

# Revista SÍNTESE

## Direito Administrativo

141 – Setembro/2017

Edição Especial – Lei de Improbidade Administrativa

### Conselho Editorial

Alexandre de Moraes  
Carlos Ari Sunfeld  
Fernando Dantas Casillo Gonçalves  
Ivan Barbosa Rigolin  
Ives Gandra da Silva Martins  
Kiyoshi Harada  
Maria Garcia  
Maria Sylvia Zanella Di Pietro  
Misabel de Abreu Machado Derzi  
Odete Medauar  
Sidney Bittencourt  
Toshio Mukai

sage

SÍNTESE

# Revista SÍNTESE

## Direito Administrativo

ANO XII — Nº 141 — SETEMBRO 2017

EDIÇÃO ESPECIAL — “25 ANOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA”

### REPOSITÓRIO AUTORIZADO DE JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Regional Federal da 1ª Região – 610-2  
Tribunal Regional Federal da 2ª Região – 1999.02.01.057040-0  
Tribunal Regional Federal da 3ª Região – 18/2010  
Tribunal Regional Federal da 4ª Região – 07/0042596-9  
Tribunal Regional Federal da 5ª Região – 10/07

### DIRETOR EXECUTIVO

Elton José Donato

### GERENTE EDITORIAL

Milena Sanches T. dos Santos

### COORDENADOR EDITORIAL

Cristiano Basaglia

### EDITORA

Patrícia Rosa da Costa Ruiz

### CONSELHO EDITORIAL

Alexandre de Moraes, Carlos Ari Sunfeld, Fernando Dantas Casillo Gonçalves,  
Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Kiyoshi Harada, Maria Garcia,  
Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Misabel de Abreu Machado Derzi,  
Odete Medauar, Sidney Bittencourt, Toshio Mukai

### COMITÊ TÉCNICO

Elisson Pereira da Costa, Elói Martins Senhoras, Hélio Rios Ferreira, Luís Rodolfo Cruz e Creuz

### COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Alessandro Dantas Coutinho, Ana Tereza Basílio, Andre Uryn, Andreza Fernandes Valinote, Arruda Alvim, Augusto Neves Dal Pozzo, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bernardo Strobel Guimarães, Cândida Alzira Bentes de Magalhães, Carina Barbosa Gouvêa, Carla Luana da Silva, Carlos Ari Sunfeld, Cassio Scarpinella Bueno, Christiano de Oliveira Taveira, Ciro Di Benatti Galvão, Cristiana Fortini, Elói Martins Senhoras, Emerson Garcia, Eurico Bitencourt Neto, Fabrício Rocha Bastos, Flávio Amaral Garcia, Flávio Henrique Unes Pereira, Flávio Luiz Yarshell, Floriano de Azevedo Marques Neto, Francisco Zardo, Gina Copola, Gustavo Henrique Carvalho Schieffler, Gustavo Justino de Oliveira, Jacintho Arruda Câmara, Jessé Torres Pereira Junior, João Pedro Accioly, José dos Santos Carvalho Filho, José Lucas Silva Galdino, José-Ricardo Pereira Lira, Lara Carvalho Breda, Leonardo Rocha de Almeida, Luiz Felipe Hadlich Miguel, Marcelo Zenkner, Márcio Cammarosano, Marinês Restelatto Dotti, Maurício Zockun, Paulo de Bessa Antunes, Rafael Carvalho Rezende Oliveira, Rafael Wallbach Schwind, Renee Souza, Rita Tourinho, Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, Rogério Gesta Leal, Rogério Sanches de Lima, Sergio Roxo da Fonseca, Tatiana Matiello Cymbalista, Tauá Lima Verdán Rangel, Thaís Boia Marçal, Thiago Magalhães Pires, Thiago Marrara, Toshio Mukai, Vilmar Luiz Graça Gonçalves, Vinicius Bugalho

