

ISSN 0100-1981

REVISTA DE PROCESSO

Ano 42 • vol. 274 • dezembro/2017

Coordenação

TERESA ARRUDA ALVIM

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e dos conceitos emitidos em seus trabalhos.



◉ edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução
total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 h às 17 h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

e-mail para submissão de originais
aval.artigo@thomsonreuters.com

Visite nosso site
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [12-2017]
Professional
Fechamento desta edição: [31.10.2017]



ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA CONSENSUAL: ACORDO SUBSTITUTIVO ENVOLVENDO ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

CONSENSUAL ADMINISTRATIVE PERFORMANCE: SUBSTITUTIVE SETTLEMENT INVOLVING ACTS OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY

PAULA LINO DA ROCHA LOPES

Pós-graduanda em Direito Público pelo IEC/PUC Minas.
Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais.
paulalino@yahoo.com

Recebido em: 16.05.2017
Aprovado em: 09.08.2017

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Administrativo

RESUMO: A atuação administrativa consensual resulta da evolução do Direito Administrativo e encontra fundamento no princípio constitucional implícito da consensualidade, decorrente do Estado Democrático de Direito. A utilização de instrumentos de consenso, como acordos substitutivos, tornou-se realidade inclusive no âmbito do Direito sancionador. A Lei de Improbidade Administrativa, contudo, continua vedando a transação, o acordo e a conciliação, em contradição com o princípio da consensualidade, as convenções internacionais firmadas pelo Brasil e com as normas posteriores que admitem a colaboração premiada e o acordo de leniência de pessoa jurídica, que constituem um microsistema de combate à corrupção e de defesa do patrimônio público. A celebração de acordo de leniência em improbidade administrativa pela autoridade administrativa, apesar da vedação da Lei 8.429/92, está amparada pelo princípio da juridicidade, proveniente do "bloco de legalidade" citado, observando-se os parâmetros das Leis 12.846/2013 e 12.850/2013.

ABSTRACT: The consensual administrative action results from the evolution of Administrative Law and it is based on the implicit constitutional principle of consensus, derived from the Democratic Rule-of-Law State. The use of consensus instruments, such as substitutive settlement, has become a reality, even within the scope of sanctioning Law. The Federal Statute of Administrative Improbity, however, continues to prohibit the transaction, agreement and conciliation, in contradiction with the principle of consensus, with the international conventions signed by Brazil and with the later norms that admit plea bargaining and the leniency settlement of legal entities, which constitute a microsystem to combat corruption and defend public assets. The signature of a leniency settlement in administrative Improbity by the administrative authority is supported by the principle of legality, derived from the "legality block" aforementioned, observing the guidelines of Federal Statute 12.846/2013 and Federal Statute 12.850/2013, in spite of the prohibition provided for in Federal Statute 8.429/1992.

PALAVRAS-CHAVE: Consensualidade – Acordo substitutivo – Direito sancionador – Lei de Improbidade Administrativa – Microsistema de combate corrupção.

KEYWORDS: Consensus – Substitutive settlement – Sanctioning Law – Federal Statute of Administrative Improbity – Microsystem to fight corruption.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve histórico – Evolução do direito administrativo. 3. Fundamentos constitucionais para a atuação consensual. 4. Atuação consensual e direito sancionador. 5. Acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa – Fundamentos. 6. Acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa – Parâmetros. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe-se a pesquisar a possibilidade da atuação administrativa consensual por meio de acordos substitutivos, quando verificada a prática de ato de improbidade administrativa.

Os atos de improbidade administrativa, notadamente os previstos nos arts. 9º e 10 da Lei 8.429, de 02.06.1992, caracterizam atos de corrupção praticados por pessoas físicas e jurídicas, com consequências (sanções) civis. O mesmo ato gera consequências penais e administrativas no ordenamento jurídico vigente.

A Lei 8.429/92, que trata dos atos de improbidade administrativa, veda, em seu art. 17, § 1º, “transação, acordo ou conciliação” nas ações de improbidade.

Já as Leis 12.846, de 01.08.2013 e 12.850, de 02.08.2013, atendendo a convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, previram a possibilidade da atuação administrativa consensual no Direito sancionador, mediante a consagração do acordo de leniência, na seara administrativa, e da colaboração premiada, na esfera penal, respectivamente, típicos acordos substitutivos.

Diante da contradição verificada no ordenamento jurídico, na medida em que, em razão de um mesmo fato, a autoridade administrativa poderia celebrar acordos para substituição de sanções administrativas e penais, mas tinha vedação de fazê-lo quanto às sanções civis, foi editada a Medida Provisória 703, de 2015, que revogou o § 1º do art. 17 da Lei 8.429/92. Contudo, tal medida provisória não foi aprovada pelo Congresso Nacional em tempo hábil, perdendo sua validade e tornando novamente vigente a vedação de acordos em improbidade administrativa.

