (AgInt no REsp 1533894/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018).

Inclusive, a posição foi adotada em teses do próprio Superior Tribunal de Justiça⁴³. Porém, agora, com as alterações, resta explícito que o legislador optou que o único elemento anímico composto na prática do ato de improbidade administrativa é o dolo, inclusive, como dito, deixando consignado em diversos dispositivos da lei de improbidade, como já no art. 1º, § 2º: “Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta lei, não bastando a voluntariedade do agente”.

Diante dessa previsão, uma corrente da doutrina aponta que o artigo em questão passou a tratar de um dolo específico, retornando, inclusive, com a disposição que seria o dolo atrelado à má-fé⁴⁴:

Há de se ter em mente que o dolo, especialmente para fins de caracterização de ato de improbidade, poderá e deverá ser tratado como não apenas a vontade livre e consciente, mas a vontade livre e consciente de praticar os atos de tal maneira, que vão além do ato praticado sem cuidado, sem cautela, e sim com a ausência de cuidado deliberadas de lesarem o erário. Então o dolo específico, especialmente para fins de caracterização de ato de improbidade, é o ato eivado de má-fé. O erro grosseiro, a falta de zelo com a coisa pública, a negligência, podem até ser punidos em outra esfera, de modo que não ficarão necessariamente impunes, mas não mais caracterizarão atos de improbidade⁴⁴.

A concepção do dolo específico ocorre quando se exige do tipo, como condição da própria tipicidade, que o agente realize a ação visando a uma determinada finalidade. Verifica-se o acréscimo de certa intenção à vontade genérica

⁴²AGRA, Walber de Moura. *Comentários sobre a Lei de Improbidade Administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 122.

⁴³SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Jurisprudência em Teses. Improbidade Administrativa II*. 40ª edição, nº 9. Brasília, set. 2015.

⁴⁴GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Comentários à Lei de improbidade administrativa [livro eletrônico]: Lei 8.249/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

de realizar o comportamento incriminado. Alguns consideram a expressão “dolo específico” obsoleta, devendo substituí-la por “elemento subjetivo específico do tipo”⁴⁵.

Aqui, nesse ponto do § 2º, a doutrina aponta que o dolo é, de maneira concisa, o conhecimento e a vontade para realizar o injusto. Ou seja, a pessoa age quando conhece o que está fazendo e quer fazer. O elemento intelectual que se refere ao conhecimento do fato e o volitivo o sujeito tem o querer. O dolo na doutrina majoritária é baseado nos padrões normativos, e não mais psicológicos⁴⁶.

Parece-nos, ao contrário do que elucida a doutrina acima, que não seja um dolo com finalidade específica à disposição do art. 1ª, § 2º, pois quando trabalha com a expressão “não bastando a voluntariedade do agente”, tem-se a interpretação de que seria justamente o alcance não só da vontade, mas que também é necessária a consciência.

Porém, pode-se basear eventual dolo específico na previsão do art. 11, da lei de improbidade, que trata do ato ímprobo violador dos princípios, quando assim dispõe: § 1º: “Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade”.

Como se desprende do artigo, o mesmo exige que somente haja improbidade quando, além da vontade e consciência inerente ao tipo ímprobo de violação de princípios, também tenha o fim de obter vantagem para si ou para outrem.

Sobre a voluntariedade na improbidade administrativa, Mello⁴⁷ explica que:

A voluntariedade diz respeito à ação praticada pelo particular. Para que se configure infração administrativa é necessário que o agente tenha praticado uma conduta de modo voluntário, movido por “impulso anímico”, nas palavras de Régis Fernandes de Oliveira. Ao exigir voluntariedade, os referidos autores afastam a possibilidade de sanção administrativa ser imposta a quem age de modo autômato, sem desejar, sem que seja o agir consequência (sic) de um comando de vontade, tal qual ocorre com atos

⁴⁵ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Curso de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)*. V. 1, 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

⁴⁶ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo y Lenguaje: hacia una nueva gramática del dolo desde la filosofía del lenguaje*. Valencia: Tirante lo Blanch, 2017.

⁴⁷ MELLO, Rafael Munhoz de. *Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade*. A & CR. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, nº 22, p. 43-44, out./dez. 2005.

reflexos, em situações de coação absoluta irresistível ou de caso fortuito. O entendimento é correto, pois sem voluntariedade não há ação imputável ao intelecto do homem, mas sim mero movimento material decorrente de impulsos involuntários. Não há decisão: o evento ocorre a despeito da vontade humana. Todavia, com o respeito devido aos autores que entendem de modo distinto, apenas a voluntariedade não é suficiente para a configuração de ilícito administrativo. É certo que a voluntariedade é indispensável, pois sem ela não há que se falar sequer em ação. Mas uma conduta humana pode ser voluntariamente voltada a um resultado lícito e atingir, não obstante, resultado ilícito, mesmo com a adoção de todas as precauções para que não ocorra esse desvio. Em outras palavras: agindo voluntariamente, com toda diligência exigida de um homem comum e desejando atingir resultado lícito, um indivíduo pode acabar produzindo como resultado um evento tipificado como infração administrativa. Não parece adequada à imposição de sanção nesta última hipótese⁴⁷.

Nessa posição do professor Rafael Munhoz de Mello, a chave da voluntariedade no dolo é a precaução para atuar com fim lícito. Se acaso não tenha havido tal desiderato e claramente a vontade foi praticar ato ilegal, estará inserido o dolo na improbidade.

No entanto, Rita Tourinho apresenta um raciocínio condizente com o ordenamento jurídico em relação ao dolo após as alterações trazidas pela Lei nº 14.230/21, ao se confrontar a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, recepcionada no Brasil com força de Lei conforme decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006⁴⁸:

(...) considerando que a LIA se submete aos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador (§ 4º do art. 1º), destaca-se, neste ponto, o princípio da tipicidade. (...) entende-se que naqueles tipos que não remetem diretamente ao dolo específico, exige-se a presença exclusiva do dolo direto. Posicionar-se de outra forma significa ir de encontro ao intento constitucional de sancionar atos de improbidade administrativa. Acolher-se a tese do dolo específico na caracterização da improbidade administrativa, principalmente nas hipóteses de enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário, viola frontalmente o princípio da proibição de proteção deficiente, viés do princípio da proporcionalidade, que não admite a deficiência na proteção de um direito fundamental, seja pela eliminação de figuras típicas, seja pela cominação de penas que ficam aquém da importância exigida pelo bem que se quer proteger ou pela aplicação de institutos que beneficiam indevidamente os agentes, além de tantas outras hipóteses. Impõe-se, então, a interpretação do § 2º do art. 11 da Lei nº 8.429/1992 cum grano salis, pois além de violar os termos do Decreto nº 5.687/2006, o direito não pode prever o quase impossível, qual seja, a visão de estado de espírito subjetivo o que daria em flagrante inconstitucionalidade⁴⁸.

Como bem levantando no trabalho acima, o art. 19 da referida convenção assim prevê:

⁴⁸TOURINHO, 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, nº 84, abr./jun. 2022.

Art. 19. Abuso de funções: cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o abuso de funções ou do cargo, ou seja, a realização ou omissão de um ato, em violação à lei, por parte de um funcionário público no exercício de suas funções, com o fim de obter um benefício indevido para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade⁴⁹.

Ou seja, a instituição de uma finalidade além da vontade e consciência da prática do próprio ilícito ímprobo são para os atos que violam princípios. Assim dispôs a convenção e nova lei de improbidade, inclusive fazendo referência à mesma nesse ponto.

Porém, o § 2º do art. 11, da Lei nº 8.429/92, estendeu essa finalidade de demonstrar o benefício para si ou para outrem também na esfera dos arts. 9º, enriquecimento ilícito, e art.10, que causam prejuízo ao erário. Aqui, tal extensão viola os termos dos arts. 20 e 17 do decreto nº 5.687/2006, que correspondem à improbidade por enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário, respectivamente, uma vez que não exigem o dolo específico, bastando para sua configuração o dolo direto⁵⁰.

Indispensável a reprodução dos referidos artigos para clareza dos argumentos:

Art. 20. Enriquecimento ilícito: Com sujeição a sua constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público, relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele. Art. 17. Malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público: Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, a malversação ou o peculato, a apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens, fundos ou títulos públicos ou privados ou qualquer outra coisa de valor que se tenham confiado ao funcionário em virtude de seu cargo⁵¹.

Tal celeuma quando a aplicação ou não do dolo específico ou genérico ainda será debatido na jurisprudência do supremo, pois embora se tenha firmado no julgado ARE 843989, a tese declara que agora somente podem responder por improbidade quando demonstrado o elemento anímico dolo. O referido julgado

⁴⁹BRASIL. *Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção*. Brasília, DF. 31 jan. 2006.

⁵⁰TOURINHO, 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, nº 84, abr./jun. 2022.

⁵¹BRASIL. *Decreto nº 5.687/2006, de 31 de janeiro de 2006*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 10 jan. 2023.

restringiu as teses justamente diante do rito da repercussão geral, sem adentrar no campo específico, quais espécies de dolo.

Porém, neste julgado pelo supremo, o relator ministro Alexandre de Moraes menciona que o dolo até a edição da lei era um dolo genérico, sem abordar como seria agora:

Dessa forma, a comprovação de responsabilidade subjetiva para a condenação por ato de improbidade administrativa, com a consequente aplicação das sanções previstas na LIA, inclusive a de ressarcimento ao erário, **até a edição da nova lei**, somente poderia ocorrer – **EM REGRA** –, após a constatação da prática das elementares do tipo, previstas nos arts. 9º, 10 ou 11, e, desde que presente o necessário elemento subjetivo do tipo – **DOLO GENÉRICO** –, mediante o devido processo legal e a observância da ampla defesa e contraditório (grifo nosso)⁵².

Independente do embate se o elemento anímico dolo é genérico, ou específico com a demonstração de má-fé ou não, parece-nos que a solução para a alteração já se encontrava anteriormente ainda na *legis* velha, bastando a construção de que não há que se falar em dolo psicológico, e sim, um dolo ancorado na sua comprovação das circunstâncias.

Pontual a crítica de Cabral⁵³ sobre a escolha por um eventual dolo psicológico, há tempos abandonado pela doutrina penalista, citando Ragués i Vallés:

Ragués i Vallés corretamente adverte sobre a quase impossibilidade lógica da averiguação do dolo caso se adote uma visão psicológica, sustentando que: “O juiz que queira ser fiel às exigências da concepção psicológica da ‘determinação do dolo’ e, portanto, somente condenar por delito doloso quando consiga comprovar conclusivamente determinados fenômenos psicológicos alheios e pretéritos, conta com um instrumental bastante precário para cumprir com sua missão. Tal instrumental se reduz, sendo otimista, a umas poucas regras de psicologia que dizem quando não existe conhecimento necessário para o dolo e alguns quantos enunciados baseados na experiência cotidiana que dificilmente se vai poder aplicar para resolver um só caso, por pressupor, uma imediatez ao momento do delito, que não costuma ocorrer na audiência de instrução e julgamento” (RAGUÉS I VALLÉS, R. El dolo y su prueba en el proceso penal... Op. cit., p. 259). E continua referido autor dizendo que: “A solução que admite que praticamente nunca se poderá condenar por crimes dolosos projeta negras sombras sobre a possibilidade de seguir afirmando que o Direito Penal é um meio eficaz para gerar algum efeito na sociedade. Assim, com uma aplicação coerente da concepção psicológica, os tipos delitivos em que somente se pune a realização dolosa resultam praticamente inaplicáveis e ficam de fato derogados”⁵³.

⁵²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário n° 843989*. Brasília, DF. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4652910>>. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁵³CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *O Elemento Subjetivo do Ato de Improbidade Administrativa*. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 9, n° 16, jan./jun. 2017, p. 247-268.

Assim, diante do afastamento de que o dolo na improbidade é quando o agente realmente quis praticar algo baseado na má-fé, não há como adentrar no seu psicológico para descobrir se tinha ou não a intenção de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade. Conforme dispõe a lei, tem-se a consciência e vontade de realizar os elementos dos tipos abertos da lei de improbidade administrativa, com a conjugação do processo de comprovação deste. Aliás, assim discorre Emerson Garcia:

[...] Em face da impossibilidade de se penetrar na consciência e no psiquismo do agente, o seu elemento subjetivo há de ser individualizado de acordo com as circunstâncias periféricas do caso concreto, como o conhecimento dos fatos e das consequências, o grau de discernimento exigido para a função exercida e a presença de possíveis escusas, como a longa repetitio e a existência de pareceres embasados na técnica e na razão⁵⁴.

Concluindo a solução, Cabral⁵⁵ apresenta a utilização da tese do *dolus ex re*, que – ao contrário do que muitos entendem – não é dolo presumido, mas é o dolo extraído das circunstâncias do fato. Ou seja, a análise das circunstâncias já circundaria o reconhecimento do elemento subjetivo, sem a necessidade de terminologia se genérico ou específico, porque estaria provada a conduta com os requisitos de consciência e vontade para o fim previsto na lei⁵⁶:

O contexto dos fatos, em Direito Penal, é seguramente o mais importante critério para atribuir as intenções (frise-se, uma vez mais, que não são estados mentais, mas atitudes públicas). Por isso, as circunstâncias do crime, a natureza de eventuais objetos utilizados (armas, ferramentas e outros), o local dos golpes ou disparos, o *modus operandi*, situações temporais, compleição física e muitos outros elementos que são ricos em revelar o dolo (intenção) do agente. As explicações, por sua vez, são as justificativas do agente, o modo como ele elabora sua manifestação, quais consequências derivam dela, quais as respostas e reações que o sujeito aceita como pertinentes. Por exemplo, quando um indivíduo efetua disparos contra a vítima e grita: vou te matar! Tal explicação robustece a ideia de que o agente atuou com dolo direto de matar. Por fim, a confissão é o que o agente declara como sua intenção ao agir de determinada maneira. Vale frisar que, na confissão, não há que se levantar qualquer dúvida do agente

⁵⁴GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 437.

⁵⁵CABRAL, R. L. F. *O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgensteine da teoria da ação significativa*. In: BUSATO, P. C. (Org.). *Dolo e direito penal: modernas tendências*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 141.

⁵⁶Nesse sentido também: FERREIRA, Vivian Maria Pereira. *O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública*. Rev. Direito GV, vol.15, nº 3 São Paulo, 2019, p.9-10.

sobre sua própria intenção. Por isso, ele não precisa de critérios para saber sua intenção. Assim que não há que se avaliar se a confissão foi equivocada, mas tão somente se foi honesta ou não. Veja-se, ainda, que a análise dos critérios da intenção não se fixa somente no exato momento do crime (como faziam as teorias clássicas e neoclássicas do crime), mas devem também ser amplamente examinados os fatos anteriores e posteriores ao mesmo, porque muito relevantes para oferecer critérios de identificação do significado da intenção do agente⁵⁶.

Superado a contextualização do elemento anímico, antes e após as alterações legais, em especial a do dolo, aqui, também, de maneira concisa, não se pode deixar de mencionar a previsão no art. 1, § 8º, de afastamento da subjetividade baseada na justificação: § 8º: “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 (incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)”.

Segundo a doutrina, trata-se da consagração legislativa da impossibilidade do denominado “delito de hermenêutica” no âmbito da improbidade administrativa, já advertindo que a expressão “jurisprudência não pacificada” parece contrario sensu à configuração da improbidade nos casos de decisões administrativas que contrariem, por exemplo, súmulas vinculantes e as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidades⁵⁷.

No entanto, ainda em sede cautelar, o supremo tribunal federal, na ADI 7.236, ingressada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, o ministro relator Alexandre de Moraes suspendeu a eficácia do referido artigo. Necessária aqui a sua reprodução:

De fato, embora o propósito do legislador tenha sido proteger a boa fé do gestor público que confia e adota orientações exaradas pelo Poder Judiciário a respeito da aplicação da lei, preservando-o de eventuais oscilações jurisprudenciais, deve ser reconhecido que o critério estabelecido no art. 1º, § 8º, da LIA, é excessivamente amplo e resulta em insegurança jurídica apta a esvaziar a efetividade da ação de improbidade administrativa. Levando em consideração a pluralidade de órgãos jurisdicionais com competência para apreciar a aplicação da legislação administrativa, além da complexidade e multiplicidade dessa modalidade de contencioso, impõe-se admitir a existência de grande quantidade de pronunciamentos judiciais que, sem desabono de sua autoridade, não servem como sinalização do entendimento do Poder Judiciário, seja por provirem de órgãos singulares, ou serem

⁵⁷OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa*. Barueri: Forense, 2022, p. 27. Edição do Kindle.

editados em momento ainda incipiente do debate sobre a matéria, ou mesmo por se relacionarem a circunstâncias concretas que não permitem a generalização de suas premissas para outras situações. A excludente imaginada pelo legislador depende um critério seletivo em relação a quais precedentes judiciais permitiriam ao gestor público a sua adoção em situações concretas. Do contrário, a inovação legislativa em foco, ao invés de proteger o administrador que age de boa-fé, estaria fornecendo ao gestor ímprobo a ocasião de encontrar pretextos para afastar a aplicação correta da legislação administrativa. Ou, como referido pelo Requerente CONAMP, “expedientes arditos para contornar o melhor direito e perpetua o sentimento de impunidade para atos cuja intensidade e modus operandi são reconhecidamente ilícitos”. *Assim, a ausência de uma definição clara sobre o alcance da nova excludente, considerando a multitude de decisões e situações de fato a permitir interpretações conflitantes sobre a aplicação da legislação administrativa, causará dificuldade na aplicação da LIA, ampliando conflitos e gerando forte abalo no princípio constitucional da segurança jurídica, comprometendo, inclusive, a regularidade da atividade administrativa e efetividade da tutela da probidade. Por esses motivos, entendo presentes os requisitos para concessão de medida cautelar nos presentes autos, para suspender a eficácia do art. 1º, § 8º, da LIA, introduzido pela Lei 14.230/2021 (grifo nosso)*⁵⁸.

Sendo assim, até o julgado em definitivo está suspensa a norma do § 8 do art. 1º, que apresentava uma exclusão de tipicidade ímproba quando da interpretação diversa dos colegitimados para a ação de improbidade.

2.4 Dos Atos de Improbidade

Os atos de improbidade administrativa encontram-se descritos nas três seções que compõem o capítulo II da Lei nº 8.429/1992, divididos em o ato importe em enriquecimento ilícito (art. 9º), cause prejuízo ao erário (art. 10) ou tão somente atente contra os princípios da administração pública (art. 11).

Sobre a técnica legislativa utilizada para elaboração dos tipos ímprobos, antes das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21, Garcia⁵⁹ nos ensina:

Da leitura dos referidos dispositivos legais, depreende-se a coexistência de duas técnicas legislativas: de acordo com a primeira, vislumbrada no caput dos dispositivos tipificadores da improbidade, tem-se a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, apresentando-se como instrumento adequado ao enquadramento do infindável número de ilícitos passíveis de serem praticados, os quais são frutos inevitáveis da criatividade e do poder de improvisação humanos; a segunda, por sua vez, foi utilizada na formação de diversos incisos que compõem os arts. 9º, 10 e 11, tratando-se de

⁵⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.236, de 27 de dezembro de 2022*. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI7236CautelarLeidImprobidade.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁵⁹GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 458.

previsões, específicas ou passíveis de integração, das situações que comumente consubstanciam a improbidade, as quais, além de facilitar a compreensão dos conceitos indeterminados veiculados no *caput*, têm natureza meramente exemplificativa, o que deflui do próprio emprego do advérbio “notadamente”⁵⁹.