# Possibilidade de Celebração de Acordos, Transações e Conciliações nas Ações de Improbidade

**RAFAEL WALLBACH SCHWIND**

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), *Visiting Scholar* na Universidade de Nottingham, Advogado. Autor e Coordenador de diversos livros e artigos na área de Direito Administrativo, Econômico e Portuário. *ACI Arb*.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução: colocação do problema; 2 O conteúdo do § 1º do artigo 17 da Lei nº 8.429; 2.1 Os motivos que orientam a vedação de acordos, transações e conciliações nas ações de improbidade; 2.1.1 A indisponibilidade dos interesses tutelados pelas ações de improbidade; 2.1.2 A punição como única forma de tratar os atos de improbidade; 2.2 Necessidade de revisão dessas concepções; 3 Revisão das concepções que orientaram o § 1º do artigo 17 da Lei nº 8.429; 3.1 A questão da indisponibilidade dos interesses tutelados pelas ações de improbidade; 3.2 A falácia da punição como única consequência cabível; 3.3 Breve notícia sobre a noção de *self-cleaning* do Direito europeu; 3.3.1 O conceito de *self-cleaning*; 3.3.2 O *self-cleaning* e a probidade nas relações público-privadas; 3.3.3 A noção de *self-cleaning* e as transações nas ações de improbidade administrativa; 4 A evolução normativa ocorrida desde a edição da Lei de Improbidade Administrativa; 4.1 O reconhecimento de efeitos jurídicos à instituição de mecanismos de integridade; 4.2 Os acordos de leniência; 5 A admissão (pelo próprio Ministério Público) de acordos em ações de improbidade; 5.1 A Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público; 5.2 A Resolução nº 150/2016 do Conselho Nacional do Ministério Público; 5.3 A Resolução nº 01/2017 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Paraná; Conclusões; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO: COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992) acaba de completar 25 anos de vigência.

Não há dúvidas de que se trata de uma lei importante e inovadora. Sua contribuição para a promoção da probidade no âmbito da Administração Pública e para a punição de atos incompatíveis com os propósitos buscados pela lei é inegável.

No entanto, ao longo de um quarto de século, é natural que determinadas previsões da lei demandem uma revisão. No mínimo, cabe uma atualização da interpretação de certos dispositivos, de modo a torná-los compatíveis não apenas com o desenvolvimento de concepções mais recentes, como também com as alterações do próprio ordenamento jurídico que ocorreram ao longo dos últimos anos.

Uma dessas previsões é o § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429, que veda taxativamente a celebração de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa.

Neste breve artigo, pretendo demonstrar que a previsão legal que afasta qualquer possibilidade de celebração de acordos, transações e conciliações no âmbito das ações de improbidade administrativa, ainda que fizesse sentido quando a lei foi editada, há 25 anos, hoje não tem mais razão de ser.

Primeiramente, exporei as razões que nos parecem servir de fundamento para essa previsão legal.

Na sequência, pretendo demonstrar os motivos pelos quais entendo que não há mais razão para a vedação à celebração de acordos – tomados aqui em sentido lato. Não só me parece ultrapassada a noção de punição como único tratamento possível à ocorrência de atos de improbidade, como atualmente existe todo um arcabouço legal que permite a celebração de transações inclusive em matéria penal – o que deve abranger também discussões travadas em ações de improbidade administrativa, inclusive por uma questão de isonomia.

Em seguida, demonstrarei que o próprio Ministério Público, em diferentes esferas, vem admitindo a celebração de acordos no âmbito de ações de improbidade – tendo, inclusive, editado resoluções que acolhem expressamente essa possibilidade.

Ao final, elencarei minhas principais conclusões.

## 2 O CONTEÚDO DO § 1º DO ARTIGO 17 DA LEI Nº 8.429

O § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429 estabelece o seguinte, ao tratar das ações de improbidade administrativa e das medidas cautelares a elas incidentes: “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*”.

Portanto, o dispositivo não deixa margem para dúvidas. Nos termos da lei, não é possível qualquer celebração de acordos, transações ou conciliações no âmbito das ações de improbidade administrativa. O dispositivo é de hialina clareza.

### 2.1 OS MOTIVOS QUE ORIENTAM A VEDAÇÃO DE ACORDOS, TRANSAÇÕES E CONCILIAÇÕES NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE

Parece-me que são dois os motivos principais que conduziram o legislador a proibir textualmente a possibilidade de acordos nas ações de improbidade: (i) a indisponibilidade dos interesses que se busca tutelar por meio das ações de improbidade, bem como (ii) a concepção de que a punição é o tratamento adequado diante da presença de atos de improbidade administrativa.

### 2.1.1 A indisponibilidade dos interesses tutelados pelas ações de improbidade

Pode-se presumir que os interesses que se busca tutelar por meio da propositura de ações de improbidade seriam indisponíveis. Ao menos é esse um entendimento possível, derivado dos termos da lei.

Apesar de a Lei nº 8.429 não enunciar a indisponibilidade dos interesses que as ações de improbidade administrativa visam a tutelar, esta é uma decorrência das disposições do diploma normativo.

A Lei nº 8.429 classifica os atos de improbidade administrativa em (i) atos que importem enriquecimento ilícito, (ii) atos que causam prejuízo ao Erário e (iii) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Ninguém duvida que, diante da presença de atos de improbidade administrativa, de qualquer uma dessas três espécies, a ideia inicial é a de punição do infrator. Não caberia, em tese, qualquer transação. Isso porque, diante de uma ilegalidade, a Administração não poderia tolerar o enriquecimento ilícito, o prejuízo ao Erário nem o atentado aos princípios que regem a Administração Pública.