Paralelamente ao imbróglio legislativo, nos últimos anos o Brasil tem presenciado o desvendamento de diversos casos de corrupção, sendo que parte

LOPES, Paula Lino da Rocha. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, vol. 274, ano 42, p. 383-407. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

do sucesso das investigações é atribuída à celebração dos acordos substitutivos com infratores.

E, com o intuito de viabilizar a celebração de acordos com os envolvidos nos atos de corrupção que, para colaborar com as investigações, pretendem ter sua situação jurídica resguardada em todas as esferas de responsabilidade (penal, civil e administrativa), verifica-se que as autoridades administrativas estão celebrando o acordo de leniência em improbidade administrativa.

Portanto, o tema ganha relevância não apenas em razão do debate acadêmico, mas por questões de ordem prática, na medida em que os acordos substitutivos em improbidade administrativa vêm sendo, de fato, celebrados, inclusive com notícias de chancela pelo Poder Judiciário.

Assim, este artigo pretende abordar uma breve evolução histórica do Direito Administrativo, situando a consensualidade no paradigma do Estado Democrático de Direito contemporâneo, buscando esclarecer as bases normativas para a utilização dos instrumentos de consenso no Direito sancionador e tratar dos fundamentos – contrários e favoráveis – à utilização de acordo substitutivo que envolve atos de improbidade administrativa e seus parâmetros.

2. BREVE HISTÓRICO – EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo surgiu no paradigma do Estado Liberal, no século XIX, sendo calcado na noção de imperatividade. Competia ao Estado a manutenção da ordem pública, da liberdade, da propriedade e da segurança individual, o que correspondia às aspirações da burguesia. O interesse público era preconcebido em lei, e competia ao ente público garanti-lo frente a eventuais interesses contrastantes dos indivíduos (relação autoridade-liberdade).

Nesse contexto foram cunhados os institutos e categorias do referido ramo do Direito, centrados nas noções de prerrogativa imperativa (autoritária), de subordinação e de atuação unilateral. Com efeito, a Administração Pública do Estado Liberal fundava-se na ideia de poder de polícia, destinando-se a assegurar a ordem pública e a paz social. Dessa forma, embora à primeira vista pareça paradoxal, a Administração Pública do Estado Liberal caracterizava-se por ser interventiva, autoritária e distante dos administrados e dos demais poderes do Estado.

Já no início do século XX, diante dos efeitos sociais da Revolução Industrial¹ e com a eclosão das grandes guerras e ideologias de massa, emerge o para-

1. Incremento da desigualdade social, anseios dos trabalhadores votantes pelo reconhecimento de direitos sociais (trabalhistas e previdenciários).

LOPES, Paula Lino da Rocha. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 383-407. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

digma do Estado Providência ou Social, que estatiza as atividades econômicas, aumentando sobremaneira o âmbito de atuação da Administração Pública.

Paralelamente, os direitos subjetivos públicos crescem quantitativa e qualitativamente, alterando-se o papel do administrado – de objeto do poder administrativo para sujeito de direitos e obrigações.

O Estado passa a prover o cidadão de bens e serviços e o faz não mais por meio do ato administrativo, mas utilizando-se do contrato, que constitui meio consensual, no qual a vontade do administrado é considerada.

O Estado Social, portanto, inicia a flexibilização da atuação administrativa, inserindo meios consensuais que substituem progressivamente os tradicionais meios de atuação unilateral.

Registre-se que, mesmo nas áreas de atuação unilateral por excelência, verifica-se a abertura para oitiva e negociação com os administrados. A busca pelo consenso implica a crescente utilização do processo administrativo, como aparato institucional, para audição, negociação e, mesmo, para controle da atuação administrativa.

Portanto, as transformações do Estado Social geraram alterações nos institutos do Direito Administrativo frente às novas tarefas que a Administração Pública passou a assumir.

Contudo, o Estado prestacional entrou em declínio, entre outros fatores, ante sua incapacidade econômica de fazer frente à demanda crescente de serviços públicos, aliada à ineficiência das estatais e ao movimento de globalização econômica.

Todavia, notadamente em países pobres, não era mais possível retroceder à atuação prestacional do Estado para atender aos “mínimos sociais existenciais”² da população mais carente.