Conforme apontado, os atos administrativos são divididos em três categorias diferentes, sendo que o *caput* traz normas com conceitos jurídicos indeterminados, exigindo do intérprete a realização de uma operação de valoração das circunstâncias no caso em concreto. Diversamente de uma operação de mera subsunção, em que a norma traz em si todas as notas características imprescindíveis à sua aplicação, aqui será imprescindível a intermediação, entre a disposição normativa e o fato, de uma operação de índole valorativa.

A técnica legislativa adotada anteriormente pela Lei nº 8.429/1992, ao tipificar os atos de improbidade, cuida para que os ilícitos previstos nos incisos assumam relativa independência em relação ao *caput*, sendo normalmente desnecessária a valoração dos conceitos indeterminados previstos no *caput* dos preceitos tipificadores da improbidade, pois o desvalor da conduta, o nexo de causalidade e a potencialidade lesiva foram previamente sopesados pelo legislador, culminando em estatuir nos incisos as condutas que indubitavelmente importam em enriquecimento ilícito, acarretam dano ao erário ou violam os princípios administrativos⁶⁰.

Porém, com as mudanças em 2021 com a reforma da lei de improbidade, o *caput* das três categorias do ato de improbidade administrativa sofreu modificações, conforme demonstrado abaixo.

O art. 9º assim dizia: art. 9º: “Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de *ato doloso*, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente” (grifo nosso)⁶¹.

Nota-se que a grande mudança no *caput* do art. 9º da Lei nº 8.429/92 foi justamente no ponto de inclusão da expressão *doloso* e consoante à interpretação

⁶⁰GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 460.

⁶¹BRASIL. *Lei nº 8.429/92, de 2 de junho de 1992*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 10 jan. 2023.

trazida pelo professor Emerson Garcia, mantendo-se a técnica de norma aberta no *caput* e exemplificativo nos incisos⁶².

Antes de adentrar nos próximos artigos, faz-se necessário, em caráter geral, tratar do enriquecimento ilícito nos casos de improbidade administrativa.

Os requisitos para identificação do ato de improbidade administrativa, segundo Gajardoni⁶³, são: “a) ato de improbidade administrativa doloso; b) enriquecimento ilícito/vantagem patrimonial ou a promessa de vantagem em alguns tipos; e c) vínculo do enriquecimento ilícito/vantagem pessoal com o exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades descritas no art. 1.º (nexo de causalidade), sendo dispensável que haja um prejuízo para a Administração Pública”.

Como destaque, é possível apontar que dispensa o prejuízo para administração pública, bastando vantagem patrimonial ou a promessa de vantagem, ou seja, deve haver um benefício econômico ou não, o enriquecimento.

Diante de não ser o objeto de pesquisa, o detalhamento de cada dispositivo dos atos de improbidade não se faz necessário. É importante ressaltar, apenas, que a identificação do que é o ato de improbidade administrativa pode influenciar na elaboração do acordo de não persecução civil e fixação de eventual limite. Apenas a dito de registro neste trabalho, a Lei nº 14.230/21 também alterou alguns incisos do art. 9º, são eles: o IV⁶⁴, generalizando bem móvel o que antes estava especificado

⁶²Há posição divergente quanto ao rol ser exemplificativo, neste sentido: Ainda a título de considerações iniciais, pensamos que as hipóteses descritas nos incisos do art. 9.º da Lei de Improbidade já são suficientemente abertas, com ampla margem para a aplicação em sede judicial, não podendo ser defendida a posição de que são meramente exemplificativas, especialmente diante da necessidade de uma tipicidade legal específica em normas sancionadoras (Direito Sancionador) GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Comentários à Lei de improbidade administrativa [livro eletrônico]: Lei 8.249/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

⁶³GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Comentários à Lei de improbidade administrativa [livro eletrônico]: Lei 8.249/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

⁶⁴Antiga redação IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades; nova redação: IV - utilizar, em obra ou serviço particular, qualquer bem móvel, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores, de empregados ou de terceiros contratados por essas entidades. BRASIL. *Lei nº 14.230/21, de 25 de outubro de 2021*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm.2021>. Acesso em: 10 jan. 2023.

máquinas, veículos e equipamentos, bem como os incisos VI⁶⁵ e VII⁶⁶, os quais também substituem termos para melhor identificação do ato ímprobo.

Da mesma maneira que o art. 9º, o art. 10 que trata dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário também sofreu mudanças já no *caput*. *Antiga redação*: 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. 1º desta lei, e notadamente”. *Nova redação*: art. 10: “Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente” (redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021).

É de fácil percepção, também, a alteração quanto ao elemento anímico, retirado o ato culposo e, agora, considerando somente atos dolosos de improbidade aqueles que causem prejuízo ao erário, remente-se aos pontos trazidos dos elementos subjetivos.

Outra mudança importante na redação foi a inclusão da expressão “efetiva e comprovadamente”.

⁶⁵Antiga redação: VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei. Nova redação: VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre qualquer dado técnico que envolva obras públicas ou qualquer outro serviço ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei. BRASIL. *Lei nº 14.230/21, de 25 de outubro de 2021*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm.2021>. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁶⁶Antiga redação: VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público. Nova redação: VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, e em razão deles, bens de qualquer natureza, decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução. BRASIL. *Lei nº 14.230/21, de 25 de outubro de 2021*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm.2021>. Acesso em: 10 jan. 2023.

Sobre essa alteração, aponta Gajardoni⁶⁷: “Com a utilização dos termos ‘efetiva e comprovadamente’, passa a lei a afastar a possibilidade da lesividade presumida defendida por parte da doutrina e adotada pela jurisprudência, como no caso de dispensa ou inexigibilidade de licitação considerada ilegal. Reiteramos, assim, a posição de que é incabível a denominada lesividade presumida, ou seja, o dano *in re ipsa*”.

Ainda no mesmo artigo, porém no inciso VIII, a Lei 14.230 /2021 incluiu a necessidade de “perda patrimonial efetiva” para a configuração da lesão ao erário. Tal alteração, aliás, deverá impactar no julgamento pelo STJ do tema repetitivo 1.096, pendente de julgamento, no qual o STJ definirá “se a conduta de frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente configura ato de improbidade que causa dano presumido ao erário (*in re ipsa*)”.

O que é necessário, neste ponto da pesquisa, é pensar numa eventual renúncia em um acordo de não persecução civil, se haveria ou não tal limite; é a identificação e o alcance do conceito do que seja erário, trazidos no art. 10, da lei de improbidade administrativa.

“A palavra ‘erário’ vem do latim ‘*aerarium*’, que se refere especificamente ao conceito de dinheiro público, dinheiro destinado à administração pública e seus serviços”⁶⁸.

Em específico à previsão na lei de improbidade, o erário pode ser designado como o conjunto de bens e interesses de natureza econômico-financeira pertencentes ao Poder Público (*rectius*: União, Estados, Distrito Federal, Municípios, entidades da administração indireta e demais destinatários do dinheiro público previstos no art. 1º, da Lei nº 8.429/1992)⁶⁹.

A doutrina ressalta que a expressão “erário” pode ser diferente de patrimônio público⁷⁰. Esta pode ser vista como um conjunto de bens e interesses de natureza

⁶⁷GAJARDONI, Fernando da Fonseca et. al. *Comentários à Lei de improbidade administrativa [livro eletrônico]: Lei 8.249/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

⁶⁸GUSMÃO, Douglas. *A aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa para atos que atentam contra o princípio da eficiência administrativa com a nova redação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. 2019. Disponível em: <<https://dspace.unaerp.br/handle/12345/343>>. Acesso em: 22 dez. 2022.

⁶⁹GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 489.

⁷⁰Assim aponta Martins: “pura e semanticamente, patrimônio revela a ideia do conjunto de bens e direitos, de natureza móvel ou imóvel, corpóreos ou incorpóreos, patrimoniais ou extrapatrimoniais, de que seja titular determinada pessoa, podendo dele dispor de acordo com as normas que regulam essas relações jurídicas”. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *A Lei de Improbidade Administrativa*. In: *Justitia* nº 174/46, São Paulo, 1996, p. 43.

moral, econômica, estética, artística, histórica, ambiental e turística, pertencentes ao Poder Público, conceito este extraído do art. 1º, da Lei nº 4.717/1965, o qual identifica a existência de um patrimônio moral do poder público⁷¹.

Assim, diante da previsão na lei de improbidade administrativa da expressão “lesão ao erário”, parte da doutrina aponta que seria ato de improbidade somente os atos causadores de prejuízo econômico⁷².

No entanto, na linha de que a proteção do erário seria mais abrangente do que apenas econômico, Garcia⁷³:

O sistema instituído pela Lei nº 8.429/1992 não visa unicamente a proteger a parcela de natureza econômico-financeira do patrimônio público, sendo ampla e irrestrita a abordagem deste, o que exige uma proteção igualmente ampla e irrestrita, sem exclusões dissonantes do sistema. Afora a interpretação sistemática, afigura-se igualmente acolhedor o resultado de uma exegese teleológica. Nesse sentido, a ratio do art. 10 da Lei nº 8.429/1992 é clara: proteger o patrimônio (de natureza econômica ou não) das entidades mencionadas no art. 1º, sujeitando o agente cuja conduta se subsuma à tipologia legal às sanções do art. 12, II. Consequentemente, podem ser assentadas as seguintes conclusões: a) ao vocábulo erário, constante do art. 10, caput, da Lei nº 8.429/1992, deve-se atribuir a função de elemento designativo dos entes elencados no art. 1º, vale dizer, dos sujeitos passivos dos atos de improbidade; b) a expressão perda patrimonial, também constante do referido dispositivo, alcança qualquer lesão causada ao patrimônio público, concebido este em sua inteireza⁷³.

Portanto, embora haja divergência sobre a amplitude da expressão “erário”, se patrimônio público, se material e imaterial, parece-nos que se tem quando houver especificamente efeitos econômicos. Deverá se observar a norma do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, que aponta a necessidade do ressarcimento⁷⁴.

Ainda no tópico geral sobre o art.10 e lesão ao erário, a Lei nº 14.230/21 trouxe duas inovações nos § 1º e 2º:

⁷¹GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 489.

⁷²Neste sentido: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade Administrativa – Direito Material e Processual*. Barueri: Editora Método, 2022, p. 84; SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa. Aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 52.

⁷³ GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 492.

⁷⁴Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. Da mesma forma, o STJ já se manifestou nesse sentido, admitindo a ação popular contra omissões estatais inconstitucionais: “pode ser proposta ação popular ante a omissão do Estado em promover condições de melhoria na coleta do esgoto da Penitenciária Presidente Bernardes, de modo a que cesse o despejo de elementos poluentes no Córrego Guarucaia (obrigação de não fazer), a fim de evitar danos ao meio ambiente” (REsp 889.766/SP, rel. Min. Castro Meira). NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 592.

§ 1º Nos casos em que a inobservância de formalidades legais ou regulamentares não implicar perda patrimonial efetiva, não ocorrerá imposição de ressarcimento, vedado o enriquecimento sem causa das entidades referidas no art. 1º desta Lei (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).

§ 2º A mera perda patrimonial decorrente da atividade econômica não acarretará improbidade administrativa, salvo se comprovado ato doloso praticado com essa finalidade (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)⁷⁵.

No § 1º, o legislador traz a vedação do enriquecimento sem causa, ou seja, não se permitirá mais infrações administrativas que acarretam a punição potencial de devolução de recursos públicos, mas sim, apenas infrações formais relacionadas a requisitos legais ou outros requisitos normativos. Isso significa que, se não houver perda substancial e verificável de bens patrimoniais, não se justificam sanções por fraude administrativa.

Já o § 2º trata do exercício da atividade econômica, o que inclui algumas das entidades elencadas no art.1º, da lei de improbidade, as quais atuam com fatores econômicos, incentivos fiscais ou, ainda, creditícios. Com a previsão, eventuais perdas ou falhas na condução da atividade econômica que eventualmente resultem em prejuízo serão classificadas como erros de gestão, e não como impropriedade, por óbvio, desde que não haja dolo⁷⁶.

Em síntese, a configuração da prática de improbidade administrativa tipificada no art. 10, da Lei nº 8.429/1992, depende dos seguintes requisitos: a) efetiva e comprovada lesão ao erário; b) conduta dolosa por parte do agente ou do terceiro; c) nexos causal ou etiológico entre a lesão ao erário e a conduta do agente público ou do terceiro⁷⁷.

Concluindo o art. 10, outra inovação que merece destaque foi a revogação do art. 10-A, que tratava de “atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário”, mas não houve extinção do referido tipo de improbabilidade. Em vez disso, foi transferido para o art. 10, XXII, da Lei nº 8.429/92.

⁷⁵BRASIL. *Lei nº 14.230/21, de 25 de outubro de 2021*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm.2021>. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁷⁶OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa*. Barueri: Editora Forense, p. 63. Edição do Kindle.

⁷⁷OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa*. Barueri: Editora Forense, p. 63. Edição do Kindle.

Último ato de improbidade é o previsto no art.11, que atenta contra os princípios da administração pública, o qual sofre mudanças significativas. *Antes*: 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”. *Após*: 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”.

Inicialmente sobre a previsão da violação dos princípios caracterizando ilícito ímprobo, mais uma vez nos ensina Garcia⁷⁸:

O amplo horizonte que se apresenta à atuação estatal e a quase que total inviabilidade de uma produção normativa casuística quanto aos ilícitos passíveis de serem praticados pelos agentes públicos, não poderiam ser erigidos como óbices à observância dos vetores básicos da atividade estatal, razão de ser do próprio Estado Democrático de Direito. Sensível a tal realidade, optou o legislador por integrar o art. 37, § 4º, da Constituição com preceitos que permitissem a imediata subsunção, e conseqüente coibição, de todos os atos que violassem os princípios condensadores dos deveres básicos dos agentes públicos. (...) A desonestidade e a desídia, pejorativos ainda comuns entre alguns agentes públicos, ramificam-se em vertentes insuscetíveis de serem previamente identificadas. Soltas as rédeas da imaginação, é inigualável a criatividade humana, o que exige a elaboração de normas que se adaptem a tal peculiaridade e permitam a efetiva proteção do interesse tutelado, in casu, o interesse público. É este, em essência, o papel dos princípios⁷⁸.

Na lição do professor Emerson, a previsão do art. 11 com preceito de violação de princípios, sendo estes textos abertos, tinha como fim efetivar a norma constitucional do art. 37, § 4, CF, justamente em decorrência da atuação frente à coisa pública ser mutável, possibilitando, sem tal norma, o prêmio para o agente ímprobo.

Contudo, mesmo antes das alterações efetuadas no ano de 2021, na lei de improbidade administrativa, o eminente professor já chamava a atenção para o uso indevido do art. 11, pois as noções de improbidade formal e de improbidade material não ocupam, necessariamente, o mesmo plano existencial, sendo plenamente factível a presença da primeira desacompanhada da segunda, ou seja, é possível que, na subsunção da conduta à norma, realmente tenha ocorrido a violação de um

⁷⁸GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 495.

princípio, mas era necessário ir além para verificar se estava presente o elemento subjetivo ou, até mesmo, uma violação aos bens protegidos pela lei⁷⁹.

Entretanto, o legislador, já no projeto de lei, defendia a necessidade de alteração legal do art. 11, com o intuito de restringir a sua aplicação diante de eventuais discrepâncias de ações de improbidade, sendo tratada pela doutrina como uma reação legislativa, uma espécie de efeito *backlash*⁸⁰.

Tal reação ficou evidente, segundo uma parte da doutrina⁸¹, por ter o legislador restringindo a aplicação do art. 11, tirando o caráter aberto e exemplificativo do texto da norma por meio da expressão “caracterizada por uma das seguintes condutas”.

Todavia, num raciocínio atrelado a todo o sistema de responsabilização por ato de improbidade, Prado⁸¹ aponta que há uma continuidade normativa típica do art. 11, após as alterações pela Lei nº 14.230/21, baseado na preposição da probidade como direito fundamental.

Resulta evidente que a suposta revogação parcial do artigo 11, caput, da Lei nº 8.429/92 e o estabelecimento de um rol supostamente taxativo de condutas violadoras dos princípios da administração pública, por reduzir, de forma arbitrária, a proteção ao direito fundamental à probidade da administração, já concretizada pela legislação anterior pelo legislador ordinário, além de violarem o conteúdo essencial do direito fundamental à probidade na administração, afrontam o princípio constitucional da proporcionalidade, pela violação à proibição de proteção insuficiente, e constituem flagrante violação à vedação de retrocesso, decorrente do

⁷⁹GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 495.

⁸⁰A palavra *backlash* pode ser traduzida como uma forte reação por um grande número de pessoas a uma mudança ou evento recente, no âmbito social, político ou jurídico. Assim, o efeito *backlash* nada mais é do que uma forte reação, exercida pela sociedade ou por outro Poder a um ato (lei, decisão judicial, ato administrativo etc.) do poder público. No caso do ativismo judicial, como afirma George Marmelstein, “[...] o efeito *backlash* é uma espécie de efeito colateral das decisões judiciais em questões polêmicas, decorrente de uma reação do poder político contra a pretensão do poder jurídico de controlá-lo”. Nas palavras do brilhante professor de Harvard Cass Sunstein, o efeito *backlash* é uma “intensa e sustentada rejeição pública a uma decisão judicial, acompanhada de medidas agressivas para resistir a essa decisão e remover a sua força legal”. [...] Em outras palavras, podemos dizer que o efeito *backlash* é uma reação majoritária contra uma decisão contramajoritária. Isso porque muitas vezes o Judiciário, para tutela dos direitos das minorias, acaba contrariando o interesse da maioria [...]. NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2018, p. 88-89.

⁸¹COSTA, Rafael de Oliveira; BARBOSA, Renato Kim. *Nova Lei de Improbidade Administrativa; De Acordo com a Lei nº 14.230/2021 (Manuais Profissionais)* Almedina Brasil, p. 144. Edição do Kindle. Assim também: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa*. Barueri: Editora Forense. Edição do Kindle.

E no mesmo sentido: GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Comentários à Lei de improbidade administrativa [livro eletrônico]: Lei 8.249/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

sistema de direitos fundamentais instituído pela CF/88 e da Convenção de Mérida (artigo 65, item 2)⁸².

Ainda, na posição que defende a restrição na aplicação do art.11, somente nas possibilidades dos incisos descritos com a nova lei, outro fundamento, além de a descrição no *caput* não conter mais a expressão “notadamente”, foi a revogação dos incisos I e II, que diziam que seria ato de improbidade por violação de princípios: “I - praticar ato visando fim proibido em Lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; e II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”⁸³.