Dentro dessa concepção, de que não se tolera a ilicitude grave como é o ato de improbidade, não caberia uma transação. Transacionar equivaleria a tolerar a improbidade. Representaria abrir mão da probidade, o que seria antijurídico e (por que não?) imoral e antiético.

### 2.1.2 A punição como única forma de tratar os atos de improbidade

Como decorrência da concepção de que os valores e os interesses buscados por meio das ações de improbidade são indisponíveis, pode-se extrair a concepção de que a punição seria a única resposta possível.

Segundo esse entendimento – de que discordo veementemente, ressalte-se desde logo –, pune-se aquele que praticou atos de improbidade porque a ausência de punição equivaleria a abrir mão da probidade como um valor tão caro à Administração Pública. A ausência de punição seria, portanto, um ato de tolerância inaceitável diante da indisponibilidade dos objetivos que são buscados com as ações de improbidade.

De fato, não haveria nenhuma complexidade nesse raciocínio. Como os valores buscados com as ações de improbidade são intransigíveis, indisponíveis, o resultado é que se deve buscar, obrigatoriamente, a punição dos agentes ímprobos e de todos aqueles que contribuíram para a prática de atos de improbidade. Por esse motivo, o § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429 vedou taxativamente qualquer possibilidade de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa.

## 2.2 NECESSIDADE DE REVISÃO DESSAS CONCEPÇÕES

No entanto, parece-me que as concepções expostas acima, embora aceitáveis na época de edição da Lei de Improbidade Administrativa, não fazem mais sentido. No mínimo, merecem ser revisitadas (e repensadas) em função da evolução do pensamento jurídico e do próprio ordenamento brasileiro em matérias relacionadas diretamente à probidade administrativa.

## 3 REVISÃO DAS CONCEPÇÕES QUE ORIENTARAM O § 1º DO ARTIGO 17 DA LEI Nº 8.429

As concepções meramente punitivas no tratamento dos atos de improbidade administrativa não fazem mais sentido. Talvez nunca tenham feito sentido, na realidade, uma vez que partem de premissas equivocadas.

### 3.1 A QUESTÃO DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES TUTELADOS PELAS AÇÕES DE IMPROBIDADE

A primeira premissa equivocada é a que sustenta a impossibilidade de celebração de acordo na indisponibilidade dos interesses tutelados pelas ações de improbidade.

Segundo essa concepção, qualquer acordo que viesse a ser celebrado no âmbito de uma ação de improbidade equivaleria a uma transação de direitos indisponíveis. Não me parece que seja assim.

A rigor, a indisponibilidade de um direito não significa que ele não admita nenhum tipo de transação. Certos direitos, apesar de indisponíveis, admitem transação. Isso porque, em certas situações, a transação não afeta propriamente o direito que se pretende, em última análise, tutelar. Pelo contrário: em determinadas situações, a transação é a única forma de obter a efetivação do direito que se pretende garantir.

Um exemplo permite esclarecer o que se afirma aqui. Suponha-se que determinada pessoa esteja sendo acusada de um ato de corrupção. A rigor, as autoridades competentes deverão promover a persecução criminal do acusado e sua condenação final, para que cumpra as penas que vierem a ser aplicadas. No entanto, imagine-se que esse mesmo acusado possui informações cabais e relevantes sobre a prática de atos ainda mais graves. Imagine-se ainda que as autoridades competentes, de posse de tais informações e provas, tenham condições de comprovar em juízo a prática desses atos mais graves, inclusive com a recuperação de patrimônio relevante aos cofres públicos. Nesse tipo de situação, admite-se que as autoridades celebrem um acordo de colaboração premiada por meio do qual o acusado pode ter a sua pena reduzida em troca da concessão de informações e provas cabais.

No exemplo acima, as autoridades que celebraram o acordo de colaboração premiada terão transigido ilegalmente a respeito de direitos indisponíveis? Parece-me evidente que o caso envolve direitos indisponíveis: persecução crimi-

nal, recuperação de patrimônio público etc. No entanto, isso não significa que as autoridades fiquem absolutamente impedidas de celebrar um acordo, transação ou conciliação, desde que demonstrem que tais atos reverterão em um bem maior.

Portanto, o simples fato de se estar lidando com direitos indisponíveis não significa necessariamente que haja uma absoluta impossibilidade de celebração de acordos, transações ou conciliações. Certas situações envolverão direitos indisponíveis, mas também admitirão a celebração de transação.

É esta, aliás, a concepção positivada na Lei de Mediação (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015). O art. 3º da lei estabelece que “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis *ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação*”. O § 2º do art. 3º ainda estabelece o seguinte: “§ 2º O consenso das partes envolvendo *direitos indisponíveis, mas transigíveis*, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”.