A concepção de Estado de Direito pós-providência começa a ser adotada a partir da segunda metade do século XX, despertando os anseios democráticos nas sociedades, que se tornaram mais conscientes de seus direitos. Com a evolução tecnológica, notadamente dos meios de comunicação, observa-se a consolidação da sociedade pluralista, formada por indivíduos em ativa participação, que defendem interesses diversos, muitas vezes contrapostos, por meio

2. Conforme expressão de BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 50, referindo-se à “solução para questões como desemprego, a fome, a indigência, epidemias etc., para que a pessoa humana possa ter existência, pelo menos, digna.”

de inúmeras modalidades participativas. Constata-se a passagem da democracia representativa para a democracia participativa.

Dessa forma, o contemporâneo Estado Democrático de Direito, para harmonizar os interesses plurais e complexos com eficiência e escassez de recursos, remodela novamente o Direito Administrativo, tanto na área de atuação unilateral quanto na da atuação prestacional, em virtude da imprescindível ponderação da rede de interesses públicos no processo decisório.

A decisão administrativa, seja mediante o ato administrativo, seja por meio de instrumentos de consenso, produz efeitos não apenas para a Administração e para seu destinatário imediato, mas alcança interesses de terceiros (multilateralidade).

Nesse cenário, cresce a importância da transparência e da participação no procedimento administrativo de tomada de decisão.

No Direito Administrativo do Estado Democrático de Direito, o ato administrativo e o contrato administrativo são formas alternativas de atuação; e, salvo quando a lei expressamente determinar uma das formas, caberá ao administrador público a escolha dos meios para a consecução do melhor interesse público possível.

Assim, passa-se a admitir acordos em áreas até então dominadas pelos atos de império, tal qual o direito sancionador.

3. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA A ATUAÇÃO CONSENSUAL

O Direito Administrativo, na esteira dos outros ramos do Direito, depara-se com o fenômeno da constitucionalização. A passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico propicia que as regras e os princípios constitucionais passem a pautar diretamente a atuação da Administração Pública.

Nesse contexto, a lei deixa de ser o fundamento único da atividade administrativa, e a Constituição torna-se o cerne da vinculação administrativa à juridicidade.

O princípio da juridicidade, conforme leciona Gustavo Binjenbojm³, designa a conformidade da atuação administrativa com o direito como um todo, expressando-se por normas de diversos graus hierárquicos, como prin-

3. BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 13, mar./maio 2008.

LOPES, Paula Lino da Rocha. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 383-407. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

cípios e regras constitucionais, leis formais, atos com força de lei e atos administrativos normativos.

A sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública é traçada a partir das disposições constitucionais, com ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas que estruturam o regime democrático, que constituem fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A Administração Pública contemporânea, inserida no âmbito de uma sociedade democrática, complexa e multifacetária, assume função de mediadora de composição de conflitos que envolvem interesses estatais, coletivos e privados. Para tanto, o cidadão é chamado no processo de identificação e de composição do interesse público no caso concreto, o que garantirá legitimidade às decisões administrativas.

Por conseguinte, o fenômeno do consensualismo ou da consensualização, presente na Administração contemporânea mediadora, calcada na juridicidade administrativa, fundamenta-se, inicialmente, no princípio democrático.

Gustavo Justino Oliveira e Cristiane Scwanka⁴ esclarecem que a função estatal de mediação decorre da propagação do ideal democrático para além da política, resultando na busca de legitimação do poder estatal por meio da “democratização da democracia”. Assim, o Estado Mediador teria a tarefa de não apenas criar e conferir eficácia aos canais de participação, mas de com eles interagir, estabelecendo vínculos duradouros.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁵, ao tratar do processo de constitucionalização acima citado, destaca a importância de releitura do Direito Administrativo à luz da cláusula do Estado Democrático de Direito, consagrada no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Esse autor ressalta que, enquanto, no Estado de Direito, a Administração Pública estava vinculada à legalidade, no Estado Democrático de Direito a atividade administrativa deve pautar-se por uma legitimidade reforçada, além de dever respeito à lei e à Constituição.

Assim, a necessidade de conferir maior legitimidade à atuação estatal leva ao surgimento de mecanismos de participação popular e a instrumentos de consenso. Por tal razão, conforme afirma Oliveira (2016), o “princípio da con-

4. OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009.

5. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 50-54.

sensualidade ou da participação administrativa” constitui princípio constitucional implícito, com fundamento na cláusula do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CR/88).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁶ também defende a existência do princípio constitucional da consensualidade no Direito brasileiro, calcado nos princípios fundamentais constitucionais expressos da cidadania, da dignidade da pessoa humana e o do valor da livre-iniciativa (art. 1º da CR/88); no objetivo fundamental da República – de construção de uma sociedade livre (art. 3º, inciso II, da CR/88) e, ainda, no princípio relativo às relações internacionais, mas também aplicável às relações intranacionais – de solução pacífica dos conflitos (art. 4º, inciso VII, da CR/88).