Outras condutas também deixaram de ser consideradas ímprobas, em razão da revogação dos incisos IX (“deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação”) e X (“transferir recurso à entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24, da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990”).

Sofreram também alterações os incisos III, IV, V, VI e X, todos do art. 11, na mesma linha dos incisos IX e IX, restringindo o âmbito de aplicação.

Por fim, a inclusão expressa da prática de nepotismo como violação de princípios, consagrada anteriormente já na súmula vinculante nº 13, passando à lei de improbidade, dispondo: “XI - nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas” (incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).

Assim, concluem-se os apontamentos gerais necessários quanto aos atos de improbidade, passando análise do processo e as mudanças após a Lei nº 14.230/21, onde se insere o acordo de não persecução civil.

⁸²PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A continuidade normativa típica do artigo 11 da Lei nº 8.429/92 após as alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021*. Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, Belo Horizonte, ano 3, nº 5, p. 9-21, jan./jun. 2021.

⁸³OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa*. Barueri: Editora Forense. Edição do Kindle.

2.5 Do Procedimento Por Ato de Improbidade Administrativa

É previsto, na Lei nº 8.429/92, o procedimento tanto administrativo, quanto judicial para apuração de responsabilização por ato de improbidade administrativa. A Lei nº 14.230/21 não modificou tantos aspectos no procedimento administrativo em si. Porém, no judicial, modificou todo o rito e também as medidas cautelares.

Sobre a natureza jurídica da sentença na ação de improbidade, constrói Gajardoni⁸⁴:

A Ação de Improbidade Administrativa nada mais seria que uma espécie de Ação Coletiva, com a aplicação não só das regras das Leis 4.717/65 (Lei da Ação Popular, aqui de forma preferencial) e 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), bem como de todo o Sistema Único Coletivo, sendo o Código de Processo Civil a última fonte, somente invocável quando não encontrada resposta nos demais textos legais que disciplinam o processo coletivo, como no Código de Defesa do Consumidor, por exemplo⁸⁴.

Nesse sentido, reforçando a natureza da ação de improbidade sob enfoque civil, o supremo tribunal federal, no ARE 843989, que será abordado abaixo, trouxe expressamente já na sua ementa: “A Lei 14.230/2021 não excluiu a natureza civil dos atos de improbidade administrativa e suas sanções, pois essa ‘natureza civil’ retira seu substrato normativo diretamente do texto constitucional, conforme reconhecido pacificamente por essa SUPREMA CORTE” (TEMA 576 de Repercussão Geral, de minha relatoria, RE nº 976.566/PA).

Em relação às mudanças no procedimento extrajudicial que se relacionam com esta pesquisa, importante asseverar que, no caso de acordos extrajudiciais entre uma pessoa legalmente afetada por um ato de improbabilidade e seu autor, responsável ou beneficiário, é imperativo garantir que o Ministério Público participe de todos os aspectos das negociações, primeiro porque é o fiscal da ordem jurídica (art. 127, CF/88); segundo diante da previsão do próprio art. 15, da lei de improbidade, que não sofreu alteração: 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”.

⁸⁴GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Comentários à Lei de improbidade administrativa [livro eletrônico]: Lei 8.249/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Com o mesmo entendimento: MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos Cautelares e Especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 408; e SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. *Improbidade Administrativa: Reflexões sobre a Lei 8.429/1992*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 109.

Ademais, quanto ao instrumento para se proceduralizar a investigação mesmo após as alterações, manteve-se o inquérito civil. Porém, a lei trouxe uma nova redação ao art. 22, dispondo que o Ministério Público poderá apurar qualquer ilícito de ofício, ou a requerimento de autoridade administrativa ou, ainda, mediante representação formulada, instaurando um procedimento investigativo assemelhado, ampliando não só ao inquérito civil e inquérito policial, como também, eventualmente, um procedimento investigatório criminal⁸⁵.

Antes de adentrar nas mudanças no rito judicial, destaca-se a importância e a preocupação do legislador, segundo Dorna⁸⁶, diante de um processo por ato de improbidade administrativa:

Os firmes propósitos punitivos da LIA fazem com que o simples ajuizamento de ação de improbidade administrativa produza efeitos significativos para além da esfera processual. Por não veicular mera pretensão reparatória, mas punitiva, há muito se reconhece que o simples fato de ser réu em ação de improbidade administrativa já põe em risco a reputação do acusado³, podendo acarretar até mesmo a supressão de direitos fundamentais (art. 12), o que levou o legislador a estipular procedimento específico, como verdadeira proteção moral ajustada à repercussão das acusações e dos riscos por ela apresentados⁸⁶.

Tal reflexão poderá resultar na análise de que um possível acordo que atenderia tanto ao interesse público quanto ao interessado, tema a ser melhor elaborado no capítulo final. Porém, desde já, alerta-se sobre os elementos que podem compor a tomada de decisão sobre a elaboração ou não de um acordo.

Importante também registrar que a ação de improbidade sempre teve como premissa não ser um procedimento célere, pelo contrário: em diversas pesquisas, foi constatada a demora na solução quando demandado judicialmente, o que será também levantando quando se tratar do tema específico do acordo nesta pesquisa⁸⁷.

⁸⁵A resolução nº 181/2017 dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181/2017, de 7 de agosto de 2017*. Brasília, DF. Disponível em:

<<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁸⁶DORNA, Mário Henrique de Barro. *O Juízo Preliminar da Lei de Improbidade Administrativa*. Revista de Processo, vol. 300/2020, p. 251 – 266. Fev. 2020.

⁸⁷CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Lei de Improbidade Administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Coordenação de Luiz Manoel Gomes Júnior. Equipe: Gregório Assagra de Almeida et al. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

Além da discussão se o processo de improbidade administrativa está mais próximo do penal ou civil propriamente dito, Horta⁸⁸ destaca que sempre terá que respeitar o devido processo legal previsto na constituição.

Continuando a apresentação das mudanças pela Lei nº 14.230/21, a principal, no procedimento judicial, foi a eliminação do juízo de prelibação, em que antes do recebimento da ação judicial, a parte requerida era notificada para apresentar sua defesa e, em seguida, o juízo avaliava ou não o recebimento da ação. Agora, a *novel* legislação adota o procedimento comum do código de processo civil, com algumas excepcionalidades trazidas pela própria lei: art. 17: “a ação para a aplicação das sanções de que trata esta lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta lei”⁸⁹.

Sendo a partir do ano de 2021, o rito processual passou a ser inicial, citação, contestação, recebimento ou rejeição da inicial (recursos), produção de provas, sentença e recursos.

O primeiro olhar além do rito foi a previsão do legislador quanto à legitimidade para ação. Porém, as ações declaratórias de inconstitucionalidades (ADIS) 7.042 e 7.043 reconheceram, sem redução de texto, a legitimidade da pessoa jurídica tanto para ação quanto para o acordo de não persecução civil. Agora, tanto o Ministério Público quanto da pessoa jurídica interessada possuem legitimidade ativa.

No tópico próprio, serão tratadas as referidas ações declaratórias de inconstitucionalidade, bem como a questão da legitimidade ativa disjuntiva e concorrente do ministério público e da pessoa jurídica interessada, aqui para registrar a mudança dentro do processo judicial.

Um ponto importante foi a definição da competência prevista expressamente na lei no §4º, do art. 17, sendo que a ação deverá ser proposta perante o foro do local onde ocorrer o dano ou da pessoa jurídica prejudicada. A ideia foi de suprimir a

⁸⁸HORTA, Bernardo Tinoco de Lima. *A ação de improbidade administrativa e o devido processo legal: apontamentos sobre o regime processual de garantias fundamentais*. Trib. Reg. Fed. 1ª Região, Brasília, DF, ano 32, nº 3, 2020.

⁸⁹GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Comentários à Lei de improbidade administrativa [livro eletrônico]: Lei 8.249/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

omissão legal⁹⁰ quanto à regra de competência territorial para a ação de improbidade administrativa⁹¹.

Em relação às demais mudanças do procedimento, registra-se com profunda controvérsia e contra muitas disposições jurisprudenciais dos tribunais, a medida cautelar de indisponibilidade, afastando a famosa tese do perigo presumido para o pedido da indisponibilidade⁹².

Ainda, entre outras mudanças ocorridas em 2021, destacam-se a petição inicial no art.17, § 6^o⁹³, a contestação no art.17, § 10-B, a nulidade no art.17, § 10-F, entre outras alterações. Sendo os objetos desta pesquisa os limites do acordo de não persecução, destacam-se, neste trabalho, as modificações no âmbito da decisão judicial, sentença por ato de improbidade administrativa.

Aqui, a doutrina⁹⁴ ressalta que, além dos requisitos trazidos pelo código de processo civil, a lei enumera requisitos próprios importantes: “A sentença proferida nos feitos de improbidade deve, além de observar o disposto no artigo 489 do Código de Processo Civil, atentar para os seguintes aspectos (...)”⁹⁵.

A relevância de se ponderar, principalmente após as mudanças pela Lei nº 14.230/21, a sentença que julga os atos de improbidade administrativa com o acordo de não persecução é em relação aos requisitos que se devem levar em consideração para um ou para outro.

Como se verá, no que tange ao acordo, o art. 17-B da lei de improbidade explica que, conforme as circunstâncias do caso concreto, ou seja, casuístico, poderá firmar o consenso e considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como

⁹⁰Segundo Emerson Garcia, antes da modificação, a questão da competência territorial para a ação de improbidade, à falta de regra específica na Lei nº 8.429/92, e tendo em conta o regime de mútua complementariedade entre as ações exercitáveis no âmbito da jurisdição coletiva [demanda a incidência do art. 2º da Lei nº 7.347/85, supra, podendo considerar-se como local do dano, na primeira aproximação interpretativa, a sede da pessoa jurídica de direito público lesada pela improbidade.

⁹¹OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa*. Barueri: Editora Forense, p. 63. Edição do Kindle.

⁹²FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; NUNES, Gustavo Henrique Schneider. *Ativismo Judicial, Indisponibilidade de Bens e Ação de Improbidade Administrativa*. *Revista de Processo*, vol. 31, mai. 2021, p. 231 – 250.

⁹³BRASIL. *Lei nº 14.230/21, de 25 de outubro de 2021*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm.2021>. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁹⁴COSTA, Rafael de Oliveira; BARBOSA, Renato Kim. *Nova Lei de Improbidade Administrativa; De Acordo com a Lei nº 14.230/2021 (Manuais Profissionais)* Almedina Brasil, p. 144. Edição do Kindle.

⁹⁵BRASIL. *Lei nº 14.230/21, de 25 de outubro de 2021*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm.2021>. Acesso em: 10 jan. 2023.

as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso, muito próximo do que apresenta a lei no art. 17-C quanto à sentença, quando se refere que será considerado as consequências práticas da decisão, sempre que decidir com base em valores jurídicos abstratos; considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados e das circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente e no momento da fixação da sanção, entre outros a natureza, a gravidade e o impacto da infração cometida; a extensão do dano causado; a atuação do agente em minorar os prejuízos e as consequências advindas de sua conduta omissiva ou comissiva e os antecedentes do agente.

A previsão de que, no momento da sentença, o juízo deverá analisar o caso em concreto com especificidade de se verificar as consequências práticas da decisão, além dos obstáculos, as dificuldades e as circunstâncias, bem como na aplicação da sanção entre outros os princípios da proporcionalidade e razoabilidade práticas é claramente inspirada nas inovações que a lei de introdução às normas do direito brasileiro trouxe com a teoria consequencialista⁹⁶.

Sobre o consequencialismo, preciosa lição de Vitorelli⁹⁷:

O consequencialismo é uma designação geral para um feixe de concepções filosóficas distintas, que têm em comum a valoração de uma ação a partir dos seus resultados, não da qualidade intrínseca do agir. As concepções consequencialistas se opõem à vertente filosófica deontológica, que defende, pelo contrário, que o valor ou desvalor das ações é inerente e independente das suas consequências. O fundamento básico do consequencialismo reside na noção de que, como o passado é inalterável, só se pode considerar bom aquilo que faz o mundo melhor no futuro. A origem do consequencialismo remonta ao utilitarismo e Bentham e Mill. Bentham formulou o conhecido princípio da maior utilidade, segundo o qual “é a maior felicidade do maior número [de pessoas] que é a medida entre o certo e o errado”. Desse modo, no que tange à escolha de normas, serão valiosas aquelas que produzirem os melhores resultados⁹⁷.

O ponto chave aqui que poderá refutar ou concordar com a previsão de limites no acordo de não persecução civil é se tal consequencialismo pode prevalecer sobre a legalidade estrita, ou seja, pode o juízo, no momento em que for

⁹⁶GONÇALVES, Benedito; FAVRETO, Fabiana; GRILLO, Renato Cesar Guedes. *Nova Lei de Improbidade Administrativa comentada: em conformidade com as alterações da Lei 14.230/21*. Curitiba: Juruá, 2022. Ebook.

⁹⁷VITORELLI, E. *A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo*. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 279, n° 2, p. 79–112, 2020. DOI: 10.12660/rda.v279.2020.82006. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82006>>. Acesso em: 30 dez. 2022.

fixar a sentença, por exemplo, retirar os juros e correções sobre o dano causado, alegando as consequências práticas da decisão e o princípio da proporcionalidade?

Novamente, socorre-se de Vitorelli⁹⁸, apenas como um introito do debate no último capítulo do objeto da pesquisa:

O art. 20 certamente não impõe que as consequências devam sempre prevalecer sobre os comandos e deveres legais. Elas devem ser sempre consideradas, mas podem ser afastadas à luz de outras considerações, inclusive relativas ao desvalor intrínseco da conduta para se chegar ao resultado. Esse desvalor pode decorrer, por exemplo, da proibição da conduta por uma norma específica, não abstrata, ou da repulsa moral que ela provoca. Por outro lado, também parece razoável sustentar que a LINDB pode prover um argumento consequencialista para afastar normas legais explícitas, ou seja, para permitir que sejam consideradas aceitáveis condutas vedadas, que acarretem bons resultados. Essa situação precisará ser justificada à luz das circunstâncias do caso. O ônus argumentativo, evidentemente, é do gestor. Confrontado com a necessidade de praticar uma conduta vedada para alcançar consequências socialmente positivas, o administrador público deverá demonstrar de que forma as consequências desejadas são valiosas o bastante para afastar o juízo de desvalor, feito em abstrato, pelo legislador, de que decorreu a proibição da conduta, à luz das consequências concretas vislumbradas para o caso⁹⁸.

Indiscutível que as modificações da lei de improbidade no ano de 2021 se deram como uma forma de resposta do poder legislativo à atuação dos colegitimados. Conforme já abordado aqui, no procedimento, tal impacto fica bem evidente diante da adoção da corrente consequencialista, mas não só, trouxe também a vedação da solidariedade no § 2º do também art. 17-C⁹⁹ e afastou a remessa necessária, § 3º do mesmo artigo.

Último aspecto a ser tratado neste trabalho quanto ao procedimento, antes da necessária revisão das sanções, é quanto ao afastamento da solidariedade do § 2º do art. 17-C: § 2º: “Na hipótese de litisconsórcio passivo, a condenação ocorrerá no limite da participação e dos benefícios diretos, vedada qualquer solidariedade”.

A questão trazida pela lei não diferencia se tal vedação à solidariedade é quanto às sanções ou quanto ao ressarcimento ao erário, esta com natureza diversa do que sancionatória. Tal omissão gera discussões sobre a sua aplicação.

⁹⁸VITORELLI, E. *A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo*. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 279, n° 2, p. 79–112, 2020. DOI: 10.12660/rda.v279.2020.82006. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82006>>. Acesso em: 30 dez. 2022.

⁹⁹BRASIL. *Lei n° 14.230/21, de 25 de outubro de 2021. Arts. 17-C, §2º e §3º*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm.2021>. Acesso em: 10 jan. 2023.

Numa primeira linha, há a construção de que tal previsão fere a sistemática da regulamentação da reparação de danos decorrentes de atos ilícitos, estipulada no art. 942, do Código Civil. Nesse sentido, Schirmer¹⁰⁰:

Com efeito, pois se duas ou mais pessoas, em comunhão de esforços, causam um determinado prejuízo ao erário é evidente que todas estas pessoas sejam, conjuntamente, responsáveis pela reparação dos danos. Em muitos casos, principalmente quando todos os envolvidos, em comunhão de esforços, praticam todos os atos ilícitos, nem sequer existe possibilidade de delimitar o quantum seria de responsabilidade de cada qual dos agentes que cometeram os atos ilícitos causadores da lesão ao erário. Nestas situações é impossível uma determinação da cota parte de cada um. Acrescente-se que a reparação de danos causados ao erário não constitui pena, mas mera recomposição dos prejuízos sofridos¹⁰⁰.

Noutro giro, há a proposta que tal vedação à solidariedade seja aplicada somente quanto às sanções, especialmente quanto à multa, por exemplo, quando o juízo levará em consideração os limites do art. 12, da lei de improbidade, os quais serão aplicados de maneira individual, respeitando as particularidades de cada agente e as suas condutas. O acréscimo recebido à remuneração é base para fixação da multa em alguns casos.

Nesta situação, não haverá dúvidas de que é aplicável tal dispositivo, conforme aponta Burgos, mencionando, inclusive, que já era aceita pela jurisprudência: “A solidariedade entre os réus em ação por improbidade administrativa não é obrigatória após a instrução do feito, podendo a sentença delimitar, individualmente, o montante a ser pago por cada réu, na medida de sua culpabilidade”¹⁰¹.

Discordando do entendimento quanto à solidariedade ser só sancionatória, acolhendo também ser reparatória, mencionam Oliveira e Neves¹⁰²:

A norma legal me parece destinada a condenação reparatória, porque não teria nenhum sentido se imaginar uma solidariedade passiva sancionatória. E nesse sentido a previsão contrária de forma clara a jurisprudência formada pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema. A opção do legislador,

¹⁰⁰SCHIMER, Mário Sérgio de Albuquerque; NETTO, Karmar Haddad. *Inconstitucionalidade e Irretroatividade da Lei nº 14.230/2021. Aspectos Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: Uma Análise Crítica a Partir dos Julgados dos Tribunais Superiores* [recurso eletrônico]. Organizadores: Cláudio Smirne Diniz, Mauro Sérgio Rocha e Renato de Lima Castro. Documento eletrônico. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2022. Livro Digital.

¹⁰¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp: 1693071 RJ 2017/0059666-3*. Relator: Ministra REGINA HELENA COSTA, Data de Julgamento: 28/09/2020, T1 - PRIMEIRA TURMA. Data de Publicação: DJe 01/10/2020.

¹⁰²OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa*. Barueri: Editora Forense, p. 63. Edição do Kindle.

que foi claramente superar tal entendimento, merecerá elogios e críticas, a depender do enfoque da análise¹⁰².

Continuam os autores¹⁰³, justificando as vantagens da vedação da solidariedade no campo reparatório:

Por um lado, ela se mostra mais justa com os réus, principalmente aqueles que têm mais patrimônio, porque direciona o valor da recomposição tomando por base a sua participação e os benefícios diretos na prática do ato de improbidade. Num sistema de solidariedade, os de maior patrimônio – ou mais facilmente alcançável pela execução – respondiam pela integralidade da reparação e depois tinham que “correr atrás” dos demais devedores, sem absolutamente nenhuma garantia de ressarcimento. Por outro lado, é natural que a previsão legal crie embaraços para a efetivação da tutela condenatória, porque não é desprezível a hipótese de não localização de patrimônio de certos devedores¹⁰³.