É óbvio que a previsão da Lei de Mediação é apenas um exemplo, aqui mencionado somente para demonstrar que não se trata de uma concepção doutrinária divorciada da realidade. Pelo contrário: a possibilidade de transacionar em situações que envolvam direitos indisponíveis não é mero exercício teórico. É uma realidade prática.

Sendo assim, deve-se rejeitar o argumento de que a indisponibilidade dos direitos envolvidos afastaria em tese qualquer possibilidade de celebração de acordos, transações e conciliações nas ações de improbidade. É evidente que a conciliação não será cabível em todo e qualquer caso, independentemente do seu conteúdo. Mas, em tese, a indisponibilidade dos direitos tutelados com as ações de improbidade não é um óbice intransponível à celebração de acordos.

### 3.2 A FALÁCIA DA PUNIÇÃO COMO ÚNICA CONSEQUÊNCIA CABÍVEL

A segunda premissa equivocada é a que sustenta a abordagem meramente punitiva como a única possível diante de atos de improbidade.

A punição não é a única consequência aplicável diante de atos de improbidade. É plenamente possível que, em lugar de punir o acusado, as autoridades competentes optem por imputar-lhe outras consequências que poderão ter um resultado muito mais efetivo e transformador do que a simples punição.

Novamente, recorro a um exemplo hipotético para ilustrar o que estou afirmando. Suponha-se que, em um setor econômico de pouquíssimos competidores (por exemplo, de tecnologia para defesa), tenha sido descoberto um esquema de corrupção em que as poucas empresas existentes tenham fraudado licitações com a conivência de agentes públicos. Não há dúvidas de que esses atos podem ter repercussões que são atacáveis por meio de ações de improbidade administrativa, inclusive para a punição dos envolvidos e a posterior reparação dos danos

causados. Nessa hipótese, eventual punição das empresas pode envolver inclusive a proibição de participarem de licitações e de celebrarem contratos com a Administração Pública. É o que prevê o art. 12 da Lei nº 8.429, nos seus incisos I a III<sup>1</sup>. No entanto, a proibição de celebração de contratos com o Poder Público poderá inclusive inviabilizar a prestação de serviços essenciais. A Administração ficará desatendida, o que poderá gerar reflexos muito sérios e deletérios. Nessa hipótese, parece-me possível que se faça uma transação por meio da qual determinadas pessoas sejam punidas, por exemplo, mas as empresas possam voltar a celebrar contratos com o Poder Público, desde que alterem as suas práticas e adotem controles mais rigorosos – por exemplo, com a instituição de um programa de *compliance* efetivo, dentre outras medidas.

O exemplo acima demonstra que a visão estritamente punitiva não é a única abordagem cabível. Em certos casos, as punições não são nem mesmo o meio mais adequado para a instituição de novas práticas. Pode ser melhor, por exemplo, aproveitar a situação para promover uma alteração realmente sistêmica nas práticas correntes, para que elas não voltem a se repetir no futuro. A simples punição, embora também possa ser cabível em certos casos, nem sempre será a resposta mais adequada – inclusive porque ineficaz em várias situações<sup>2</sup>.

Portanto, a abordagem punitiva como única possível diante de casos de improbidade administrativa deve ser afastada. Não há dúvidas de que as punições são cabíveis, mas isso, por si só, não afasta totalmente qualquer possibilidade de celebração de acordos, transações ou conciliações no âmbito de ações de improbidade administrativa.

### 3.3 BREVE NOTÍCIA SOBRE A NOÇÃO DE *SELF-CLEANING* DO DIREITO EUROPEU

Cabe aqui tecer algumas breves considerações acerca da noção de *self-cleaning* do direito comunitário europeu. Parece-me que essa noção tem muito

1 Redação do dispositivo: “Art. 12. Independentemente das sanções penais, 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: I – na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II – na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. [...]” (sem grifos no original).

2 Pense-se, por exemplo, na criação de novas pessoas jurídicas, com a correspondente transferência de acervo técnico, como uma sistemática cabível (e muitas vezes viável juridicamente) para simplesmente contornar uma penalidade aplicada.

a contribuir para a revisão do entendimento de que não seria admissível a celebração de acordos nas ações de improbidade.

#### 3.3.1 O conceito de *self-cleaning*

O direito comunitário europeu prevê a possibilidade de sancionamento de licitantes que cometeram irregularidades – por exemplo, atos de corrupção em licitações, o que configuraria um ato de improbidade à luz da legislação brasileira. Uma dessas penalidades consiste no afastamento das empresas, de modo que elas não possam mais participar de licitações públicas. Há hipóteses de afastamento que são mandatórias e outras que são discricionárias. No entanto, além de prever a possibilidade de afastamento de licitantes, admite-se também a figura do *self-cleaning*.