Por outro lado, o princípio da eficiência, inserido na CR/88 a partir da Emenda Constitucional 19/98, constitui novo marco do agir administrativo. Tal princípio é definido pela doutrina de acordo com três vertentes: a) dever de boa administração; b) necessidade de otimização das decisões administrativas; c) dever de escolha do meio mais adequado.

Atualmente, a eficiência também atua como fator de legitimidade das decisões administrativas.

Com efeito, Onofre Alves Batista Júnior⁷ leciona que, para a legitimidade da atuação administrativa, não basta a origem democrática do poder, sendo necessário, atualmente, que a Administração Pública obtenha resultado eficiente, satisfazendo com eficácia as necessidades sociais, ainda que com meios relativamente escassos e limitados.

Nesse cenário, considerando que os instrumentos consensuais apresentam menor custo e são melhores aceitos e implementados, o princípio da consensualidade também encontraria amparo no princípio constitucional expresso da eficiência.

Corroborando tal assertiva, Alexandre Santos de Aragão⁸ ensina que, em regra, uma medida de consenso é mais eficiente que a adotada unilateral e

6. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação administrativa. *Revista Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003.

7. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 30.

8. ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. *Revista de Informação Legislativa*, n. 167, jul./set. 2005.

LOPES, Paula Lino da Rocha. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 383-407. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

coercitivamente, pois tem mais chances de ser efetivada na prática, “gerando menos riscos de externalidades (‘efeitos colaterais’) negativas”. Nessa esteira, Aragão propõe alteração na construção dogmática do Direito Administrativo para incluir os acordos com os administrados entre as fontes desse ramo do Direito.

O princípio da consensualidade, portanto, constitui princípio constitucional implícito, decorrente do princípio fundamental da democracia (art. 1º da CR/88), encontrando também amparo no princípio explícito da eficiência (art. 37, *caput*, da CR/88). A consensualidade ressaí da juridicidade e da necessidade de garantir “legitimidade reforçada”⁹ à atuação administrativa.

4. ATUAÇÃO CONSENSUAL E DIREITO SANCIONADOR

Thiago Marrara¹⁰ apresenta interessante distinção entre os termos consensualização, consenso e consensualidade. O primeiro seria o fenômeno de construção de instrumentos aptos a viabilizar o consenso (processo). Já os dois últimos são resultado da consensualização. O consenso é definido pelo autor como consentimento recíproco, e a consensualidade indicaria o grau, maior ou menor, de consenso, no planejamento e na execução da política pública. Fato é que a atuação administrativa consensual constituiu um meio de composição de conflitos.

Os contratos são o instrumento por excelência da atuação consensual. Contudo, a legislação brasileira, atualmente, já consagra diversos outros instrumentos para a atuação consensual da Administração Pública¹¹.

No âmbito do direito sancionador, muitos foram os obstáculos suscitados para a atuação consensual da Administração Pública. O principal deles consistiu na invocação dos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público.

Os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público constituem construção teórica que objetiva sistematizar os institutos, normas

9. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 53.

10. MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015.

11. A título exemplificativo, cita-se: termo de ajustamento de conduta, arbitragem, mediação, comissões de conflitos, acordos substitutivos, entre outros.

e práticas do regime jurídico-administrativo. Portanto, tais princípios não contam com previsão normativa expressa.

A doutrina tradicional do Direito Administrativo brasileiro conceitua o interesse público primário como o interesse comum dos indivíduos que integram o grupo social. E, no regime jurídico administrativo e do próprio Direito Público, o interesse público ou interesses públicos prevaleceriam sobre os individuais (supremacia) e não estariam à disposição de quem quer que seja (“as pessoas administrativas não têm, portanto, disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização”¹²).¹³

De acordo com referida doutrina majoritária, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado estaria implícito no texto constitucional, que prevê prerrogativas para a Administração Pública, entre elas o poder-dever de aplicação de sanções, bem como limitações aos direitos individuais fundamentais em prol de interesses da coletividade.

Por outro lado, o princípio da indisponibilidade do interesse público seria decorrência lógica de sua supremacia.

Juliana Bonacorsi de Palma¹⁴ esclarece os múltiplos conceitos doutrinários atribuídos ao princípio da indisponibilidade do interesse público, que poderiam ser abarcados em quatro categorias:

- i) indisponibilidade da finalidade legal; ii) indisponibilidade do dever de agir da Administração; iii) indisponibilidade de bens e serviços públicos; iv) indisponibilidade das competências administrativas (entre elas, as prerrogativas públicas).