Porém, conforme trazido por Schirmer, a prática e principalmente a maneira como mensurar o *quantum* cada um dos requeridos causou de dano é a maior dificuldade. Nesse aspecto, defendem Oliveira e Neves que, diante da proibição de “qualquer espécie” de solidariedade, nesse caso, a saída seja a condenação em percentuais iguais entre os condenados¹⁰⁴.

Diante do todo exposto quanto à procedimentalização, os traços gerais demonstram um impacto grande com as alterações, mais uma vez, com relevância para pesquisa, já que não só cuida da legitimidade da propositura da ação, como a preocupação com os fundamentos da sentença.

O acordo de não persecução civil, como se verá, poderá ser efetuado a qualquer momento, mas se pensarmos que ele ocorra antes da sentença, a forma e os requisitos, seria como se houvesse uma decisão, e já uma liquidação e execução. Por isso, é possível se pensar que os requisitos e conceitos do procedimento poderão ser levados para análise dos limites do acordo de não persecução civil.

2.6 Das Sanções Por Ato de Improbidade

A Lei nº 8429/92, que regulamenta o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, visa à responsabilização e aplicações de sanções aos sujeitos que praticarem atos

¹⁰³OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa*. Barueri: Editora Forense, p. 63. Edição do Kindle.

¹⁰⁴OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa*. Barueri: Editora Forense, p. 63. Edição do Kindle.

de improbidade administrativa. Portanto, a LIA atende a um mandado constitucional sancionatório.

Conforme apontado acima, as sanções da lei de improbidade administrativa são de natureza civil administrativa, tendo o art. 12, da Lei nº 8.429/92, elencado as seguintes sanções que podem ser aplicadas judicialmente por ato de improbidade administrativa: (i) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; (ii) ressarcimento integral do dano; (iii) perda da função pública; (iv) suspensão dos direitos políticos; (v) pagamento de multa civil; e (vi) proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios¹⁰⁵.

As alterações trazidas pela Lei nº 14.230/21 alcançaram também o tema de sanções, começando a retirada da expressão “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica”, ou seja, dando a ideia de que a instância da improbidade não se relacionaria com outros campos, como criminal.

Tal afirmação fica ainda mais clara com a premissa do § 4º do art. 21, incluído também pela Lei nº 14.230/21: § 4º: “A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386, do decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941” (Código de Processo Penal).

Antes dessas previsões, a doutrina abordava que sempre se adotou a posição de que não haveria nenhuma violação ao sistema, *nem bis in idem*, quando um mesmo fato possa justificar a aplicação de três penalidades distintas contra uma mesma pessoa, sendo certo que a absolvição na esfera penal, como regra geral poderia não ter qualquer reflexo nas demais¹⁰⁶.

¹⁰⁵Importante salientar que o STF, mesmo antes da alteração legal, já admitia que era possível o legislador infraconstitucional trazer sanções a mais do que prevê a constituição. AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MULTA CIVIL. ARTIGO 12, III, DA LEI 8.429/92. As sanções civis impostas pelo artigo 12 da Lei nº 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa estão em sintonia com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Agravos regimentais a que se nega provimento. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE: 598588 RJ. Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 15/12/2009, Segunda Turma. Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-10 PP-02114.

¹⁰⁶GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Comentários à Lei de improbidade administrativa [livro eletrônico]: Lei 8.249/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Porém, na ADI 7.236, neste momento, em sede de medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal determinou a suspensão do § 4º, do art. 21 da lei, diante dos fundamentos que se passa a transcrever:

(...) 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.

A independência entre as diferentes formas de persecução, todavia, encontra-se abrandada por imperativos sistêmicos nas hipóteses em que, na esfera penal, seja possível reconhecer a inexistência do fato ou a negativa de sua autoria. Nesse sentido: RMS 26.510, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, DJe de 26/03/2010; MS 38.103 AgR, Rel. Min. TRIBUNAL PLENO, DJe de 21/03/2022; e RE 1.044.681 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 21/03/2018.

Nada obstante o reconhecimento dessa “independência mitigada” (Rcl 41.557, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 10/03/2021), a comunicabilidade ampla pretendida pela norma questionada acaba por corroer a própria lógica constitucional da autonomia das instâncias, o que indica, ao menos em sede de cognição sumária, a necessidade do provimento cautelar. Diante de todo o exposto, presentes os requisitos para concessão de medida, suspendo a eficácia do artigo 21, §4º da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021¹⁰⁷.

Aproveitando o tema de sanção e as decisões da ADI 7.236, o STF também suspendeu, em sede de medida cautelar, o § 1º do art. 12, da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021: “A sanção de perda da função pública, nas hipóteses dos incisos I e II do *caput* deste artigo, atinge apenas o vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente público ou político detinha com o poder público na época do cometimento da infração, podendo o magistrado, na hipótese do inciso I do *caput* deste artigo, e em caráter excepcional, estendê-la aos demais vínculos, consideradas as circunstâncias do caso e a gravidade da infração”¹⁰⁸.

Como fundamento, o relator apresentou:

Consideradas essas premissas, ao estabelecer que a aplicação da sanção de perda da função pública atinge apenas o vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente detinha com o poder público no momento da prática do ato de improbidade, o art. 12, § 1º, da nova LIA, traça uma severa restrição ao mandamento constitucional de defesa da probidade administrativa, que impõe a perda de função pública como sanção pela prática de atos ímprobos independentemente da função ocupada no

¹⁰⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.236, de 27 de dezembro de 2022*. Disponível em:

<<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI7236CautelarLeideImprobidade.pdf>>.

Acesso em: 10 jan. 2023.

¹⁰⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.236, de 27 de dezembro de 2022*. Disponível em:

<<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI7236CautelarLeideImprobidade.pdf>>.

Acesso em: 10 jan. 2023.

momento da condenação com trânsito em julgado. Trata-se, além disso, de previsão desarrazoada, na medida em que sua incidência concreta pode eximir determinados agentes dos efeitos da sanção constitucionalmente devida simplesmente em razão da troca de função ou da eventual demora no julgamento da causa, o que pode decorrer, inclusive, do pleno e regular exercício do direito de defesa por parte do acusado¹⁰⁹.

Anota-se que antes mesmo da lei e da decisão do STF, o Superior Tribunal de Justiça defendia a posição de que a perda da função pública alcançava qualquer função pública. Crucial reproduzir trecho do voto do ministro Sérgio Kukina¹¹⁰: “Tenho que a lei de improbidade não pretende restringir a perda da função pública apenas à função ocupada pelo agente ao momento da prática do ato ímprobo, podendo alcançar qualquer outra função pública que esteja ele a exercer ao tempo do cumprimento/execução da respectiva sentença lavrada em julgado. Daí que, se nessa ocasião, o agente condenado não mais mantiver nenhum laço com o poder público, não haverá objeto para fins de cumprimento da sentença. É uma homenagem que, efetivamente, cairá no vazio, aos moldes da liquidação zero, por assim dizer”¹¹⁰.

Encerrando o tópico dos artigos que envolvem sanções na lei de improbidade após as alterações em 2021 que sofreram com impugnações de constitucionalidade, na ADI 2.736, o Supremo Tribunal Federal também suspendeu o art. 12, § 10, da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021, que cuida do prazo de inelegibilidade.

No que se relaciona ao art. 12, § 10, constante do art. 2º da Lei 14.230/2021, cabe destacar que, em princípio, não se afigura constitucionalmente aceitável a redução do prazo legal de inelegibilidade em razão do período de incapacidade eleitoral decorrente de improbidade administrativa. No que se relaciona ao art. 12, § 10, constante do art. 2º da Lei 14.230/2021, cabe destacar que, em princípio, não se afigura constitucionalmente aceitável a redução do prazo legal de inelegibilidade em razão do período de incapacidade eleitoral decorrente de improbidade administrativa. Em que pese serem previsões complementares, são diversas, com diferentes fundamentos e diferentes consequências, caracterizando institutos de natureza diversas, que, inclusive, admitem a possibilidade de cumulação entre as inelegibilidades e a suspensão de direitos políticos, pois conforme decidido pela CORTE no julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578 (Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 29/06/2012).

¹⁰⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.236, de 27 de dezembro de 2022*. Disponível em:

<<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI7236CautelarLeideImprobidade.pdf>>.

Acesso em: 10 jan. 2023.

¹¹⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1.564.682 – RO*. Rel. min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), j. 10.11.2015 – DJe 14.12.2015 – constou de voto vogal do Min. Sérgio Kukina.

Em especial, para referida pesquisa, a análise desse julgado tem relevância, quando se analisará limites a renúncia de direitos fundamentais, entre eles, a (im)possibilidade de renúncia a concorrer cargo público, como também eventual acordo aplicado aos aspectos eleitorais. Tal decisão, ao menos de suspensão do referido artigo, já aponta que a suspensão dos direitos políticos aplicados pela Lei de improbidade administrativa é diversa da inelegibilidade da Lei Complementar nº 135/10.

Retornando aos aspectos importantes das sanções da lei de improbidade, após as alterações, a previsão no *caput* do art. 12, reafirmando que “Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial”, não se trata a reparação ao erário de natureza de sanção¹¹¹.

Reforçando esse aspecto Assunção¹¹²:

O ressarcimento do dano ao erário caracteriza a obrigação legal de reparar o prejuízo causado, de retornar ao status quo ante, de afastar os efeitos nocivos da conduta praticada, de desfazer a lesão. Nessa ordem de fatores, resta evidente que o ressarcimento do dano ao erário não consubstancia sanção em sentido estrito, ou seja, instrumento de repressão e punição ao transgressor da norma, tal como, por exemplo, a suspensão dos direitos políticos e a aplicação de multa, e sim mecanismo de tutela de direitos e interesses, no caso, a higidez do patrimônio público atingido pelo ato de improbidade¹¹².

Portanto, o registro, conforme doutrina e agora expressamente, tem a previsão legal de que o ressarcimento ao erário deverá sempre ser aplicado quando apurado aliado a alguma ou algumas das outras sanções¹¹³.

Outro ponto importante que se relaciona com a pesquisa é se definir quais os parâmetros em que a legislação e a jurisprudência determinam para aplicar as sanções da LIA. O primeiro é a expressão trazida pela lei de acordo com a gravidade

¹¹¹CALDAS BRITO, L.; SANTOS DE SOUSA, L.; DE SOUZA DEPIERI, M. *A (im)prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário: desafios e perspectivas*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, [S. l.], v. 33, nº 2, p. 59–67, 2021. Disponível em: <<https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/316>>. Acesso em: 1 jan. 2023.

¹¹²ASSUNÇÃO, B. B. de. *Natureza jurídica do ressarcimento integral do dano na Lei nº 8.429/1992: o posicionamento do STJ e seus reflexos na aplicação do art. 12 e na atuação do membro do MPF*. Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União, [S. l.], nº 36, p. 11–27, 2011. Disponível em: <<https://escola.mpu.mp.br/publicacoescientificas/index.php/boletim/article/view/331>>. Acesso em: 1 jan. 2023.

¹¹³Nesta linha, a jurisprudência: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1.019.555 - SP*. Rel. mín. Castro Meira, j. 16.06.2009. DJ 29.06.2009. Anote-se que, mesmo tendo o ressarcimento prévio, isso não afasta a imposição das demais penas. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1.009.204 - MG*. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 12.01.2009. DJ 17.12.2009.

do fato. Conforme abordado acima, parece-nos que é um apontamento para a teoria consequencialista.

O segundo é o princípio da proporcionalidade, a fim de que se possa quantificar a sanção, já que, por exemplo, agora a lei traz apenas o prazo máximo da suspensão dos direitos políticos, e para fixar o mínimo, a doutrina¹¹⁴ e a jurisprudência¹¹⁵ sempre apontaram para tal princípio.

Chama a atenção a preocupação do legislador com a proporcionalidade, quando traz nos § 2º e 5º tal entendimento: § 2º: “A multa pode ser aumentada até o dobro, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, o valor calculado na forma dos incisos I, II e III do *caput* deste artigo é ineficaz para reprovação e prevenção do ato de improbidade”; § 5º: “No caso de atos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados por esta Lei, a sanção limitar-se-á à aplicação de multa, sem prejuízo do ressarcimento do dano e da perda dos valores obtidos, quando for o caso, nos termos do *caput* deste artigo”¹¹⁵.

A Lei nº 14.230/21, no § 5º, definiu atos de menor ofensa, mas não houve a explicitação do que seria menor ofensa. Aliás, a doutrina já tinha alguma dificuldade de apontar o que seria de menor potencial ofensivo:

Para Emerson Garcia e Rogério Alves:

Sem prejuízo, a partir de reflexões teóricas e, sobretudo, da experiência exaurida do contato diário com a matéria, entendemos que, de lege ferenda, seria interessante e conveniente, de modo a facilitar a reparação do dano causado ao patrimônio público, a possibilidade de uma “transação” nas hipóteses que poderíamos chamar de “atos de improbidade de menor lesividade” ou “de menor potencial ofensivo”, como, por exemplo, os atos culposos e os omissivos que, de um modo geral, menores prejuízos causam ao patrimônio coletivo, incidindo as mesmas razões relativamente a condutas dolosas causadoras de danos de pequena monta, devidamente definidas pelo legislador¹¹⁶.

¹¹⁴FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 522; e SALGADO FILHO, Nilo Spinola. *Probidade administrativa*. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (coord.). *Manual de direitos difusos*. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 638.

¹¹⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 507.574/MG*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7175744/recurso-especial-resp-507574-mg-2003-0027068-7-stj/relatorio-e-voto-12908003>>. Acesso em: 14 mai. 2022; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.376.481/RN*. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153399177/agrg-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1376481-rn-2013-0095024-9>>. Acesso em: 14 mai. 2022.

¹¹⁶ GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.739.

Portanto, para os autores, os casos de menor potencial ofensivo seriam os culposos, os omissivos e os dolosos de pequena monta, sendo que estes devidamente definidos pelo legislador.

Ocorre que, até hoje, não há uma definição legal específica do que seja menor potencial ofensivo ou de pequena monta, como ocorre no âmbito criminal com a lei de juizados especiais criminais (Lei nº 9.099/95) e, mesmo com as alterações, vai ser o caso concreto que definirá o ato de menor lesividade, até mesmo porque agora não há mais figura culposa.

Aqui, relevante apontar que, antes da alteração legal, o Superior Tribunal de Justiça rechaçou a aplicação do princípio da insignificância nos casos de improbidade administrativa¹¹⁷.

Sobre a multa civil prevista na Lei, Gajardoni¹¹⁸ explica:

A multa civil é um plus ao dever de indenizar. Enquanto o ressarcimento tem como finalidade repor os prejuízos sofridos pelo Poder Público (erário), a imposição de uma pena dessa natureza tem como objetivo impor aos causadores do dano uma obrigação de natureza financeira (além do dever de ressarcir), que tanto pode ter como base de cálculo o acréscimo patrimonial (art. 9º), o valor do dano (art. 10) ou o valor da remuneração percebida pelo agente (art. 11), dependendo do enquadramento legal. Merece apenas anotar que a multa civil passou a ser o equivalente ao valor do acréscimo patrimonial, no caso de enriquecimento ilícito (art. 9º) e do dano, no caso de lesão ao erário público (art. 10). Antes da recente reforma legislativa podia ser de até três ou duas vezes, respectivamente. No caso do art. 11, o limite passou a ser de 24 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente público, sendo que antes era de até 100 vezes¹¹⁸.

Sobre a natureza da multa civil como sanção e a forma de fixação como parâmetro, há proporcionalidade, também como já era aplicado. A grande mudança foi no aspecto da forma de fixação do valor e também na condição pessoal do requerido para aumentar quando não for suficiente para reprovação, sem mencionar a diminuição, diferente da reparação de danos.

A lei traz, no art. 18, § 4º, quanto ao ressarcimento ao erário e aos bens adquiridos ilicitamente, outra inovação pela Lei 14.230/21, em que será possível o parcelamento em até 48 meses, corrigido monetariamente do débito se o réu mostrar incapacidade de saldar de maneira imediata, ou seja, fatores de caráter pessoal.

¹¹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp nº 1.774.729*. Rel. Ministro Francisco Falcão, DJe 13/12/2019.

¹¹⁸GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Comentários à Lei de improbidade administrativa [livro eletrônico]: Lei 8.249/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Outro tema oportuno de registrar é que a lei vedou a execução provisória das sanções antes do trânsito em julgado: a) perda da função pública; e b) a suspensão dos direitos políticos¹¹⁹. Essa previsão não sofreu alterações.

Por fim, o legislador consignou que excluiu a possibilidade de se suspenderem os direitos políticos daquele que praticar ato de improbidade administrativa que viole princípios da administração pública.

2.7 Do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) 843989

Após a entrada em vigor da Lei nº 14.230/21, a qual alterou diversos dispositivos da lei de improbidade, conforme visto acima, também se iniciou a discussão sobre possíveis contestações da constitucionalidade da referida lei, em especial, a questão intertemporal, diante das diversas mudanças alteraram o cenário da lei anterior.

O Supremo Tribunal Federal, adotando a sistemática da repercussão geral, estipulou no Tema 1199: “Definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) à necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) à aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente”¹²⁰.

Após a delimitação do tema, o caso escolhido para julgamento foi o Agravo em Recurso Extraordinário, interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nº 843989, e diante do reflexo do julgado em toda sistemática da lei da improbidade, imprescindível resumir neste trabalho inicialmente os principais pontos do julgado.

O julgamento do citado tema começou na sessão de 03/08/2022, com voto do Ministro Relator, Ministro Alexandre de Moraes, e terminou-se na sessão do dia 18/08/2022, onde o Plenário do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso extraordinário interposto.

Diante da importância, indiscutível a reprodução da ementa:

¹¹⁹Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. BRASIL. *Lei nº 14.230/21, de 25 de outubro de 2021*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm.2021>. Acesso em: 10 jan. 2023.

¹²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 1199*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 2022.

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.

IRRETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA (LEI 14.230/2021) PARA A RESPONSABILIDADE POR ATOS ILÍCITOS CIVIS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI 8.429/92). NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE REGRAS RÍGIDAS DE REGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS CORRUPTOS PREVISTAS NO ARTIGO 37 DA CF. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 5º, XL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR POR AUSÊNCIA DE EXPRESSA PREVISÃO NORMATIVA. APLICAÇÃO DOS NOVOS DISPOSITIVOS LEGAIS SOMENTE A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA NOVA LEI, OBSERVADO O RESPEITO AO ATO JURÍDICO PERFEITO E A COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO COM A FIXAÇÃO DE TESE DE REPERCUSSÃO GERAL PARA O TEMA 1199. 1. A Lei de Improbidade Administrativa, de 2 de junho de 1992, representou uma das maiores conquistas do povo brasileiro no combate à corrupção e à má gestão dos recursos públicos. 2. O aperfeiçoamento do combate à corrupção no serviço público foi uma grande preocupação do legislador constituinte, ao estabelecer, no art. 37 da Constituição Federal, verdadeiros códigos de conduta à Administração Pública e aos seus agentes, prevendo, inclusive, pela primeira vez no texto constitucional, a possibilidade de responsabilização e aplicação de graves sanções pela prática de atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF). 3. A Constituição de 1988 privilegiou o combate à improbidade administrativa, para evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado, pois, como já salientava Platão, na clássica obra REPÚBLICA, a punição e o afastamento da vida pública dos agentes corruptos pretendem fixar uma regra proibitiva para que os servidores públicos não se deixem "induzir por preço nenhum a agir em detrimento dos interesses do Estado". 4. O combate à corrupção, à ilegalidade e à imoralidade no seio do Poder Público, com graves reflexos na carência de recursos para implementação de políticas públicas de qualidade, deve ser prioridade absoluta no âmbito de todos os órgãos constitucionalmente institucionalizados. 5. A corrupção é a negativa do Estado Constitucional, que tem por missão a manutenção da retidão e da honestidade na conduta dos negócios públicos, pois não só desvia os recursos necessários para a efetiva e eficiente prestação dos serviços públicos, mas também corrói os pilares do Estado de Direito e contamina a necessária legitimidade dos detentores de cargos públicos, vital para a preservação da Democracia representativa. 6. A Lei 14.230/2021 não excluiu a natureza civil dos atos de improbidade administrativa e suas sanções, pois essa "natureza civil" retira seu substrato normativo diretamente do texto constitucional, conforme reconhecido pacificamente por essa SUPREMA CORTE (TEMA 576 de Repercussão Geral, de minha relatoria, RE nº 976.566/PA). 7. O ato de improbidade administrativa é um ato ilícito civil qualificado – "ilegalidade qualificada pela prática de corrupção" – e exige, para a sua consumação, um desvio de conduta do agente público, devidamente tipificado em lei, e que, no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas (artigo 9º da LIA) ou gerar prejuízos ao patrimônio público (artigo 10 da LIA), mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções, apesar de ferir os princípios e preceitos básicos da administração pública (artigo 11 da LIA). 8. A Lei 14.230/2021 reiterou, expressamente, a regra geral de necessidade de comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação do ato de improbidade administrativa, exigindo – em todas as hipóteses – a presença do elemento subjetivo do tipo – DOLO, conforme se verifica nas novas redações dos artigos 1º, §§ 1º e 2º; 9º, 10, 11; bem como na revogação do artigo 5º. 9. Não se admite responsabilidade objetiva no âmbito de aplicação da lei de improbidade administrativa desde a edição da Lei 8.429/92 e, a partir da Lei

14.230/2021, foi revogada a modalidade culposa prevista no artigo 10 da LIA. 10. A opção do legislador em alterar a lei de improbidade administrativa com a supressão da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa foi clara e plenamente válida, uma vez que é a própria Constituição Federal que delega à legislação ordinária a forma e tipificação dos atos de improbidade administrativa e a gradação das sanções constitucionalmente estabelecidas (CF, art. 37, §4º). 11. O princípio da retroatividade da lei penal, consagrado no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”) não tem aplicação automática para a responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa, por ausência de expressa previsão legal e sob pena de desrespeito à constitucionalização das regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos com flagrante desrespeito e enfraquecimento do Direito Administrativo Sancionador. 12. Ao revogar a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, entretanto, a Lei 14.230/2021, não trouxe qualquer previsão de “anistia” geral para todos aqueles que, nesses mais de 30 anos de aplicação da LIA, foram condenados pela forma culposa de artigo 10; nem tampouco determinou, expressamente, sua retroatividade ou mesmo estabeleceu uma regra de transição que pudesse auxiliar o intérprete na aplicação dessa norma – revogação do ato de improbidade administrativa culposo – em situações diversas como ações em andamento, condenações não transitadas em julgado e condenações transitadas em julgado. 13. A norma mais benéfica prevista pela Lei 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa –, portanto, não é retroativa e, conseqüentemente, não tem incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes. Observância do artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal. 14. Os prazos prescricionais previstos em lei garantem a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico; fixando termos exatos para que o Poder Público possa aplicar as sanções derivadas de condenação por ato de improbidade administrativa. 15. A prescrição é o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela INÉRCIA do próprio Estado. A prescrição prende-se à noção de perda do direito de punir do Estado por sua negligência, ineficiência ou incompetência em determinado lapso de tempo. 16. Sem INÉRCIA não há PRESCRIÇÃO. Sem INÉRCIA não há sancionamento ao titular da pretensão. Sem INÉRCIA não há possibilidade de se afastar a proteção à probidade e ao patrimônio público. 17. Na aplicação do novo regime prescricional – novos prazos e prescrição intercorrente –, há necessidade de observância dos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança, com a IRRETROATIVIDADE da Lei 14.230/2021, garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa. 18. Inaplicabilidade dos prazos prescricionais da nova lei às ações de ressarcimento ao erário, fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, que permanecem imprescritíveis, conforme decidido pelo Plenário da CORTE, no TEMA 897, Repercussão Geral no RE 852.475, Red. p/Acórdão: Min. EDSON FACHIN. 19. Recurso Extraordinário PROVIDO. Fixação de tese de repercussão geral para o Tema 1199: “1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior;

devido o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei¹²¹.

Além das teses fixadas, houve a análise em aspectos que resultaram na aplicação de toda a Lei de improbidade, com destaque para natureza civil da ação de improbidade administrativa trazida pelo relator, no que foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Carmen Lúcia e Luiz Fux:

A natureza civil dos atos de improbidade administrativa é essencial para a análise da possibilidade ou não de aplicação retroativa das previsões da nova lei e decorre – diretamente – do comando constitucional, que é bastante claro ao consagrar a independência da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilidade penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula "sem prejuízo da ação penal cabível" (...) O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL destacou, no julgamento do TEMA 576 de Repercussão Geral, de minha relatoria (RE nº 976.566/PA), a natureza civil dos atos de improbidade administrativa, afirmando que “a Constituição Federal inovou no campo civil para punir mais severamente o agente público corrupto, que se utiliza do cargo ou de funções públicas para enriquecer ou causar prejuízo ao erário, desrespeitando a legalidade e moralidade administrativas, independentemente das já existentes responsabilidades penal e político-administrativa de Prefeitos e Vereadores”¹²².

Tal interpretação quanto à natureza refletiu na tese da irretroatividade não aplicando o art. 5º, XL, da CR, o qual é restrito à esfera penal.

Ainda, o Plenário reconheceu a opção do legislador de suprir a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, o que, segundo o ministro relator, não afasta a possibilidade de responsabilização do agente por atos administrativos ilícitos ao revogar a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, entretanto, a Lei nº 14.230/2021, não trouxe qualquer previsão de “anistia” geral para todos aqueles que, nesses mais de 30 anos de aplicação da LIA, foram condenados pela forma culposa do art. 10, da lei, tampouco determinou, expressamente, sua retroatividade ou mesmo estabeleceu uma regra de transição que pudesse auxiliar o intérprete na aplicação dessa norma - revogação do ato de improbidade administrativa culposo - em situações diversas como ações em andamento, condenações não transitadas em julgado e condenações transitadas em julgado, ou

¹²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 1199*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 2022.

¹²²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário - ARE: 843989 - PR 0003295-20.2006.4.04.7006*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 2022.

seja, devem prosseguir os processos de execução das penas e seus incidentes. Porém, não se subsumindo novas condutas na forma culposa.

Além da discussão quanto ao elemento anímico, a pauta do julgamento também definiu que o novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da Lei.

2.8 Das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adis) 7.042 e 7.043

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que entidades públicas lesadas em decorrência de atos de improbidade também estão autorizadas a agir e celebrar acordos de não persecução civil.

O Plenário declarou inconstitucionais dispositivos da Lei 14.230/2021, que davam ao Ministério Público competência exclusiva para propor as ações improbidade por maioria de votos. A decisão foi proferida nos processos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIS) 7.042 e 7.043, em que foram parcialmente providos os pedidos formulados pela Associação Nacional dos Procuradores Estaduais e Federais (Anape) e pela Associação Nacional das Entidades Federais de Advocacia (Anafe).

A maioria do colegiado acompanhou o voto do autor do relatório, ministro Alexandre de Moraes, e concordou que a constituição federal exige uma competência concorrente entre o Ministério Público e os entes públicos afetados para justificar esse tipo de ação.

Segundo o ministro, a lei constitucional que protege o patrimônio público está comprometida com a supressão da legitimidade pelo ente público.

Abaixo, a referida ementa:

O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação direta para: (a) declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do *caput* e dos §§ 6º-A e 10-C do art. 17, assim como do *caput* e dos §§ 5º e 7º do art. 17-B, da Lei 8.429/1992, na redação dada pela Lei 14.230/2021, de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil; (b) declarar a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do § 20 do art. 17 da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021, no sentido de que não existe “obrigatoriedade de defesa judicial”; havendo, porém, a possibilidade dos órgãos da Advocacia Pública autorizarem a realização dessa representação judicial, por parte da assessoria jurídica que emitiu o

parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrador público, nos termos autorizados por lei específica; (c) declarar a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 14.230/2021; e, em consequência, declarou a constitucionalidade: (a) do § 14 do art. 17 da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021; e (b) do art. 4º, X, da Lei 14.230/2021. Tudo nos termos do voto ora reajustado do Relator, vencidos, parcialmente, os Ministros Nunes Marques, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, nos termos de seus votos. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 31.8.2022¹²³.

Destaque para a decisão do Ministro Luiz Fux e também no parecer da Procuradoria-Geral da República, de que a legitimidade do Ministério Público¹²⁴ é extraordinária, reafirmando jurisprudência do próprio Supremo Tribunal: “legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, conseqüentemente, na defesa de autêntico interesse difuso”¹²⁵. Porém, em relação à pessoa jurídica lesada, a legitimação é ordinária, pois a primeira é de ordem extraordinária - o Ministério Público faz valer o direito a toda propriedade coletiva –, enquanto a segunda é regular - uma pessoa jurídica exige “em defesa de seu patrimônio. Caso contrário, o Ministério Público representaria os entes públicos em juízo, o que lhe é vedado constitucionalmente”¹²⁶.

Em relação à legitimidade para elaboração do acordo de não persecução civil, esta será trabalhada em tópico próprio em capítulo posterior.

Nessas mesmas ADIS, o Supremo entendeu que a pessoa jurídica pode ser autorizada a representar judicialmente o agente que tenha cometido o ato de improbidade administrativa e não obrigada pela nova previsão legal, desde que haja norma anterior autorizadora, sendo ela estadual ou municipal.

A decisão partiu do requerimento na ADI diante da alteração no § 20 do art. 17, da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021, segundo a qual “a assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrador público ficará obrigada a defendê-lo judicialmente,

¹²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.042 e 7.043, de agosto de 2022*. Brasília, DF. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6315635>>. Acesso em: 9 jan. 2023.

¹²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Peticionamento*. Disponível em:

<<https://peticionamento.stf.jus.br/api/peca/recuperarpdf/15351520108>>. Acesso em: 20 dez. 2022.

¹²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Especial 208.790*. Relator: Ministro Ilmar Galvão. DJ 15.12.2000.

¹²⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, art. 129, IX. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2023.

caso este venha a responder ação por improbidade administrativa, até que a decisão transite em julgado”¹²⁷.

Aqui, registra-se que, além da ARE 843989, o Supremo Tribunal Federal conformou mais artigos após as mudanças trazidas pela Lei nº 14.230/21, não se descuidando, ainda, de outras ações de controle de constitucionalidade ainda em andamento, que também questionam diversos pontos da Lei nº 14.230/21, como a ADI 7.236, ainda sem análise do excelso tribunal constitucional¹²⁸.

¹²⁷BRASIL. *Lei nº 14.230/21, de 25 de outubro de 2021*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm.2021>. Acesso em: 10 jan. 2023.

¹²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Peticionamento*. Disponível em: <<https://peticaoamento.stf.jus.br/visualizarProcesso/6475588/1>>. Acesso em: 20 dez. 2022.

3. A CONSENSUALIDADE NO PATRIMÔNIO PÚBLICO

3.1 Da Indisponibilidade do Interesse Público ao Acordo na Improbidade Administrativa

A lei de improbidade administrativa foi estabelecida no ano de 1992 e trouxe consigo um sistema de responsabilização civil-administrativa aos agentes públicos e privados que se enriquecessem ilicitamente, causassem prejuízo ao erário ou violassem princípios da administração pública.

Tal lei veio regulamentar a previsão no art. 37, § 4º da Constituição Federal de 1988 e, na época, representou significativo avanço na correção e no combate à corrupção. Nesse momento, o ordenamento jurídico brasileiro também se adaptava à nova norma fundamental e, como a lei de improbidade, surgiram demais normas sancionatórias, todas com cunho de defesa da ordem jurídica e do regime democrático, esse tão custoso ao um país recém-saído de um regime ditatorial.

A situação histórica é relevante, a fim de situar o instrumento normativo e motivo da previsão em seu art. 17, § 1º¹²⁹, que trata da vedação à transação nas questões que envolviam improbidade administrativa e como tal entrave está imbricado com o entendimento de que a ação de improbidade trata de direito indisponível e, portanto, o Ministério Público, como legitimado extraordinário, não poderia transacionar.

¹²⁹Lei nº 8.429/92: art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*. BRASIL. *Lei nº 8.429/92, de 2 de junho de 1992*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 10 jan. 2023.

Até pouco tempo atrás, renomados doutrinadores e a jurisprudência¹³⁰, em aplicação à previsão legal, defendiam a impossibilidade de qualquer espécie de acordo em improbidade administrativa, manifestando que se trataria de direito indisponível¹³¹ não patrimonial vinculado ao interesse público.

Indiscutível que a indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o privado sempre foram as pedras de toque¹³² do regime jurídico-administrativo, e dentro do alcance desses princípios está o patrimônio público, impondo, assim, vedação à transação, já que não se pode dispor de direito que seria de todos.

Nesse sentido, lecionava Waldo Fazzio Júnior, dizendo que não há transação ou acordo nem fase conciliatória na ação civil de improbidade administrativa porque os interesses em questão (patrimônio público econômico e probidade administrativa) são indisponíveis; não são direitos patrimoniais privados¹³³.

Já Wallace Paiva Martins Júnior¹³⁴ restringe a transação para sanções possíveis em ressarcimento, ao mencionar em se tratando de probidade administrativa, a natureza do interesse em particular não permite renúncia a qualquer

¹³⁰PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACORDO ENTRE AS PARTES. VEDAÇÃO. ART. 17, § 1º, DA LEI 8.429/1992. MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INVIABILIDADE DE EXTINÇÃO COM BASE NO ART. 267, VIII, DO CPC. NOMENCLATURA DA AÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. 1. Tratando-se de ação de improbidade administrativa, cujo interesse público tutelado é de natureza indisponível, o acordo entre a municipalidade (autor) e os particulares (réus) não tem o condão de conduzir à extinção do feito, porque aplicável as disposições da Lei 8.429/1992, normal especial que veda expressamente a possibilidade de transação, acordo ou conciliação nos processos que tramitam sob a sua égide (art. 17, § 1º, da LIA). 2. O Código de Processo Civil deve ser aplicado somente de forma subsidiária à Lei de Improbidade Administrativa. Microsistema de tutela coletiva. Precedente do STJ. 3. Não é a nomenclatura utilizada na exordial que define a natureza da demanda, que é irrelevante, mas sim o exame da causa de pedir e do pedido. 4. Recurso especial não provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.217.554/SP*. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24047595/recurso-especial-resp-1217554-sp-2010-0184748-6-stj/relatorio-e-voto-24047597>>. Acesso em: 14 mai. 2022.

¹³¹Sobre o direito indisponível relacionado à Improbidade Administrativa, lecionava Celso Antônio Bandeira de Mello (1993, p.73-74): a indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – interno ao setor público–, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido que lhe incumbe apenas curá-los- o que é também um dever- na estrita conformidade do que dispuser a *intento legis*. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹³²Expressão, pedras de toque foi cunhada por Celso Antônio Bandeira de Mello ao se referir aos dois principais princípios do regime jurídico-administrativo, da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 45.

¹³³FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 456-457.

¹³⁴MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 312.

dos provimentos típicos previstos, pois a indisponibilidade daí derivada é absoluta. As sanções são irrenunciáveis e indisponíveis, não admitindo transação, composição ou acordo, que, se realizados, são absolutamente nulos, e esse traço reforça o entendimento da cumulatividade das sanções. Os co-legitimados ativos do art. 17 não têm disponibilidade sobre o patrimônio público ou sobre a moralidade administrativa. Igualmente, não é admissível a desistência da ação proposta.

Ainda como entrave na realização de acordo, utilizava-se dos fundamentos do código civil, arts. 840 e 841 do Código Civil¹³⁵, os quais restringem a solução consensual apenas aos direitos patrimoniais e que a transação exige concessões mútuas, inviável quando se tratar de direito que não se pode abrir mão, como a moralidade administrativa¹³⁶.

¹³⁵ Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas. Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação. BRASIL. *Lei n° 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 10 jan. 2023.

¹³⁶ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA C DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL SOBRE O QUAL SUPOSTAMENTE RECAI A CONTROVÉRSIA. SÚMULA N. 284 DO STF, POR ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DE DISSÍDIO COM JULGADOS DO STF. PRECEDENTES. AÇÃO DE COBRANÇA E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ACORDO FIRMADO. HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL. REEXAME NECESSÁRIO. TRANSAÇÃO. DIREITO INDISPONÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. 1. É impossível conhecer do especial interposto com fundamento na alínea c do permissivo constitucional, pois, mesmo nestes casos, é necessária a indicação do dispositivo da legislação infraconstitucional federal sobre o qual recai a divergência, sob pena de atração da Súmula n° 284 do Supremo Tribunal Federal, por analogia (fundamentação deficiente). 2. Por outro lado, também não merece conhecimento o recurso pelo alegado dissídio jurisprudencial já que foram trazidos aos autos somente julgados do Supremo Tribunal Federal - STF. A uniformização da interpretação de matéria constitucional nos Tribunais pátrios não está dentre os objetivos alcançáveis via recurso especial, cabendo tal tarefa ao Supremo Tribunal Federal via recurso extraordinário e outros instrumentos jurídicos postos à disposição dos interessados, sob pena de usurpação de funções daquela Corte por este Tribunal. 3. Discute-se nos autos a legalidade de acordo firmado entre o recorrente e o Município de Goioerê/PR, no qual se transacionou a compensação dos débitos existentes na Ação Civil Pública de n.97/2001 com os créditos que seriam apurados na Ação Ordinária de Cobrança n° 300/2004, decorrentes de subsídios a que o autor teria direito pelo exercício do cargo de Vereador e Presidente da Câmara Municipal na gestão 1993/1996, além do pagamento de crédito remanescente a ser pago pelo Município no valor de R\$ 15.000,00. 4. A insurgência especial está embasada na alegada ofensa ao disposto nos artigos 475, I, e 269, III, ambos do CPC, asseverando o recorrente que a sentença homologatória extinguiu o processo com julgamento de mérito, inexistindo qualquer nulidade, na medida em que teve anuência do Ministério Público. Acrescenta que a sentença exarada não contraria os interesses do Município, e, por tal razão, não se sujeita ao reexame necessário. 5. Na hipótese dos autos, o Município, com a realização do acordo, admitiu como devidos valores que sequer foram apurados judicialmente, e ainda terá que desembolsar mais uma quantia de R\$15.000,00 a serem pagos ao ora recorrente em prestações de R\$ 1.000,00. Em sendo assim, revela-se notoriamente desfavorável ao ente público a decisão homologatória da transação formulada entre as partes, que ostenta a natureza de sentença de mérito, dando ensejo a sua submissão ao duplo grau de jurisdição, segundo a regra do artigo 475, inciso I, do CPC. 6. Outro aspecto relevante a ser apreciado diz respeito à impossibilidade de Municipalidade firmar acordo semelhante ao que fora celebrado nos autos, em que reconheceu a existência de uma dívida e compensou-a com créditos discutidos em ação civil pública, vez que se tratam de direitos patrimoniais de caráter indisponível. 7. **Segundo o disposto nos arts. 840 e 841 do novo Código Civil, a transação que previne ou põe fim ao litígio tem como características (i) a existência de concessões recíprocas entre as**

Embora esse entendimento tenha prevalecido desde a promulgação da Lei nº 8.429/92, o direito brasileiro estava mudando e cada vez mais afastando a premissa de que o direito indisponível não poderia ser solucionado consensualmente.