A ideia geral do *self-cleaning* é que um agente econômico poderá readquirir o direito de participar de licitações e de firmar contratos com a Administração Pública caso demonstre que adotou medidas efetivas para assegurar que os atos irregulares praticados no passado não mais ocorrerão no futuro.

O racional do conceito de *self-cleaning*, portanto, consiste em permitir uma espécie de redefinição da conduta futura das empresas condenadas, de forma que elas sejam reabilitadas a participar de licitações e firmar contratos com a Administração Pública caso tomem determinadas medidas<sup>3</sup>.

O *self-cleaning* parte da ideia de que existe uma forma alternativa para se lidar com situações que conduziram em tese à exclusão de um licitante. Em vez de se promover a sua exclusão, o que seria potencialmente danoso em termos concorrenciais<sup>4</sup> e sociais, estabelece-se que as autoridades adjudicantes têm o dever de avaliar se os interessados adotaram certas medidas que, em última análise, tenham sido eficazes em restabelecer a sua confiabilidade perante a Administração Pública.

Portanto, a exclusão de uma penalidade em razão da adoção de medidas de *self-cleaning* é baseada em razões de “*public interest (including public health), national security, emergencies and the economic consequences of impact of disqualification*”<sup>5</sup>. Sope Williams-Elegbe menciona diversos casos de afastamento do impedimento de contratar em função da necessidade pública de manter os fornecimentos das empresas responsáveis pela ilicitude, como os casos MCI World Com<sup>6</sup>, Boeing e IBM<sup>7</sup>. Esse último caso é especialmente revelador: a IBM teve

3 Sobre o assunto, confira-se: MAJTAN, Roman The self-cleaning dilemma: reconciling competing objectives of procurement processes. *George Washington International Law Review*, v. 45, p. 291-347, 2013.

4 Sobre os aspectos concorrenciais envolvidos, confira-se: YUKINS, Christopher R. Mandatory disclosure: case study in how anti-corruption measures can affect competition in defense markets. *GW Legal Studies Research Paper*, n. 2015-14, abr. 2015. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstract=2600676>>. Acesso em: 9 maio 2016.

5 WILLIAMS-ELEGBE, Sope. *Fighting corruption in public procurement: a comparative analysis of disqualification or debarment measures*. Oxford: Hart Publishing, 2012. p. 266-267.

6 WILLIAMS-ELEGBE, Sope. Op. cit., p. 252.

7 WILLIAMS-ELEGBE, Sope. Op. cit., p. 258.

suspenso em 2008 o seu direito de licitar nos Estados Unidos; oito dias depois, a penalidade foi encerrada “*due to the disruption the government would have faced if the disqualification had remained in effect for longer*”<sup>8</sup>.

### 3.3.2 O *self-cleaning* e a proibidade nas relações público-privadas

Poderia se dizer que a noção de *self-cleaning* acabaria encorajando os agentes econômicos à prática de ilícitos, uma vez que as medidas de autossaneamento<sup>9</sup> seriam uma solução fácil em caso de constatação de ilegalidades. No entanto, tem-se muito claro no direito comunitário europeu que a realização das medidas de *self-cleaning* requerem um investimento muito grande de tempo e de recursos para a sua execução, sem nenhuma garantia prévia de que elas venham a ser aceitas no futuro pelas autoridades adjudicantes. Assim, a admissão do *self-cleaning* não encorajaria as empresas a praticarem atos ilícitos. Apenas incentivaria tais agentes a reconhecerem que praticaram ilegalidades e a adotarem medidas que impeçam que elas ocorram novamente no futuro<sup>10</sup>.

Entende-se, inclusive, que as medidas de *self-cleaning* contribuem para a percepção dos cidadãos de que as licitações são o modo mais legítimo em regra de se realizar contratações públicas. Isso porque tais medidas destinam-se justamente a garantir que os procedimentos licitatórios sejam realizados de forma idônea, com empresas confiáveis, que dispõem de mecanismos efetivos para impedir que ilícitos cometidos no passado repitam-se novamente no futuro.

Partindo-se dessa conclusão inicial de que as medidas de *self-cleaning*, desde que efetivas e compatíveis com cada caso concreto, são suficientes para garantir que haja maior integridade nos procedimentos de contratações públicas, entende-se no direito comunitário europeu que as autoridades adjudicantes dos Estados-membros não podem excluir de seus procedimentos os agentes econômicos que tenham adotado medidas adequadas de autossaneamento. A exclusão desses interessados mesmo quando as medidas de *self-cleaning* tenham sido bem-sucedidas seria uma violação direta ao princípio da proporcionalidade<sup>11</sup>.

### 3.3.3 A noção de *self-cleaning* e as transações nas ações de improbidade administrativa

A noção de *self-cleaning* do direito comunitário europeu tem muito a contribuir para a revisão da concepção de que é impossível celebrar acordos, transações e conciliações no âmbito das ações de improbidade.