Fato é que, com a constitucionalização do Direito Administrativo e a partir do trabalho de Humberto Bergmann Ávila¹⁵, iniciaram-se, no Brasil, os estudos

12. Celso Antônio Bandeira de Mello citado por DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 98.

13. Corroborando tal entendimento, lecionam, entre outros, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Hely Lopes Meirelles.

14. PALMA, Juliana Bonacorsi de Palma. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/pt-br.php]. Acesso em: 08.07.2016.

15. Humberto Bergmann Ávila, *Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*, *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, citado por Gustavo Binenbojm em *Da supremacia do*

LOPES, Paula Lino da Rocha. *Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa*. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 383-407. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

doutrinários de verdadeira desconstrução do princípio da supremacia e, conseqüentemente, da indisponibilidade do interesse público.

Gustavo Binembojm¹⁶ alerta para o fato de que o reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituídos pela CR/88 e a estrutura maleável dos princípios constitucionais inviabilizam a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual. O texto constitucional reconhece e tutela interesses privados e coletivos como metas ou diretrizes para a Administração Pública. Dessa forma, compete ao legislador e à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização, no caso concreto, mediante o postulado da proporcionalidade.

Portanto, de acordo com o mencionado paradigma da atuação administrativa constitucional, o princípio da indisponibilidade do interesse público não seria obstáculo à consensualidade administrativa, na medida em que essa representaria mero instrumento para alcançar o interesse público no caso concreto, com os benefícios da maior eficiência e da legitimidade da ação administrativa.

Assim, ao adotar os instrumentos de consenso, o administrador não estaria dispondo do interesse público, e sim perseguindo-o por outro meio que não o ato administrativo unilateral e imperativo.

As objeções relativas à adoção de instrumentos de consenso no direito sancionador foram superadas pelo Direito Administrativo brasileiro, notadamente após a edição de leis como a Lei 12.529, de 30.11.2011 (Acordo de leniência em relação às infrações à ordem econômica), a Lei 12.846, de 01.08.2013 (Acordos de leniência em atos contra a Administração Pública) e a Lei 12.850, de 02.08.2013 (Colaboração premiada).

O Estado brasileiro, na esteira de outros países signatários de convenções internacionais de combate à corrupção, optou por adotar política utilitarista, celebrando acordos com os infratores para evitar impunidade diante da complexidade dos delitos.

interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista Dir. Proc. Geral*. Rio de Janeiro, (59) 2005, p. 49-82.

16. BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista Dir. Proc. Geral*. Rio de Janeiro, (59) 2005, p. 49-82.

LOPES, Paula Lino da Rocha. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 383-407. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

Thiago Marrara¹⁷ descreve que, tanto pela complexidade das infrações quanto pelas essenciais garantias processuais asseguradas aos cidadãos, os custos operacionais das tarefas processuais do Estado aumentaram, paralelamente à elevação da improbabilidade de sucesso dos processos administrativos acusatórios. Em face de tal realidade, de acordo com referido autor, os Estados se encontraram frente a um dilema: “negociar e punir com base em processos administrativos fortemente instruídos ou não negociar e aceitar um crescimento da impunidade resultante da fraqueza probatória de processos acusatórios baseados em técnicas tradicionais de instrução”.

Portanto, a partir de 2011, a utilização de acordos substitutivos no Direito sancionador tornou-se realidade no ordenamento jurídico brasileiro, por expressa opção legislativa e com fundamento na reinterpretação de institutos do Direito Administrativo, a partir do processo de sua constitucionalização.

5. ACORDO SUBSTITUTIVO ENVOLVENDO ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – FUNDAMENTOS

A atuação administrativa consensual é balizada pelos princípios constitucionais da Administração Pública, inclusive o da legalidade. Portanto, a celebração de acordo substitutivo pressupõe a existência de uma regra ou norma de competência.

O conceito de legalidade sofreu evolução ao longo dos tempos. Tal princípio é originário do Estado Liberal e, em sua acepção original, comportava dois desdobramentos: o da supremacia da lei (vinculação negativa – lei seria limitação para atuação do administrador) e o da reserva de lei (vinculação positiva – a atuação dos agentes públicos está condicionada à prévia autorização legal).

A doutrina tradicional do Direito Administrativo brasileiro adota o conceito de legalidade na concepção de vinculação positiva; ou seja, ao administrador público somente é permitido fazer o que a lei autoriza.

O radicalismo de tal concepção é combatido no âmbito do próprio Direito Administrativo, pois engessa a atuação administrativa e por ser inviável, na prática, que a lei preveja todos os pormenores da atividade da Administração Pública.

17. MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015.

LOPES, Paula Lino da Rocha. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, vol. 274, ano 42, p. 383-407. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

Embora a concepção de vinculação positiva da legalidade seja aceita nos casos de restrição ou de extinção de direitos fundamentais pela Administração Pública (atos de império), nas hipóteses de atuação consensual, tal concepção revela-se incompatível.

Com efeito, a atuação consensual pressupõe autonomia de vontade, que é mais ajustada com a concepção de vinculação negativa da legalidade.

Portanto, o paradigma da consensualidade, que decorre da evolução do próprio Direito Administrativo do Estado Democrático de Direito, pressupõe a reinterpretação do princípio da legalidade, com a relativização da concepção da vinculação positiva.

Os autores da filtragem constitucional do Direito Administrativo defendem a submissão da Administração Pública à juridicidade, e não apenas à legalidade. A juridicidade, por sua vez, constituiria um “bloco de legalidade” centrado na CR/88. A centralidade da Constituição permitiria a atuação administrativa constitucional, ainda que contra a lei¹⁸.

Como mencionado no tópico relativo aos fundamentos constitucionais para a atuação consensual, a consensualidade é princípio constitucional implícito, decorrente da adoção do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, especificamente em relação à defesa do patrimônio público, a Lei 7.347, de 24.07.1985¹⁹ confere competência aos órgãos legitimados para firmar termo de ajustamento de conduta.

Contudo, a Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429, editada no ano de 1992, prevê vedação expressa de acordo, transação ou conciliação que envolva atos de improbidade administrativa.

18. “A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, [i] segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade secundum legem), [ii] mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade praeter legem), ou, eventualmente, [iii] legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade contra legem, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).” BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 38.

19. Art. 5º [...]. § 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.

A opção do legislador na época, de acordo com os estudiosos do tema, decorre da indisponibilidade do interesse público que envolve a tutela do patrimônio público, o que, para parte de doutrina, inviabilizaria qualquer espécie de instrumento consensual, inclusive o termo de ajustamento de conduta²⁰.

Carlos Frederico Brito dos Santos²¹ criticou, desde o início, a medida radical tomada pelo legislador brasileiro, vedando a realização de acordos que envolvem os atos de improbidade administrativa. O autor registrou que, se a *plea bargaining* é uma tendência no próprio Direito Penal, que busca alternativas para penas privativas de liberdade, não haveria razão que desaconselhasse o acordo na seara da improbidade administrativa.

Noutra perspectiva, renomados especialistas da matéria, ainda com a vedação legislativa, entendem ser possível a celebração de termo de ajustamento de conduta com o agente ímprobo somente para acordar condições, prazo e modo da reparação do dano causado ao erário ou da perda da vantagem ilicitamente obtida, visto que não implicaria a renúncia de sanção, mas a sua antecipação²².

Emerson Garcia, Rogério Pacheco Alves e Rita Andréia Rehem Almeida Tourinho ainda defendem a transação nas hipóteses de atos de improbidade administrativa de menor potencial ofensivo ou de menor lesividade, como os atos culposos, omissivos ou mesmo comissivos dolosos causadores de danos de pequena monta. Todavia, ressaltam que a tese somente seria viável com alteração legislativa²³.

Verifica-se, portanto, que mesmo a doutrina que admite o abrandamento da vedação da lei de improbidade restringe-o à antecipação de sanções de natu-

20. Nesse sentido, confira-se, por exemplo: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 999. PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 213-214.

21. SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. *Improbidade administrativa: reflexões sobre a Lei n. 8.429/92*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 254-257.

22. Nessa esteira, entre outros: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 732-739. MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público: comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 359.

23. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 739-740. TOURINHO, Rita Andréia Rehem Almeida. O ato de improbidade administrativa de pequeno potencial ofensivo e o compromisso de ajustamento. Disponível em: [<https://jus.com.br/artigos/5053/o-ato-de-improbidade-administrativa-de-pequeno-potencial-ofensivo-e-o-compromisso-de-ajustamento>]. Acesso em: 25.02.2017.

LOPES, Paula Lino da Rocha. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 383-407. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

reza pecuniária por meio do termo de ajustamento de conduta, e não para negociar as sanções em troca de informações e provas acerca do ilícito, sua autoria e resultados.

Assim, a doutrina tradicional especializada nos atos de improbidade administrativa não vislumbra a possibilidade de acordos de leniência na espécie.

Contudo, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal²⁴ tem admitido a celebração de acordos pelo Ministério Público Federal no âmbito da improbidade administrativa, para atenuação ou mesmo não aplicação das sanções da Lei 8.429/1992, arquivando os respectivos procedimentos investigatórios²⁵.