A maior prova foi a aprovação da lei dos juizados especiais criminais com a Lei nº 9.099/95 e, com ela, o instituto da transação penal e da suspensão condicional do processo, substituindo as sanções penais, chegando até o atual acordo de não persecução penal trazido pela Lei nº 13.869/19¹³⁷, ambas flexibilizando a indisponibilidade da ação penal pelo Ministério Público¹³⁸.

E não só a lei dos juizados, como apontado acima, como diversos outros instrumentos normativos passaram a adotar procedimentos de solução consensual guiando para relativizar, de certo modo, os direitos indisponíveis e/ou incentivando a autocomposição. Grande exemplo é o novo código de processo civil, que estabeleceu diversas premissas, em especial cláusula geral de negociação processual¹³⁹¹⁴⁰.

partes, o que pressupõe se tratar de direito disponível e alienável; (ii) ter por objeto direitos patrimoniais de caráter privado, e não público. Assim, in casu, por se tratar de direito indisponível, referente a dinheiro público, é manifestamente ilegítima a transação pecuniária homologada em primeiro grau. 8. Há, ainda, aspecto de suma importância atinente ao fato de que o acordo teve como finalidade compensar créditos provenientes de condenação sofrida pelo ex-edil em ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público, que tem como objeto a aplicação das demais penalidades previstas no art. 12, II, da Lei 8.429/92, inclusive o pagamento de multa civil de até duas vezes o valor desviado. Considerando esse dado, o acordo firmado entre as partes é expressamente vedado pelo art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92. Portanto, a sentença que homologou transação realizada entre a Fazenda Pública Municipal e o recorrente, reconhecendo débito para com este último, mostra-se totalmente eivada de nulidade insanável. 9. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nesta parte, não provido (destacado). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.198.424/PR*. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21534024/recurso-especial-resp-1198424-pr-2010-0108482-2-stj/inteiro-teor-21534025>>. Acesso em: 14 mai. 2022.

¹³⁷Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei. BRASIL. *Lei nº 13.896/19, de 30 de outubro de 2019*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13896.htm>. Acesso em: 10 jan. 2023.

¹³⁸Embora haja doutrina que mencione que na verdade não houve uma disponibilidade do direito material e sim processual quanto a Lei nº 9.099/95, predomina que a aplicação da transação penal é uma flexibilização do direito indisponível protegido pelo tipo penal. BRASIL. *Lei nº 9.099/95, de 26 de setembro de 1995*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 10 jan. 2023.

¹³⁹Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. BRASIL. *Lei nº 13.105/15, de 16 de março de 2015*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 jan. 2023.

Nesse ponto, reforçando os argumentos de que seria possível convencionar mesmo que sobre direito material, lembram Cláudio Smirne Diniz e Eduardo Cambi:

Houve resistência inicial às convenções em processos que versassem sobre direito público, sob o fundamento de que as normas processuais são cogentes, entretanto, a indisponibilidade do direito material não impede a negociação sobre o processo, mesmo porque, nas convenções que versam sobre direito processual não há disposição dos direitos materiais coletivos. Nos termos do enunciado nº135 do fórum permanente de processualistas civis (art. 190), a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico-processual¹⁴¹.

Porém, para grande parte da doutrina, no ano de 2015, a Lei nº 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, autorizou expressamente a possibilidade de conciliação nos casos de Improbidade Administrativa¹⁴².

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça continuou vedando o acordo em improbidade administrativa, alegando que prevalecia a regra especial da Lei nº 8.429/92, mesmo após todas as alterações legais e da lei de mediação:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DO FEITO PARA QUE SEJAM BUSCADOS MEIOS DE COMPENSAÇÃO DA CONDUTA ÍMPROBA, À LUZ DA LEI 13.655/2018. **IMPOSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DA REGRA ESPECIAL CONTIDA NO ART. 17, § 1º, DA LIA. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. AUMENTO DE DESPESAS COM PESSOAL. ATO ÍMPROBO CARACTERIZADO. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO**

¹⁴⁰São exemplos de leis: o parágrafo único do art. 10 da Lei 10.259/01; A Lei 9.469/97 (com a redação dada pela Lei 11.941/09) concedeu poder ao Advogado Geral da União e aos dirigentes máximos das empresas públicas federais para autorizarem a realização de acordos ou transações em juízo, ou, ainda, o não ajuizamento de ações, dependendo do valor a ser cobrado; o Acordo de Leniência. Trazido pela Lei 12.846, de 01.08.2013; a arbitragem Lei 13.129, de 26.05.2015, autorizou a administração – direta e indireta – a utilizar-se da arbitragem “para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º, § 1º); A Lei 13.140, de 26.06.2015, “Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação” (art. 3º), destacando-se que o “consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público” (art. 3º, § 3º).

¹⁴¹ALMEIDA, Gregório Assagra de; CAMBI, Eduardo; MOREIRA, Jairo, Cruz. *Desjudicialização: efetividade na proteção do patrimônio público*. Ministério Público, constituição e acesso à justiça: abordagens institucional, cível, coletiva e penal da atuação do ministério público. Belo Horizonte: Editora D’ Plácido, 2019, p. 800.

¹⁴²Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União. [...] § 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator. BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13140.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. 1. **Prevalece em nosso sistema jurídico o princípio da especialidade, segundo o qual, diante de um eventual conflito aparente entre normas, a lei especial deverá prevalecer** em relação à norma geral. Precedentes: AgRg no REsp 1.359.182/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 10/06/2013; AgRg no Ag 1.327.071/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 08/04/2011. 2. Conforme Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 27, de 30/05/2016, publicado no DOU de 31/05/2016, a MP 703, de 18/12/2015, publicada no DOU de 21/12/2015, teve seu prazo de vigência encerrado no dia 29/05/2016, o que importou no restabelecimento da vigência do art. 17, § 1º, da Lei 8.429/1992, que veda a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa. 3. É inviável o acolhimento do pedido de suspensão do processo, a fim de que sejam buscados os meios de compensação da conduta ímproba praticada, à luz da Lei 13.655/2018, uma vez que deve prevalecer a regra especial contida no art. 17, § 1º, da Lei 8.429/1992. 4. Na forma da jurisprudência do STJ, "tratando-se de ação de improbidade administrativa, cujo interesse público tutelado é de natureza indisponível, o acordo entre a municipalidade (autor) e os particulares (réus) não tem o condão de conduzir à extinção do feito, porque aplicável as disposições da Lei 8.429/1992, normal especial que veda expressamente a possibilidade de transação, acordo ou conciliação nos processos que tramitam sob a sua égide (art. 17, § 1º, da LIA)" (REsp 1.217.554/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 22/08/2013). 5. Tendo o Tribunal de origem firmado a compreensão no sentido de que as nomeações efetuadas pelo ora agravante acarretaram indevido aumento de despesa com pessoal, sem planejamento orçamentário e financeiro - sendo certo que tal conduta tinha por finalidade última prejudicar a gestão de seu sucessor, causando-lhe desgaste político, o que caracteriza desvio de finalidade, eis que sua atuação não visava atender o interesse público, mas interesses pessoais -, a revisão de tais conclusões demandaria novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. 6. O dissídio jurisprudencial não foi comprovado na forma exigida pelos art. 1.029. § 1º, do CPC/15 e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. Com efeito, a parte agravante apontou como paradigma julgado que não guarda similitude fática com a matéria ora apreciada. 7. Agravo interno improvido. (STJ - AgInt no REsp: 1654462 MT 2017/0033118-5, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 07/06/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/06/2018) (grifo nosso)¹⁴³.

Portanto, mesmo com a tentativa de uma medida provisória que não foi convertida em lei e acabou perdendo seus efeitos, mantinha-se a vedação legal. Porém, os Ministérios Públicos estaduais¹⁴⁴ e, posteriormente, o Conselho Nacional do Ministério Público, interpretando as mudanças legislativas e principalmente o confronto da Lei nº 8.429/92 com a constituição, regulou a possibilidade de

¹⁴³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.654.462/MT*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595905178/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1654462-mt-2017-0033118-5>>. Acesso em: 14 mai. 2022.

¹⁴⁴MPES - Resolução COPJ Nº 006/2014, MPAP – Resolução CSMP nº 002/2017, MPPR – Resolução CSMP nº 01/2017, MPMG – Resolução CSMP nº 03/2017, MPPB – Resolução CPJ nº 019/2018, MPMG – Resolução CPJ nº 09/2018, MPRS – Provimento PGJ nº 58/2018, MPTO - Resolução CSMP nº 005/2018, MPMS - Resolução CPJ nº 06/2019, MPRN – Resolução CPJ nº 008/2019, MPMA - Resolução CPMP nº 75/2019, MPRO – Resolução CPJ nº 06/2019 e MPAL – Resolução CPJ nº 11/2019.

realização de termo de ajustamento de conduta nos casos de Improbidade Administrativa.

Veja-se a previsão na resolução nº 179/17, do Conselho Nacional do Ministério Público:

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

§ 2º. É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado (grifo nosso)¹⁴⁵.

A superação se deu antes mesmo da alteração legal pelo termo de ajustamento de conduta, muito pela interpretação da lei em face da constituição federal. Isso porque a Lei de 1992 estava em confronto com o art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que trouxe o princípio da eficiência com a emenda constitucional 19/98 e também com o princípio da duração razoável do processo, incluído pela Emenda nº 45/2004¹⁴⁶, no art. 5º, inciso LXXVIII.

Ou seja, as demandas judiciais relacionadas à LIA (lei de improbidade administrativa) se prologam no tempo devido a sua procedimentalização e ao excesso de ações no judiciário, não se obtendo, assim, uma resposta eficiente e razoável¹⁴⁷.

¹⁴⁵CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>>. Acesso em: 17 mai. 2022.

¹⁴⁶LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Humberto Theodoro Júnior aponta sobre a duração razoável do processo: é de observar que a duração razoável não foi propriamente introduzida em nosso processo pela Emenda Constitucional nº 45. Já havia um consenso de que sempre esteve implícita na garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). Isto porque não se pode recusar à economia processual, em si mesma, a categoria de um dos princípios fundamentais do moderno processo civil, e, assim, a garantia de duração razoável do processo já seria uma garantia fundamental originariamente consagrada pela Constituição de 1988. Com efeito, por força do § 2º de seu art. 5º, os direitos e garantias fundamentais não são apenas os expressos nos diversos incisos daquela declaração, mas incluem, também, “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito fundamental à duração razoável do processo*. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima2/Humberto_Theodoro_Junior.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2022.

¹⁴⁷Sobre tal princípio ensina Maria Sílvia Di Pietro Zanella: A Eficiência apresenta dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação de agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella.

Exemplo disso foi o estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2015, em que apontou a morosidade entre o ingresso da ação até a sentença, em média de 3 (três) anos e meio, sem contar recursos, sendo o trânsito julgado com prazo ainda maior¹⁴⁸.

Portanto, em análise, na vedação ao consenso na lei de improbidade administrativa se identifica como conflito o princípio do interesse público de um lado e, do outro, direito fundamental à duração razoável do processo.

Para solucionar esse conflito, Sarmiento, em preciosa lição, aponta pela preferência aos direitos fundamentais, dando assim mais uma escápula para a realização de acordo nos casos de improbidade administrativa:

Entendemos que, diante de conflitos entre direitos fundamentais e interesses públicos de estatura constitucional, pode-se falar, na linha de Alexy, numa 'precedência prima facie' dos primeiros. Esta precedência implica na atribuição de um peso inicial superior a estes direitos no processo ponderativo, o que significa reconhecer que há um ônus argumentativo maior para que interesses públicos possam eventualmente sobrepujá-los. Assim, o interesse público pode até prevalecer diante do direito fundamental, após um detido exame calcado sobretudo no princípio da proporcionalidade, mas para isso serão necessárias razões mais fortes do que aquelas que permitiriam a 'vitória' do direito fundamental. E tal ideia vincula tanto o legislador – que se realizar ponderações abstratas que negligenciarem esta primazia prima facie dos direitos fundamentais poderá incorrer e inconstitucionalidade – como os aplicadores do Direito – juízes e administradores – quando se depararem com a necessidade de realização de ponderações in concreto¹⁴⁹.

Outro fundamento muito utilizado para a permissibilidade de consenso em direitos considerados indisponíveis na Lei nº 8.429/92 é de que o direito penal, o qual é conhecido como *ultima ratio*, ou seja, a aplicação das sanções criminais, só surge quando as demais áreas do direito não possam atender à proteção do bem disponível/indisponível, e já flexibilizou há tempos o interesse público por meio de transações, suspensões, colaborações premiadas e acordos de não persecução, o que dirá o direito sancionado civil-administrativo que inflige de forma mais branda que o penal.

Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2002, p. 83.

¹⁴⁸CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Coordenação de Luiz Manoel Gomes Júnior. Equipe Gregório Assagra de Almeida et al. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

¹⁴⁹SARMENTO, Daniel. *Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos*. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 313 *apud* GUEDES, Ricardo Catunda N. *Supremacia do interesse público sobre o interesse privado em face dos direitos fundamentais*. Revista Mestrado em Direito. Osasco. Ano 7, nº 1, 2007, p. 286.

Aqui, ressalta-se a doutrina de Didier Jr. e Daniela Santos Bonfim:

A interpretação literal do comando do §1º do art. 17 da Lei nº 8.429/92 levava a uma situação absurda: seria possível negociar sanções tidas como mais graves pelo sistema porque decorrente da prática de crimes (por definição, o ilícito mais reprovável), mas não seria possível negociar no âmbito de uma ação de improbidade administrativa. Além de absurda, a interpretação desse texto ignoraria complementarmente a diferença entre os contextos históricos da promulgação da lei (1992) e de sua aplicação¹⁵⁰.

Diante desse cenário, a doutrina passou a construir, que na verdade, o ajustamento de conduta não se trataria de uma renúncia ao direito indisponível, mas sim, de uma efetivação da proteção à probidade e ao patrimônio público de maneira consensual e, portanto, razoável, aplicando-se não só o ressarcimento ao erário, como também às sanções previstas na própria lei¹⁵¹.

Outro sustentáculo para a possibilidade de realização de acordos nos casos de agentes públicos ou privados e pessoas físicas que praticassem atos de improbidade administrativa é a aplicação do microsistema de tutela do patrimônio público, este que já prevê instrumentos de solução consensual para o mesmo fato ímprobo, porém na área criminal e quando há envolvimento de pessoas jurídicas, o acordo de colaboração premiada da Lei nº 12.850/13 e o acordo de leniência, Lei nº 12.846/13, respetivamente¹⁵².

Assim, diante da existência dos acordos na lei penal e anticorrupção, aplicando-se o microsistema da tutela de proteção ao patrimônio público, seria possível a estipulação do acordo também na Lei nº 8.429/92.

Mais uma vez, utiliza-se do diligente estudo de Diniz e Cambi:

¹⁵⁰DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. *A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa*. Belo Horizonte: A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 17, nº 67, p. 105-120, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.475.

¹⁵¹GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Autocomposição no âmbito do novo CPC e nas ações coletivas*. In: ZANETI JR., Hermes. *Processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 333-360. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 8; coordenador geral Fredie Didier Jr.). Ainda: ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p.980-983.

¹⁵²Lei nº 12.850/13: [...] art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico-processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos. Lei nº 12.846/13: [...] Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: [...] BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

Os óbices que apresentam às transações em matéria de improbidade administrativa, trazidos pelo §1º do art. 17 da Lei nº8.429/92, podem ser superados a partir da interpretação sistemática do microsistema da tutela do patrimônio público, de onde se extraem, inclusive, os instrumentos jurídicos necessários à materialização da composição. Diz-se isto, porque a ordem jurídica nacional conta com o sistema de tutela da probidade da Administração Pública, de forma tal que o mesmo ato de corrupção é capaz de sujeitar o agente público às diferentes sanções advinda do Direito Penal, do Direito Civil e do Direito Administrativo. Assim, a prática de uma mesma conduta ilícita possui repercussões em diferentes esferas de responsabilização¹⁵³.

Corroborando com essa afirmação José dos Santos Carvalho Filho:

A LIA veda expressamente a transação, o acordo e a conciliação(...). O fundamento consiste que, tratando-se de ofensa a 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 informação dos infratores. Nesse sentido o acordo de leniência e da delação (ou colaboração premiada)¹⁵⁴.

Inclusive, tal arrazoado do microsistema da tutela do patrimônio público já era recepcionado e aplicado pela jurisprudência¹⁵⁵.

¹⁵³ALMEIDA, Gregório Assagra de; CAMBI, Eduardo; MOREIRA, Jairo, Cruz. *Desjudicialização: efetividade na proteção do patrimônio público. Ministério Público, constituição e acesso à justiça: abordagem institucional cível, coletiva e penal da atuação do ministério público*. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2019, p. 795.

¹⁵⁴CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p.1191.