8 WILLIAMS-ELEGBE, Sope. Op. cit., p. 258.

9 A utilização do termo “autossaneamento” nesse sentido pode ser vista em: PEREIRA, Cesar A. Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach. Autossaneamento (*self-cleaning*) e reabilitação no direito brasileiro anticorrupção. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo: RT, a. 3, v. 20, set./out. 2015.

10 ARROWSMITH, Sue; PRIESS, Hans-Joachim; FRITON, Pascal. *Self-cleaning – An emerging concept in EC Public Procurement Law?* In: PÜNDER, Hermann; PRIESS, Hans-Joachim; ARROWSMITH, Sue (Org.). *Self-cleaning in public procurement law*. Köln: Wolters Kluwer, 2009. p. 25.

11 ARROWSMITH, Sue; PRIESS, Hans-Joachim; FRITON, Pascal. Op. cit., p. 27.

De acordo com a Diretiva nº 2014/24/EU, que rege a questão, para que a empresa promova o seu autossaneamento, ela deve demonstrar que alterou as suas práticas e voltou a ser uma empresa em que a Administração Pública pode confiar. Isso envolverá, normalmente, (i) o esclarecimento dos fatos, (ii) a reparação dos danos acaso existentes, (iii) a demissão das pessoas diretamente envolvidas com os atos ilegais e (iv) a adoção de medidas estruturais e organizacionais, como a criação de programas de *compliance*, de códigos de ética, de instâncias internas de controle que possam atuar com relativa autonomia e independência, dentre outras.

Diante dessas medidas, a Administração Pública poderá avaliar se é possível abrir mão da punição da empresa. Em termos jurídicos, portanto, poderá haver uma transação. Em troca da adoção de práticas consideradas positivas, o Poder Público pode desistir de punir a empresa que praticou irregularidades.

A noção de *self-cleaning*, portanto, tem muito a contribuir para a revisão do tema no tocante à possibilidade de celebração de acordos, transações e conciliações nas ações de improbidade. Por que não admitir, por exemplo, uma transação por meio da qual a empresa acusada da prática de atos de improbidade não possa ter uma determinada punição afastada caso ela adote novas práticas compatíveis com a noção de proibidade – que, afinal, é o valor a ser buscado em última instância? Parece-me que a não admissão em tese dessa possibilidade é indevida.

## 4 A EVOLUÇÃO NORMATIVA OCORRIDA DESDE A EDIÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Afastados os pressupostos que, em tese, fundamentariam o descabimento de acordos, transações e conciliações em ações de improbidade administrativa, cabe examinar se a evolução legislativa ocorrida desde a edição da Lei de Improbidade Administrativa também tem algo a contribuir.

E, desde logo, já enuncio meu entendimento: a evolução legislativa ocorrida ao longo dos últimos anos fez com que a proibição de acordos prevista no § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429 tenha se tornado incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Não há motivo que justifique a aplicação literal desse dispositivo diante da criação de todo um arcabouço normativo posterior que é incompatível com esse dispositivo.

Algumas dessas novidades legislativas são mencionadas abaixo.

### 4.1 O RECONHECIMENTO DE EFEITOS JURÍDICOS À INSTITUIÇÃO DE MECANISMOS DE INTEGRIDADE

Uma ferramenta que passou a ser prevista recentemente no ordenamento jurídico brasileiro e permite que se dê espaço à celebração de acordos envolvendo inclusive acusações de práticas criminosas é a criação de mecanismos de integridade.

O art. 7º, VIII, da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846) estabelece que serão levados em conta na aplicação de sanções “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Isso significa que certas penalidades podem ser reduzidas ou até mesmo afastadas integralmente se a empresa infratora adotar mecanismos de integridade.

É claro que esses mecanismos devem ser efetivos. Não basta a instituição de mecanismos de integridade apenas formais, que sirvam exclusivamente para dar uma imagem de transparência e probidade. Eles devem ser eficazes e trazer resultados práticos.

De todo modo, o que importa para os fins a que se propõe este breve ensaio é a conclusão de que o reconhecimento de efeitos jurídicos aos mecanismos de integridade permite que a Administração Pública reduza a punição cabível ou até mesmo a afaste integralmente. Trata-se, sob um certo ângulo, de uma espécie de transação, estabelecida justamente para dar concretude à noção que aqui designamos com o termo *self-cleaning*.

Por meio da criação de programas de integridade, as empresas que em princípio poderiam sofrer graves penalidades por parte da própria Administração Pública podem demonstrar que voltaram a ser confiáveis a ponto de retornar ao mercado de contratações públicas. Dependendo do conteúdo dos programas de integridade, não fará mais sentido que a empresa permaneça punida com a impossibilidade de celebrar contratos com o Poder Público.