Para tanto, sustentam a existência de um microsistema de combate à corrupção e de defesa do patrimônio público e da probidade administrativa, que já contempla a possibilidade de acordos de colaboração premiada na esfera criminal (Lei 12.850/2013) e de acordos de leniência na esfera administrativa (Lei 12.846/2013). Dessa forma, não faria sentido que o titular das ações penal e de improbidade pudesse celebrar acordo apenas em uma seara, no tocante aos mesmos fatos.

Ressaltam, ainda, que o acordo de leniência é instrumento de investigação, fundado, inclusive, em fontes normativas internacionais, que terá eficácia apenas se apresentar elementos úteis à respectiva investigação. Ademais, no acordo de leniência não se negocia a reparação do dano causado, já que não é sanção e, sim, restabelecimento do *status quo ante*.

Registre-se que os Procuradores da República, em suas promoções de arquivamento ou nas ações de improbidade em que pleiteiam apenas a declaração dos atos ímprobos, e não a aplicação das sanções, têm feito remissão ao trabalho de Andrey Borges de Mendonça, que trata da extensão dos efeitos da

24. A 5ª Câmara de Coordenação e Revisão é dedicada ao combate à corrupção e atua nos feitos relativos aos atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/92, nos crimes praticados por funcionário público ou particular (arts. 332, 333 e 335 do Código Penal) contra a administração em geral, inclusive contra a administração pública estrangeira, bem como nos crimes de responsabilidade de prefeitos e de vereadores previstos na Lei de Licitações. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5].

25. BRASÍLIA. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Voto 9212/2016, inquérito civil 1.30.001.001111/2014-42, rel. Procuradora Mônica Nicida Garcia. Disponível em: [www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf]. Acesso em: 18.02.2017.

colaboração premiada para o âmbito da improbidade administrativa, apesar da redação do art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92:

Aqui, como lembra Vladimir Aras, podemos invocar o brocardo *ubi eadem ratio ibi eadem ius*. Não há sentido em fornecer benefícios para alguém colaborar no âmbito criminal e esse mesmo agente ser punido pela Lei de Improbidade, exatamente em razão dos mesmos fatos. A incoerência na atuação estatal – reconhecendo benefícios em uma seara e negando em outra – demonstra até mesmo deslealdade do Poder Público com aquele que contribuiu para a perseguição dos agentes ímprobos, abrindo mão de seu direito a não se autoincriminar. Esta incoerência é reforçada quando a Ação de Improbidade se baseia justamente nos elementos desvelados pelo colaborador. Ademais, estamos tratando de um benefício para o réu, de sorte que não há vedação ao uso de analogia em seu favor. Por fim, a interpretação teleológica nos conduz nesse mesmo sentido. É indubitável que a vedação da lei de improbidade visa impedir que o interesse público seja lesionado. Porém, em casos de colaboração, sobretudo quando auxilia na recomposição no patrimônio público lesionado, o interesse público está sendo mais bem protegido, pois a Administração atingida é a mesma, as partes são as mesmas e o acordo acelera a reparação do dano causado ao erário e recuperação de ativos. Tanto isso é verdade que a Lei 9807/99 estabelece, como objetivo da colaboração, a recuperação total ou parcial do produto do crime, o que está em perfeita sintonia com o objetivo da ação de improbidade, conforme lembra Januário Paludo.

Assim, como lembra Vladimir Aras, há certa desproporcionalidade na aparente e absoluta vedação, por trazer desestímulo à cooperação e afronta à coesão sistêmica, atingindo o princípio da eficiência.

Destaque-se que em março de 2010, na Ação de Improbidade Administrativa n. 2006.50.01.009819-5113, que tramitou perante a Justiça Federal de Vitória/ES, aplicou-se a colaboração premiada no âmbito da improbidade administrativa aos réus Darci José Vedoin e Luiz Antônio Trevisan Vedoin. Segundo a Magistrada Federal, “a utilização da delação premiada, para fixação de sanção mínima, redução ou até afastamento de algumas das sanções, além de poder contribuir com as investigações e a instrução processual, mostra-se princípio de equidade e de igualdade jurídica, já que, em diversas outras situações legais, a renúncia ao direito constitucional de manter-se em silêncio converte-se em benefícios, com redução expressiva da sanção imposta”. No caso, a Juíza mitigou aos colaboradores a condenação ao pagamento de multa civil – que não possui caráter indenizatório, mas sim sancionatório²⁶.”

26. Trecho extraído do citado Voto 9212/2016 proferido pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF no inquérito civil 1.30.001.001111/2014-42. Disponível em: [www.