¹⁵⁵DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI ANTICORRUPÇÃO. MICROSSISTEMA. ACORDO DE LENIÊNCIA. VÍCIO DE COMPETÊNCIA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DETERMINADA. 1. A Lei nº 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção (LAC) estatuiu sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas de natureza privada pela prática de atos contrários aos interesses do Poder Público e sua administração, tanto nacionais quanto estrangeiras. 2. O Acordo de Leniência pressupõe, como condição de sua admissibilidade, que a pessoa jurídica interessada em fazê-lo manifeste prima facie sua disposição, reconhecendo expressamente a prática do ato lesivo, cessando-o e prestando cooperação com as investigações, além de reparar integralmente o dano causado. 3. O Acordo de Leniência é uma espécie de colaboração premiada em que há abrandamento ou até exclusão de penas, em face da colaboração na apuração das infrações e atos de corrupção, justamente para viabilizar maior celeridade e extensão na quantificação do montante devido pelo infrator, visavis a lesão a que deu causa, ao tempo em que cria mecanismos de responsabilização de co-participantes, cúmplices normalmente impermeáveis aos sistemas clássicos de investigação e, por isso, ocultos. Esse o objetivo da norma e sua razão de ser, tendo por pano de fundo, obviamente, o inafastável interesse público. 4. Enquanto a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) busca, primordialmente, punir o agente público ímprobo, alcançando, eventualmente, o particular, a Lei Anticorrupção (LAC) tem por objetivo punir a pessoa jurídica envolvida em práticas corruptas, podendo também, em sentido inverso, identificar agentes públicos coniventes, levando-os, por consequência, para o campo de incidência da LIA. 5. Não há antinomia abrogante entre os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.249/1992 e o artigo 1º da Lei nº 12.846/2013, pois, naquela, justamente o legislador pátrio objetivou responsabilizar subjetivamente o agente ímprobo, e nesta, o mens legislatoris foi a responsabilização objetiva da pessoa jurídica envolvida nos atos de corrupção. 6. *No entanto, há que se buscar, pela interpretação sistemática dos diplomas legais no microsistema em que inserido, como demonstrado, além de unicidade e coerência, atualidade, ou seja, adequação interpretativa à dinâmica própria do direito, à luz de sua própria evolução*. 7. Por isso, na hipótese de o Poder Público não dispor de elementos que permitam

Há, inclusive, entendimento de que houve uma derrogação tácita da lei de improbidade referente à vedação de acordos diante da alteração na lei anticorrupção¹⁵⁶.

A propósito, já defendemos em tese apresentada e aprovada no XXIII Congresso Nacional do Ministério, no ano de 2019, que a Lei anticorrupção e a lei de improbidade visam o mesmo objetivo, que é a proteção da probidade e do patrimônio público, possibilitando, inclusive, a retroalimentação entre as normas, a fim de possibilitar a indisponibilidade de bens como tutela de evidência também nas medidas da Lei nº 12.846/13¹⁵⁷.

comprovar a responsabilidade da pessoa jurídica por atos de corrupção, o interesse público conduzirá à negociação de acordo de leniência objetivando obter informações sobre a autoria e a materialidade dos atos investigados, permitindo que o Estado prossiga exercendo legitimamente sua pretensão punitiva. 8. *Nem seria coerente que o mesmo sistema jurídico admita, de um lado, a transação na LAC e a impeça, de outro, na LIA, até porque atos de corrupção são, em regra, mais graves que determinados atos de improbidade administrativa, como por exemplo, aqueles que atentem contra princípios, sem lesão ao erário ou enriquecimento ilícito.* 9. Esse o contexto que levou o legislador a prestigiar o acordo de leniência tal como hoje consagrado em lei, quando abrandou ou excluiu sanções à pessoa jurídica que, em troca de auxílio no combate à corrupção, colabora com as investigações e adota programas de compliance e não reincidência na prática de atos corruptivos, desde que confirmada a validade do acordo de leniência. 10. A autoridade competente para firmar o acordo de leniência, no âmbito do Poder Executivo Federal é a Controladoria Geral da União (CGU). 11. Não há impedimentos para que haja a participação de outros órgãos da administração pública federal no acordo de leniência como a Advocacia Geral da União, o Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas da União, havendo, portanto, a necessidade de uma atuação harmônica e cooperativa desses referidos entes públicos. 12. O acordo de leniência firmado pelo Grupo Odebrecht no âmbito administrativo necessita ser re-ratificado pelo ente competente, com participação dos demais entes, levando-se em conta o ressarcimento ao erário e a multa, sob pena de não ensejar efeitos jurídicos válidos. 13. *Enquanto não houver a re-ratificação do acordo de leniência, a empresa deverá permanecer na ação de improbidade, persistindo o interesse no bloqueio dos bens, não porque o MP não pode transacionar sobre as penas, mas porque o referido acordo possui vícios que precisam ser sanados para que resulte íntegra sua validade, gerando os efeitos previstos naquele ato negocial.* 14. Provido o agravo de instrumento para determinar a indisponibilidade de bens das empresas pertencentes ao Grupo Odebrecht. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000*. Disponível em: <[https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/824331946/agravo-de-instrumento-ag-50239726620174040000-5023972-6620174040000/inteiro-teor-824331996?ref=feed](https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/824331946/agravo-de-instrumento-ag-50239726620174040000-5023972-6620174040000/inteiro-teor-824331996?ref=feed)>. Acesso em: 14 mai. 2022.

¹⁵⁶BEDÊ JUNIOR, Américo; BRENDA, Lara Carvalho. *O Acordo de Leniência e a derrogação tácita da vedação para realização de Acordo no âmbito da improbidade administrativa*. Revista de Processo, São Paulo: Ed. RT, v. 314, p. 249-282, abr. 2021.

¹⁵⁷Especificamente, quanto à indisponibilidade de bens, entende-se possível a aplicação do *periculum in mora* presumido, de igual maneira já sedimentado para a Lei de Improbidade Administrativa. Isso porque, como dito acima, tanto a Lei de Improbidade quanto a Lei Anticorrupção visam à proteção do Patrimônio Público. Os fundamentos da jurisprudência relativa ao *periculum in mora* presumido para a Lei de Improbidade, encontram-se primeiramente na previsão constitucional constante no artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal, e no Art.7º da Lei de Improbidade Administrativa, sendo o perigo da demora implícito aos normativos, constitucional e infraconstitucional. Segundo, o artigo 7º da LIA se trataria de uma tutela de evidência, portanto reclamaria apenas a demonstração provisória do *fumus boni iuris*, sem a necessidade de comprovação do *periculum in mora*, qual seja, de que o réu esteja dilapidando o patrimônio ou na iminência de fazê-lo. Por fim, o propósito da tutela a ser alcançada pela ação de improbidade administrativa é a proteção ao erário, sendo suficiente a probabilidade do direito, pois exigir comprovação de concreta dilapidação patrimonial retiraria os efeitos práticos do mandamento constitucional (PEREIRA, Rafael. *A efetividade da responsabilização da pessoa jurídica por atos lesivos contra a Administração Pública*. Anais do 23º Congresso Nacional

Ultrapassado as premissas da possibilidade de solução consensual na área do patrimônio público e da viabilidade da realização do termo de ajustamento de conduta como instrumento, em dezembro de 2019 foi criado, por meio da Lei nº 13.869/19, conhecida como pacote anticrime, o acordo de não persecução cível, revogando o então §1º do art. 17, da Lei nº 8.429/92, que vedava transação e acordo¹⁵⁸, e agora, a Lei nº 14.230/21, que realizou uma profunda alteração na lei de improbidade administrativa, revogou o §1º trazido pelo pacote anticrime e regulou, de maneira definitiva na legislação, o acordo de não persecução civil no seu art. 17-B.

Por fim, neste ponto, ressalta-se a perspectiva acadêmica e científica do professor Elton Venturi¹⁵⁹, que há tempos defende a possibilidade de transação em acordos coletivos, a qual será abordada em item próprio, buscado relacionar com discussão sobre os limites desse consenso em especial de renúncia ou transação dos direitos materiais, aliado à natureza jurídica do acordo e à legitimidade ativa.

3.2 Do Acordo de Não Persecução Civil

A prática consensual da administração pública, com o tempo, passou a contar com significativos fundamentos jurídicos que a amparam, além de ser compatível com o ordenamento jurídico-administrativo e cumprir as obrigações impostas pela Constituição Federal, recentemente também alcançou a tutela do patrimônio público ao prever o acordo de não persecução civil¹⁶⁰.

do Ministério Público. Ministério Público e a defesa dos direitos fundamentais: foco na efetividade. Goiânia, 2019). Nessas perspectivas, analisando-se a proteção buscada por ambas às Leis, Improbidade e Anticorrupção, bem como que a redação da Lei Anticorrupção no art.19,§4º, assemelha-se a previsão constitucional e da Lei nº 8.429/92, inclusive indo na linha da jurisprudência e acrescentando na norma a possibilidade de indisponibilidade de bens para garantir o pagamento da multa, é que se entende possível a indisponibilidade baseada em tutela de evidência nos moldes da Lei de Improbidade.

¹⁵⁸A nova lei alterou diversos dispositivos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41), além de outras leis, como a Lei De Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), Lei nº 11.343/06, Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13), causando um grande impacto na persecução penal processual. Contudo, o projeto também trouxe alterações na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), tendo a redação final sofrendo alguns vetos, porém na lei em vigor estabeleceu a figura do Acordo de Não Persecução Cível, alterando o artigo 17 da Lei de Improbidade: “art. 17. [...] § 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de Acordo de Não Persecução Cível, nos termos desta Lei. BRASIL. *Lei nº 13.964/19, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm>. Acesso em: 10 jan. 2023.

¹⁵⁹VENTURI, Elton. *Transação de Direitos Indisponíveis*. Revista de Processo. Vol. 251/2016, p. 391 – 426. Jan. 2016

¹⁶⁰LIMA, Diogo de Araújo; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Acordo de não persecução cível [livro eletrônico]: aspectos teóricos e práticos com as alterações da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de*

Toda a construção do ordenamento para possibilitar o consenso resultou na previsão da Lei nº 8.429/92 do acordo de não persecução civil. Porém, ao mesmo tempo em que trouxe inovação, também trouxe questionamentos referentes à sua aplicação e natureza.

A seguir, será apresentado o referido acordo da sua evolução legal, natureza jurídica, legitimidade e requisitos para, então, posteriormente, discutir se há limites ao acordo ou se a norma contemporânea é aberta a todo o consenso.

3.2.1 Da Evolução Legal

Uma das grandes novidades legislativas no ano de 2020 foi a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19, que surgiu da aprovação do projeto de lei conhecido como pacote anticrime, o qual, dentre as diversas alterações no campo penal e processual penal, também alterou a lei de improbidade administrativa.

A alteração na Lei nº 8.429/92 foi a tão esperada revogação do antigo § 1º, do art. 17, possibilitando a realização de acordo de não persecução, agora com a terminologia civil nas ações de improbidade.

No dia 24 de dezembro de 2019, foi sancionada a Lei nº 13.964/19, a qual entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, proveniente de um projeto de lei PL nº 882/2019 do Governo, denominado de pacote anticrime, originalmente proposto no Senado Federal, posteriormente apensado ao PL nº 10.372/2018, da Câmara dos Deputados¹⁶¹.

A nova lei alterou diversos dispositivos do Código Penal (decreto-lei nº 2.848/40), do Código de Processo Penal (decreto-lei nº 3.689/41), além de outras leis, como a lei de execuções penais (Lei nº 7.210/84), Lei nº 11.343/06, lei das organizações criminosas (Lei nº 12.850/13), causando um grande impacto na persecução penal processual.

Contudo, o projeto também trouxe alterações na lei de improbidade administrativa, Lei nº 8.429/92, tendo a redação final sofrendo alguns vetos. Porém, a lei em vigor estabeleceu a figura do acordo de não persecução civil, alterando o art.17 da lei de improbidade: art. 17: [...] § 1º: “As ações de que trata este artigo

2021. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. 6 Mb; ePub.

¹⁶¹BRASIL. *Projeto de Lei nº 882, de 2019*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>>. Acesso em: 14 mai. 2022.

admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta lei. (redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)”¹⁶².

A outra alteração prevista e sancionada sem vetos na Lei nº 8.429/92 foi a inclusão do § 10-A, também no art. 17, tratando da possibilidade de interromper o prazo da contestação, no caso de consenso entre as partes: § 10-A: “Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias. (incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)”¹⁶³.

Tal previsão legal do acordo de não persecução civil pela Lei nº 13.964/19, a qual ficou conhecida como *pacote anticrime*, inclui, dentre as suas alterações, a LIA, onde as sanções possuem natureza cível¹⁶⁴, devido às justificativas centrais do pacote, entre elas, um especial combate à corrupção, sendo a lei de improbidade uma importante ferramenta neste quesito.

O projeto de lei inicialmente proposto pelo Executivo, pelo ministro Sérgio Fernando Moro (PL nº 882/2019), tinha apenas uma proposição de alteração na Lei nº 8.429/92, justamente a alteração no parágrafo único do art. 17¹⁶⁵.

A justificativa no projeto inicial PL nº 882/2019, apresentado no Senado:

A primeira e essencial observação é a de que este projeto tem por meta estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Ele enfrenta os três aspectos, corrupção, organizações criminosas e crimes com violência, porque eles são

¹⁶²BRASIL. *Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

¹⁶³BRASIL. *Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

¹⁶⁴Segundo José dos Santos Carvalho Filho: As sanções da Lei de Improbidade são de natureza extrapenal e, portanto, têm caráter de sanção civil. Esse é um ponto sobre o qual concordam praticamente todos os especialistas. Assim, o legislador deveria ter evitado o título “Das Penas” atribuído ao Capítulo III da lei, o que poderia dar a falsa impressão de tratar-se de penalidades inerentes à prática de crimes. Não obstante, adiante-se que, em situações específicas, a serem mencionadas adiante, algumas sanções têm sofrido restrição em sua aplicação por terem inegável conteúdo penal. O fato, porém, não lhes retira a natureza civil de que se revestem (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1213).

¹⁶⁵A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 17. [...] § 1º A transação, o acordo ou a conciliação nas ações de que trata este artigo poderão ser celebradas por meio de acordo de colaboração ou de leniência, de termo de ajustamento de conduta ou de termo de cessação de conduta, com aplicação, no que couber, das regras previstas na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. BRASIL. *Projeto de Lei nº 882, de 2019*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>>. Acesso em: 14 mai. 2022.

interligados e interdependentes. Portanto, de nada adiantaria enfrentar um deles sem que os outros fossem objeto de idênticas medidas¹⁶⁶.

Como se nota, a redação é bem diferente da sancionada na época, não mencionando a terminologia acordo de não persecução civil. Na redação, a alteração possibilitaria a transação, o acordo e a conciliação, três formas diversas de soluções consensuais na área do patrimônio público.

Apontava-se, ainda, como se daria a formalização do consenso, podendo ser por acordo de colaboração, utilizado pela Lei nº 12.850/13¹⁶⁷, lei que dispõe sobre organizações criminosas; o termo de ajustamento de conduta, previsto na lei da ação civil pública¹⁶⁸ e já regulamentado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da resolução nº 179/2017/CNMP¹⁶⁹; pelo acordo de leniência previsto na lei anticorrupção, Lei nº 12.846/13; além de termo de cessação de conduta, aplicando-se de maneira subsidiária justamente às leis da organização criminosa e anticorrupção.

A alteração trazia a ideia de uma regra de aplicação geral sobre a possibilidade de consensualização na lei de improbidade administrativa, devendo-se utilizar dos instrumentos já disponíveis como, por exemplo, o termo de ajustamento

¹⁶⁶BRASIL. *Projeto de Lei nº 882, de 2019*. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>>. Acesso em: 14 mai. 2022.

¹⁶⁷Acordo de Colaboração Premiada prevista no art.3º, I, e seguintes da Lei nº 12.850/13, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. BRASIL. *Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

¹⁶⁸Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: [...] § 6º 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 (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990). BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20prote%C3%A7%C3%A3o%20do%20consumidor%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.&text=Art.,Art>. Acesso em: 10 jan. 2023.

¹⁶⁹Previsão expressa autorizando o Termo de Ajustamento de Conduta em casos de Improbidade Administrativa elaborado pelo Ministério Público, Resolução nº 179/2017/CNMP: Art. 1º O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbida ao Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração. [...] § 2º É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>>. Acesso em: 17 mai. 2022.

de conduta, sendo que, ao mesmo tempo, possibilitaria a criação de um acordo nos moldes da colaboração premiada na área criminal, já que a proposta falava da possibilidade nas ações, portanto de âmbito judicial.

As justificativas apresentadas ao projeto:

A lei ora sob exame dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional. O que ora se propõe é a substituição do § 1º do art. 17, que proíbe a transação, acordo ou conciliação nas ações de sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público, por outro que permita estas diversas formas de acordo. A vedação não faz mais sentido, face à previsão do acordo de colaboração no crime e do acordo de leniência na Lei no 12.846, de 1º de agosto de 2013¹⁷⁰.

Assim, caso tivesse sido aprovada a redação nestes moldes, não teria ocorrido dúvida quanto à legitimidade para conciliação, já que o antigo *caput* do art.17, da Lei nº 8.429/92, trazia que a legitimidade ativa seria tanto do Ministério Público quanto da pessoa jurídica interessada¹⁷¹, não haveria outro artigo colocando apenas o Ministério Público como legitimado a celebrar o acordo de não persecução civil, como ocorreu posteriormente¹⁷².

Do mesmo modo, quanto aos parâmetros e à formalização para eventual acordo civil nas ações de improbidade, a lei era expressa, trazendo a subsidiariedade das demais normas de negócios consensuais na área criminal e de patrimônio público, leis da organização criminosa e anticorrupção, por óbvio podendo-se continuar a utilizar do termo de ajustamento de conduta, só que agora com o respaldo da previsão legal.

No entanto, durante o trâmite do processo legislativo, o projeto de Lei nº 882/2019 foi apensado ao projeto de Lei nº 10.732/2018¹⁷³, o qual possuía redação

¹⁷⁰BRASIL. *Projeto de Lei nº 882, de 2019*. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>>. Acesso em: 14 mai. 2022.

¹⁷¹Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. BRASIL. *Lei nº 8.429/92, de 2 de junho de 1992*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 10 jan. 2023.

¹⁷²Isso ocorreu na redação do Art.17-A (vetado): “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: (...)”. BRASIL. *Lei nº 14.230/21, de 25 de outubro de 2021*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm.2021>. Acesso em: 10 jan. 2023.

¹⁷³Tal projeto de lei teve participação do Ministro Alexandre de Moraes como presidente da comissão de notáveis. BRASIL. *Projeto de Lei nº 10372, de 2018*. Disponível em:

próxima do último proposto. Porém, entre as diferenças estava que não havia antes, no considerado pacote anticrime, a previsão de alteração da lei de improbidade.

Após, houve um relatório do grupo de trabalho destinado a debater as mudanças promovidas pelos projetos referidos, o qual manteve a redação do § 1º da lei de improbidade administrativa (LIA), proposta pelo Executivo, justificando que a possibilidade de acordo na Lei nº 8.429/92 era almejada há tempos pelo Ministério Público. Inclusive, fazia parte de uma antiga proposta das 10 medidas contra a corrupção¹⁷⁴.

Contudo, no plenário, foi apresentado um substitutivo com alterações submetidas à votação, tendo este sido aprovado na câmara e passado a constar na redação explícita quanto ao acordo de não persecução cível, no § 1º, além da inclusão do § 10-A, ambos do art. 17, da LIA, ambos sancionados, conforme apontado acima.