## 4.2 OS ACORDOS DE LENIÊNCIA

Os acordos de leniência também podem ser mecanismos que reforçam a possibilidade de acordos no âmbito das ações de improbidade administrativa.

Até recentemente, apenas a legislação antitruste previa a possibilidade de celebração de acordos de leniência. Entretanto, essa possibilidade foi ampliada pela Lei Anticorrupção.

De fato, a Lei nº 12.846 estabelece, em seu art. 16, que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos de corrupção – os quais podem levar à impossibilidade de celebrar contratos com a Administração Pública. Para tanto, as empresas deverão colaborar efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração deverá resultar (i) a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, e (ii) a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Perceba-se a similaridade dessas previsões com a noção de autossaneamento. Conforme demonstrado acima, um dos elementos para um *self-cleaning*

efetivo é justamente a colaboração do infrator para o esclarecimento dos fatos ocorridos. O acordo de leniência tem justamente este objetivo: busca-se a identificação dos envolvidos e a obtenção célere de informações.

Além disso, o § 1º do art. 16 da Lei nº 12.846 ainda estabelece outros requisitos cumulativos que devem estar presentes para a celebração de um acordo de leniência. Ao menos dois deles têm relação direta com a noção de *self-cleaning*: a pessoa jurídica deverá (i) cessar completamente o seu envolvimento na infração investigada e (ii) admitir sua participação no ilícito, cooperando plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até o seu encerramento.

Portanto, os acordos de leniência são uma ferramenta vocacionada à celebração de acordos, transações e conciliações – o que, em tese, pode ser aplicável inclusive no âmbito de ações de improbidade administrativa.

Caberá às autoridades competentes utilizar esse mecanismo com efetividade, realmente estabelecendo mecanismos necessários e suficientes à instituição de novos patamares de probidade na relação entre a iniciativa privada e o Poder Público. Há, certamente, um amplo espaço de discricionariedade e também de mecanismos de consensualidade administrativa que precisa ser bem utilizado. Do contrário, os objetivos buscados com essas medidas não serão alcançados.

## 5 A ADMISSÃO (PELO PRÓPRIO MINISTÉRIO PÚBLICO) DE ACORDOS EM AÇÕES DE IMPROBIDADE

Demonstrado que a impossibilidade de celebrar acordos nas ações de improbidade sustenta-se em premissas equivocadas e passou a ser incompatível com a evolução do próprio ordenamento jurídico, resta observar que o próprio Ministério Público vem admitindo a celebração de transações no âmbito das ações de improbidade administrativa.

### 5.1 A RESOLUÇÃO Nº 118/2014 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

As bases que permitem a celebração de acordos no âmbito de ações de improbidade são descritas na Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, que instituiu a “Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público”.

Os “considerandos” da Resolução são bastante detalhados. Primeiro, ressaltam que o acesso à justiça envolve inclusive “o direito de acesso a outros mecanismos e meios autocompositivos de resolução dos conflitos e controvérsias”, também por parte do Ministério Público.

Na sequência, os “considerandos” consignam que a adoção de mecanismos de autocomposição “é uma tendência mundial, decorrente da evolução da cultura de participação, do diálogo e do consenso”, sendo que o Ministério Pú-

blico deve consolidar “uma política permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos de autocomposição”.

A Resolução também destaca que a adoção de negociações, conciliações, convenções processuais e práticas restaurativas são instrumentos efetivos de pacificação social, bem como de prevenção e redução da litigiosidade, inclusive por permitirem que questões de natureza coletiva sejam resolvidas “de forma célere, justa, efetiva e implementável”.

Por fim, os “considerandos” da Resolução ainda relacionam as várias disposições legais “que conferem legitimidade ao Ministério Público para a construção de soluções autocompositivas”, tais como: art. 57 da Lei nº 9.099, de 1995; art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347, de 1985; Lei nº 9.605, de 1998; Lei nº 8.137, de 1990; Lei nº 8.072, de 1990, em seu art. 8º, parágrafo único; e Lei nº 9.807, de 1999.

Após enunciar tudo isso, a Resolução nº 118/2014 do CNMP institui a “Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público”, que deve se valer de cinco práticas: negociação, mediação, conciliação, práticas restaurativas e convenções processuais.

Para os estritos fins do presente ensaio, não cabe aqui examinar essas práticas uma a uma, nem a forma como a Resolução do CNMP as disciplina. Além disso, é verdade que a Resolução nº 118/2014 do CNMP não estabelece nenhuma norma específica sobre transações e conciliações no âmbito de ações de improbidade. Por outro lado, é fato que a Resolução não veda essa prática no âmbito das ações de improbidade. Na realidade, as cinco práticas mencionadas pela Resolução em tese poderiam ser adotadas em ações de improbidade. Não há nenhuma incompatibilidade que impeça sua aplicação nesse âmbito.

### 5.2 A RESOLUÇÃO Nº 150/2016 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Mais recentemente, em 9 de agosto de 2016, o CNMP editou a Resolução nº 150/2016.

De novidade, essa Resolução apenas cria o “Núcleo de Solução Alternativa de Conflitos”. De todo modo, toda a fundamentação da Resolução nº 118/2014 do CNMP é retomada e reiterada, confirmando a sua aplicabilidade pelo Ministério Público, que é legitimado para ações de improbidade administrativa.

### 5.3 A RESOLUÇÃO Nº 01/2017 DO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

Digna de nota é a Resolução nº 01/2017 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Paraná.

Essa Resolução, editada com fundamento nas duas Resoluções mencionadas acima, e considerando justamente a evolução normativa ocorrida nos últimos anos, em especial com as Leis nº 12.846, 12.529 e 13.140 e com a Emenda Constitucional nº 45, que trata da celeridade e da duração razoável do processo, conclui que é possível realizar composições no âmbito de ações de improbidade administrativa.

O art. 2º estabelece que

o compromisso ou o acordo regulados por esta Resolução poderá ser celebrado, tanto na fase extrajudicial, quanto na fase judicial, com as pessoas, físicas ou jurídicas, investigadas pela prática de atos de improbidade administrativa, definidos na Lei nº 8.429, de 02.06.1992, e dos atos praticados contra a Administração Pública, definidos na Lei nº 12.846, de 01.08.2013.

A Resolução ainda estabelece os requisitos para a celebração de acordo e as hipóteses em que ele será cabível – exame mais aprofundado que pode ser realizado em outra oportunidade.

Como se vê, o próprio Ministério Público, legitimado para a propositura de ações de improbidade administrativa, já concluiu que é possível a celebração de acordos, transações e conciliações no âmbito dessas ações.

## CONCLUSÕES

Diante do exposto acima, é possível enumerar algumas conclusões:

1. A proibição absoluta à celebração de acordos, transações e conciliações no âmbito de ações de improbidade administrativa, contida no § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429, funda-se em pressupostos equivocados;
2. A evolução do pensamento jurídico ao longo dos últimos 25 anos, bem como as novidades legislativas, notadamente com a edição das Leis nºs 12.846, 12.529 e 13.140, que permitem a celebração de termos de ajustamento de conduta, acordos de leniência e o reconhecimento de efeitos jurídicos a programas de integridade, criaram um sistema que faz com que com a previsão contida no § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429 não possa mais ser aplicada literalmente;
3. O próprio Ministério Público já editou Resoluções que trazem fundamentos explícitos para a celebração de acordos em ações de improbidade administrativa;
4. Na ausência de uma revisão do próprio texto do § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429 (o que chegou a ocorrer com a edição da Medida Provisória nº 703, posteriormente não convertida em lei), no mínimo deve

haver uma interpretação razoável, que, na prática, pode resultar no próprio afastamento da aplicação do dispositivo;

5. As ideias aqui defendidas constituem aplicação direta da noção de *self-cleaning* do direito comunitário europeu, que nos parece plenamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS

- ARROWSMITH, Sue; PRIESS, Hans-Joachim; FRITON, Pascal. *Self-cleaning – An emerging concept in EC Public Procurement Law?* In: PÜNDER, Hermann; PRIESS, Hans-Joachim; ARROWSMITH, Sue (Org.). *Self-cleaning in public procurement law*. Köln: Wolters Kluwer, 2009.
- MAJTAN, Roman The self-cleaning dilemma: reconciling competing objectives of procurement processes. *George Washington International Law Review*, v. 45, p. 291-347, 2013.
- PEREIRA, Cesar A. Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach. Autossaneamento (*self-cleaning*) e reabilitação no direito brasileiro anticorrupção. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo: RT, a. 3, v. 20, set./out. 2015.
- TILLIPMAN, Jessica. A House of Cards Falls: Why “Too Big to Debar” Is All Slogan and Little Substance. *Fordham Law Review Res Gestae*, n. 80, p. 49-58, 2012. Disponível em: <[http://www.fordhamlawreview.org/assets/res-gestae/volume/80/49\\_Tillipman.pdf](http://www.fordhamlawreview.org/assets/res-gestae/volume/80/49_Tillipman.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2015.
- WILLIAMS-ELEGBE, Sope. *Fighting corruption in public procurement: a comparative analysis of disqualification or debarment measures*. Oxford: Hart Publishing, 2012.
- YUKINS, Christopher R. Mandatory disclosure: case study in how anti-corruption measures can affect competition in defense markets. *GW Legal Studies Research Paper*, n. 2015-14, abr. 2015. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstract=2600676>>. Acesso em: 9 maio 2016.