Importante ressaltar que a nomenclatura para o acordo de não persecução cível foi sugerida pelo professor Emerson Garcia¹⁷⁵, o qual explica o porquê do nome e sua finalidade no projeto discutido:

Como membro da comissão, fui o autor da proposta do denominado “acordo de não persecução cível”. A designação que atribuí ao instituto encontrou inspiração no acordo de não persecução penal, que fora inserido na ordem jurídica brasileira, pouco menos de um ano antes, pelo Conselho Nacional do Ministério Público (Resolução nº 181/2017). Não o denominei de “acordo de não persecução administrativa” por estarmos no âmbito do direito sancionador cível, não na esfera do direito sancionador administrativo. A proposta inicialmente apresentada à Comissão somente previa o seu uso como instrumento da consensualidade de colaboração, na qual o agente deve oferecer algo ao Poder Público para que o ajuste seja celebrado (v.g.: informações sobre os demais autores do ilícito), o que logo evoluiu para abranger, igualmente, a consensualidade de pura reprimenda, na qual não há essa exigência¹⁷⁵.

Embora tenha a redação dos projetos sido aprovada no âmbito legislativo, conforme descrito acima, o poder executivo vetou todo, na época, o futuro art. 17-A, da LIA, apresentando as seguintes justificativas:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>>. Acesso em: 14 mai. 2022.

¹⁷⁴BRASIL. *Projeto de Lei nº 10372, de 2018*. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>>. Acesso em: 14 mai. 2022.

¹⁷⁵ GARCIA, Emerson. *Acordo de Não Persecução Cível: a negativa de celebração é suscetível de revisão?* Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 83, Rio de Janeiro. Jan./mar. 2022.

§ 2º do art. 17-A da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, alterado pelo art. 6º do projeto de lei:

Razões do veto

“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.”

Caput e §§ 1º, 3º, 4º e 5º do art. 17-A da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, alterados pelo art. 6º 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”¹⁷⁶.

Portanto, com os vetos ao art.17-A, mantiveram-se apenas o § 1º e o § 10-A do art.17, da lei de Improbidade.

Mesmo com a aprovação, havia o projeto de Lei PL 3.359/2019¹⁷⁷ no Senado, de autoria do Senador Flávio Arns, que visava alterar a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (lei de improbidade administrativa) para conferir maior celeridade, eficiência e efetividade ao processo de improbidade administrativa.

Também se encontrava em andamento o projeto de Lei nº 10.887/2018, da Câmara dos Deputados, e o projeto de Lei nº 2.505/2021, do Senado Federal, que visavam alterar diversos dispositivos da lei de improbidade administrativa. Tais projetos foram aprovados, sancionados e convertidos na Lei nº 14.230/21, a qual alterou diversos dispositivos da lei de improbidade administrativa, Lei nº 8.429/92, entre eles, a previsão detalhada do acordo de não persecução civil, revogando o § 1º trazido pelo pacote anticrime, cuidando agora do acordo de não persecução civil no art. 17-B, que veremos a seguir.

Tais alterações alcançaram tanto o aspecto material da improbidade administrativa, como o elemento anímico com a eliminação da conduta culposa;

¹⁷⁶BRASIL. *Projeto de Lei nº 10887, de 2018*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>>. Acesso em: 14 jun. 2022.

¹⁷⁷BRASIL. *Projeto de Lei nº 3.359, de 2019*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7962106&ts=1594034914885&disposition=inline>>. Acesso em: 14 jun. 2022.

revogação e criação de novos tipos ímprobos, determinando um rol taxativo do art. 11 da lei; violação de princípios; a descrição do nepotismo ato ímprobo; ainda no direito material, alterou significativamente o instituto da prescrição, trazendo hipótese de contagem intercorrente; e também no aspecto processual, como procedimento, eliminando o juízo de prelibação.

Em relação ao acordo de não persecução civil, a Lei nº 14.230/21 alterou significativamente, revogando as disposições anteriores e concentrando todo o dispositivo em um só artigo, art. 17-B: “O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados: (...)”.

Aqui, observa-se que o legislador optou por mudar a terminologia de acordo de não persecução cível para acordo de não persecução civil. Embora tenha ocorrido a mudança, não há, no projeto ou nos debates para alteração da lei, uma justificativa legislativa quanto a este ponto.

Pode-se extrair a ideia trabalhada pelo legislador de se afastar a ação de improbidade de outras ações ou outros ramos, como, por exemplo, quando menciona no art. 17-D¹⁷⁸ que a ação da Lei nº 8.429/92 é repressiva e de caráter sancionatório, não se constituindo em outra ação coletiva.

Isso porque a doutrina gramatical jurídica aponta que a expressão civil é mais restrita do que a cível, buscando delimitar o âmbito de aplicação e distanciar do direito do trabalho, comercial e penal, por exemplo¹⁷⁹.

3.2.2 Da Legitimidade Ativa

Em relação à legitimidade ativa para realização do acordo esta será tanto do Ministério Público quanto da pessoa jurídica interessada, diante das ações declaratórias de inconstitucionalidades (ADIS) 7.042 e 7.043.

¹⁷⁸Art. 17-D: 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 (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021). BRASIL. *Lei nº 14.230/21, de 25 de outubro de 2021*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm.2021>. Acesso em: 10 jan. 2023.

¹⁷⁹HENRIQUES, Antônio. *Prática da Linguagem Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 33.

Antes das alterações trazidas pela Lei nº 14.230/20, conforme apontado acima, o acordo de não persecução civil poderia ser proposto tanto pelo Ministério Público quanto pela pessoa jurídica interessada, isso porque a redação anterior não dispunha de regra específica e detalhada quanto à legitimidade para o acordo, apenas fazendo referência à possibilidade logo após a previsão da legitimidade para ação, na qual constavam justamente o Ministério Público e o ente prejudicado.

A nova redação trouxe inicialmente que a legitimidade seria exclusiva do Ministério Público, tanto para propor eventual ação por ato de improbidade, como também para elaborar o acordo de não persecução civil, arts. 17, *caput* e 17-B, da Lei nº 8.429/92¹⁸⁰.

No entanto, conforme mencionado, o Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente as ADIS nº 7.042 e 7.043, formuladas pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (Anape) e pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (Anafe), conformando interpretação sem redução de texto afirmando que os entes públicos que tenham sofrido prejuízos em razão de atos de improbidade também estão autorizados a propor ação de improbidade e a celebrar acordos de não persecução civil em relação a esses atos. Sendo assim, agora se tem a legitimidade tanto do Ministério Público quanto do ente lesado.

Inicialmente, quanto à legitimidade do Ministério Público, o constituinte originário de 1988 estabeleceu a este uma autonomia constitucional, realocando-o como órgão com exercício de parcela da soberania, distanciando-o do executivo, legislativo e judiciário, ao lhe conferir funções importantes de estado, como defesa do regime democrático e também de defesa de direitos difusos e coletivos, além da exclusividade da titularidade da ação penal pública¹⁸¹.

Ao Ministério Público, foi atribuída a tarefa de não só fiscalizar a ordem jurídica e zelar pelos direitos e garantias individuais e coletivas, mas também, a possibilidade de perseguir a responsabilização pelo descumprimento desses direitos.

¹⁸⁰ Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei.(...) Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados: (...).BRASIL. *Lei nº 8.429/92, de 2 de junho de 1992*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 10 jan. 2023.

¹⁸¹ KERCHE, Fábio. *Autonomia e discricionariedade do Ministério Público no Brasil*. Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 50, nº 2, p. 259-279, 2007. Disponível em: <<http://dados.iesp.uerj.br/artigos/?id=763>>. Acesso em: 14 jun. 2022.

De acordo com Fábio Kerche, “tal previsão conduz ao reconhecimento de que somente os clássicos instrumentos dos *checks and balances*, limitando poderes de Estado, seriam suficientes para ensejar a devida punição”¹⁸².

Ao lado das funções institucionais com leque novo e ampliado, um órgão com atribuições de responsabilizar agentes políticos de estado, o constituinte se preocupou em acobertar a atuação com a previsão de prerrogativas e garantias funcionais para promotores e procuradores tão abrangentes quanto aquelas encontradas no Judiciário. Aqui, refere-se à independência funcional, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimento, no intuito, justamente, de dar concretização às funções determinadas constitucionalmente, em especial o da legitimidade pela busca de aplicação do direito sancionador¹⁸³.

O novo desenho institucional do Ministério Público com inúmeras funções, sem comparações em instituições semelhantes em outros países, fez surgir o direcionamento do órgão ministerial com seu poder de agenda em determinados momentos históricos, que vão desde o conhecimento dos novos institutos disponíveis até a análise da atuação de outras instituições, também com legitimidade na atuação de direitos difusos e coletivos, por exemplo¹⁸⁴.

Leciona Ribeiro que, “entre as definições de agenda do Ministério Público pós 88, teve grande destaque a área de combate à corrupção, inclusive com reconhecimento pelos próprios integrantes do órgão como sendo uma área prioritária”¹⁸⁵.

¹⁸²KERCHE, Fábio. *Autonomia e discricionariedade do Ministério Público no Brasil*. Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 50, nº 2, p. 259-279, 2007. Disponível em: <<http://dados.iesp.uerj.br/artigos/?id=763>>. Acesso em: 14 jun. 2022.

¹⁸³ARANTES, Rogério Bastos. *Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 14, nº 39, p. 83-102, 1999. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/8jDHGNxzhXGZ5RJbmBcW3Jm/?lang=pt&format=pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2022.

¹⁸⁴LAMENHA, Bruno; LIMA, Flávia Santiago. *Quem defenderá a sociedade? Trajetórias e competição institucional em torno da tutela coletiva entre ministério público e defensoria no pós-1988*. Espaço Jurídico Journal of Law, Pernambuco, vol. 22, nº 1, p. 73-104, 2021. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/26652>>. Acesso em: 14 jun. 2022.

¹⁸⁵Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro apresenta pesquisa sobre as novas funções do Ministério Público, resultantes de uma pesquisa realizada pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC) com promotores e procuradores de justiça entre fevereiro de 2015 e fevereiro de 2016. A categoria mais mencionada pelos respondentes foi o combate à corrupção (67%), o que pode ser decorrente do próprio momento político vivido pelo país, com a visibilidade da Operação Lava Jato, que segundo o site do MPF é “a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve”. RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. *O papel do Ministério Público na efetivação de políticas públicas*. Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC), 2016.

Diante deste cenário do papel do Ministério Público no combate à corrupção e da sua atuação na proteção do patrimônio público, indiscutível que também lhe seja atribuída a legitimidade para solução consensual.

A defesa do Ministério Público como legitimado da ação da improbidade está atrelada, também, à titularidade da ação penal, pois ostenta boas condições para perquirir a análise custos vs. Benefício subjacente à celebração de transação em improbidade e de acordo de leniência¹⁸⁶.

Já na própria tutela coletiva, o Ministério Público, principalmente com a lei da ação civil pública, Lei nº 7.347/85, foi emerso como principal, mas não único legitimado na defesa da tutela coletiva, para muitos atuando como legitimado extraordinário¹⁸⁷.

Sempre que participa num processo cível, o Ministério Público atua ora como parte, fazendo às vezes de titular do direito defendido por legitimação extraordinária, ora como órgão interveniente, por legitimação ordinária¹⁸⁸, na condição de fiscal da ordem jurídica. A legitimidade extraordinária somente pode ser aplicada quando a lei autorizar expressamente.

Diante disso, quando o *Parquet* atua com base na Lei nº 8.429/92 (lei de improbidade administrativa), ele está buscando defender interesses difusos e coletivos, com o fito de ver protegidos não interesses próprios, mas de toda a coletividade. Irá figurar, então, no polo ativo da relação processual, com base na substituição processual ou legitimação extraordinária, expressamente conferida por lei específica, ou seja, a lei de improbidade administrativa¹⁸⁹.

A legitimidade extraordinária ou substituição processual não coloca o titular do direito material (coletividade) para o exercício judicial da pretensão. Ou seja, o

¹⁸⁶BITTENCOURT, Mudrovitsch; PUPE DA NÓBREGA, G. *Improbidade Administrativa e Transação*. Revista De Direito e Atualidades, 2021. Disponível em:

<<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/rda/article/view/5230>>. Acessado em: 20 dez. 2022.

¹⁸⁷BITTENCOURT, Mudrovitsch; PUPE DA NÓBREGA, G. *Improbidade Administrativa e Transação*. Revista De Direito e Atualidades, 2021. Disponível em:

<<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/rda/article/view/5230>>. Acessado em: 20 dez. 2022.

¹⁸⁸“Legitimação é a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e a situação legitimamente prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretenda assumir. Diz-se que determinado processo se constitui entre partes legítimas quando as situações jurídicas das partes, sempre consideradas in statu assertionis – isto é, independentemente da sua efetiva ocorrência, que só no curso do próprio processo se apurará -, coincidem com as respectivas situações legitimantes.” MOREIRA, Barbosa. *Ensaios e pareceres de direito processual civil – Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 59.

¹⁸⁹BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. *O Ministério Público e o Combate à Improbidade Administrativa*. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza – CE. Jun. 2010.

legitimado extraordinário age em nome de terceiro, no caso da improbidade coletiva na defesa do patrimônio público e da probidade administrativa.

Essa posição de legitimidade extraordinária é defendida por Hugo Nigro Mazzilli¹⁹⁰, saudoso Teori Albino Zavascki¹⁹¹ e Cássio Scarpinella Bueno¹⁹², justamente porque o direito discutido em juízo não pertence diretamente aos entes legitimados, mas sim, aos seus titulares.

Há, ainda, a posição de que não se trata de legitimidade extraordinária, mas sim, de uma espécie de legitimação coletiva devido à própria natureza da ação coletiva com efeitos e, principalmente, à proteção diversa de qualquer outra ação individual¹⁹³.

Por derradeiro, quanto à legitimidade do Ministério Público na tutela coletiva, há a posição de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁹⁴:

A figura da substituição processual pertence exclusivamente ao direito singular, e, no âmbito processual, ao direito processual civil individual. Só tem sentido falar-se em substituição processual diante da discussão sobre um direito subjetivo (singular), objeto da substituição: o substituto substitui pessoa determinada, defendendo em seu nome o direito alheio do substituído. Os direitos difusos e coletivos não podem ser regidos pelo mesmo sistema, justamente porque têm como característica a não individualidade. Não se pode substituir coletividade ou pessoas indeterminadas. O fenômeno é outro, próprio do direito processual coletivo. (...) Por essa legitimação autônoma para condução do processo, o legislador, independentemente do conteúdo do direito material a ser discutido em juízo, legitima pessoa, órgão ou entidade a conduzir o processo judicial no qual se pretende proteger o direito difuso ou coletivo¹⁹⁴.

Esta última posição mescla as duas anteriores, mencionando que, quando se trata de direito individual homogêneo, o caso seria de legitimação extraordinária, e quando se trata de direitos difusos e coletivos em decorrência da natureza do próprio direito, seria legitimação coletiva autônoma no caso de improbidade, esta última inserida nos direitos difusos.

¹⁹⁰MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 28ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

¹⁹¹ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁹²BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual público, direito processual coletivo* – Vol. II, tomo III. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁹³GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. 2ª ed., São Paulo: SRS, 2008, p. 84-85.

¹⁹⁴NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 14ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 230-231.

Embora ainda não se tenha divulgado o voto, na sessão em vídeo¹⁹⁵, o Supremo Tribunal Federal decidiu, nas ações de controle de constitucionalidade nº 7.042 e 7.043, que os entes públicos que sofreram prejuízos em razão de atos de improbidade também estão autorizados, de forma concorrente com o Ministério Público (MP), a propor ação e a celebrar acordos de não persecução civil em relação a esses atos.

Nos votos, os ministros apontaram que a CF/1988 prevê, de modo expresso, a privatividade da legitimidade do MP apenas para a propositura da ação penal pública, eis que afasta tal característica com relação às ações de natureza cível, não impedindo, para as mesmas hipóteses elencadas, a legitimação de terceiros.

Foi possível identificar, no voto condutor e também nas divergências, assim como no parecer da procuradoria-geral da república, que o Ministério Público possui uma legitimidade extraordinária em relação à persecução por atos de improbidade. Porém, não houve aprofundamento a fim de elucidar ou diferenciar da legitimação coletiva, por exemplo.

Apontou-se, no julgamento das referidas ADIS, que nas ações de improbidade administrativa a atuação do MP é extraordinária na defesa do patrimônio público em sentido amplo. Já a atuação da pessoa jurídica lesada - que foi quem sofreu os efeitos gravosos dos atos ímprobos - é ordinária, pois objetiva a proteção, em seu próprio nome, daquilo que lhe é inerente: seu patrimônio¹⁹⁶.

Há tempos, o Supremo vem decidindo que o Ministério Público terá legitimação extraordinária tanto para propor a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, como também, para ofertar o acordo de não persecução civil:

CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CF. Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, conseqüentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei nº 8.429/92).

¹⁹⁵PODER 360. *Ao vivo: STF julga exclusividade do MP em ações de improbidade*. YouTube, 24 ago. 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=IUM391_je1A>. Acesso em: 21 dez. 2022.

¹⁹⁶SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Informativo Supremo Tribunal Federal - STF*. nº 1, 1995. Brasília: STF, 1995. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=informativoSTF:2675-8210>>. Acesso em: 21 dez. 2022.

Recurso não conhecido (RE 208790, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2000).

(...) O Ministério Público detém legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública intentada com o fito de obter condenação de agente público ao ressarcimento de alegados prejuízos que sua atuação teria causado ao erário (RE 225777, Relator(a): Min. EROS GRAU, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2011).

(...) O *parquet*, ao ajuizar ação coletiva para a tutela do Erário, não age como representante da entidade pública, e sim como substituto processual de uma coletividade indeterminada, é dizer, a sociedade como um todo, titular do direito à boa administração do patrimônio público, da mesma forma que qualquer cidadão também poderia fazê-lo por meio de ação popular (art. 5º, LXXIII, da CRFB) (STF - RE: 409356 RO, Relator: LUIZ FUX, Data de Julgamento: 25/10/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 29/07/2020).

Superada a legitimidade do Ministério Público para o acordo de não persecução civil, passa-se a pessoa jurídica interessada/lesada, a qual, conforme apontado, não está explícita na Lei nº 8.429/92. A Lei nº 14.230/92, inclusive, retirou a legitimidade da pessoa jurídica anteriormente prevista tanto para ação quanto para o Acordo.

Porém, o STF reconheceu, em controle concentrado, a legitimidade também para a pessoa jurídica, mencionando se tratar de legitimação ordinária.

A pessoa jurídica interessada é aquela já trazida pela própria lei como sujeito passivo do ato de improbidade administrativa, indispensável aqui a transcrição:

Art.1º(...)

§ 5º Os atos de improbidade violam a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções e a integridade do patrimônio público e social dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da administração direta e indireta, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§ 6º Estão sujeitos às sanções desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais, previstos no § 5º deste artigo.

§ 7º Independentemente de integrar a administração indireta, estão sujeitos às sanções desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual, limitado o ressarcimento de prejuízos, nesse caso, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos¹⁹⁷.

Vê-se que a pessoa jurídica interessada poderá ser tanto de direito público da administração direta e indireta, como também de direito privado, desde que

¹⁹⁷BRASIL. *Lei nº 8.429/92, de 2 de junho de 1992*. Brasília, DF. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 10 jan. 2023.