LOPES, Paula Lino da Rocha. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 383-407. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

A tese do Ministério Público Federal foi acolhida pela 5ª Vara Federal de Curitiba, em decisão que recebeu a ação de improbidade para declaração da prática dos atos, e não para aplicação de sanções, oportunidade em que a Juíza Federal Giovanna Mayer consignou a respeito do tema²⁷:

O art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92 veda a “transação, acordo ou conciliação” nas ações de improbidade administrativa. Se em 1992, época da publicação da Lei, essa vedação até se justificava tendo em vista que estávamos engatinhando na matéria de combate aos atos ímprobos, hoje, em 2015, tal dispositivo deve ser interpretado de maneira temperada.

Isso porque, se o sistema jurídico permite acordos com colaboradores no campo penal, possibilitando a diminuição da pena ou até mesmo o perdão judicial em alguns casos, não haveria motivos pelos quais proibir que o titular da ação de improbidade administrativo, no caso, o MPF pleiteie a aplicação de recurso semelhante na esfera cível. Cabe lembrar que o artigo 12, parágrafo único, da Lei 8.249/92 admite uma espécie de dosimetria da pena para fins de improbidade administrativa, sobretudo levando em conta as questões patrimoniais.

Portanto, os acordos firmados entre os réus e o MPF devem ser levados em consideração nesta ação de improbidade administrativa.

Ora, como mencionado alhures, a interpretação constitucional do Direito Administrativo impõe a reinterpretação do princípio da legalidade, que não se restringirá à submissão a lei formal, mas a todo o Direito (juridicidade), notadamente aos princípios constitucionais que possuem força normativa primária.

Nesse contexto, a vedação absoluta contida no art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92 encontraria, atualmente, seu primeiro óbice nos princípios constitucionais da consensualidade e da eficiência.

Ademais, importa consignar que os atos de improbidade administrativa, como caracterizadores de atos de corrupção, possuem fontes normativas internacionais, consistentes nas convenções internacionais de que o Brasil é signatário e foram internalizadas no nosso ordenamento jurídico.

mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf]. Acesso em: 18.02.2017; e da ação de improbidade administrativa 5006628-92.2015.4.04.7000, em trâmite da 2ª Vara da Seção Judiciária do Paraná. Disponível em: [www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150223-05.pdf]. Acesso em: 25.02.2017.

27. PARANÁ, 5ª Vara Federal de Curitiba, Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa 500671718.2015.4.04.7000/PR, Juíza Federal Giovanna Mayer, 17.11.2015.

Daniel Amorim Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2014)²⁸ citam três convenções específicas sobre o tema, quais sejam: a) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais: elaborada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE) – ratificada pelo Decreto Legislativo 125/2000 e promulgada pelo Decreto Presidencial 3.678/2000; b) Convenção Interamericana contra a Corrupção (CICC), elaborada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) – ratificada pelo Decreto Legislativo 152/2002 e promulgada pelo Decreto Presidencial 4.410/2002; e c) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC): ratificada pelo Decreto Legislativo nº 348/2005 e promulgada pelo Decreto Presidencial 5.687/2006.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – CNUCC –, ratificada pelo Decreto Legislativo 348/2005 e promulgada pelo Decreto Presidencial 5.687/2006, é conhecida como Convenção de Mérida²⁹, possui *status* de lei ordinária e, em seu art. 37³⁰ dispôs expressamente sobre acordo entre infratores e autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei.

-
28. NEVES, Daniel Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2014. p. 24.
29. A convenção da ONU contra a corrupção foi assinada em 09.12.2003, na cidade de Mérida, no México.
30. Artigo 37 Cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei.
1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto.
 2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.
 3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.
 4. A proteção dessas pessoas será, *mutatis mutandis*, a prevista no Artigo 32 da presente Convenção.
 5. Quando as pessoas mencionadas no parágrafo 1 do presente artigo se encontrem em um Estado Parte e possam prestar cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes interessados poderão considerar a

LOPES, Paula Lino da Rocha. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 383-407. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

Portanto, desde 2006, com a internalização da convenção citada, há no Brasil lei ordinária, ainda que programática, que autoriza a autoridade administrativa a celebrar acordos com infratores, mitigando a pena ou concedendo-lhe imunidade judicial, em troca de cooperação substancial a investigação envolvendo atos de corrupção.

Ademais, a Lei 13.105, de 16.03.2015 (Código de Processo Civil), atenta ao paradigma da consensualidade, estabeleceu, em seu art. 3º, que o Estado promoverá a solução consensual dos conflitos, sempre que possível, inclusive no processo judicial.

Assim, em que pese a vedação do art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa, a celebração de acordo de leniência envolvendo atos de improbidade administrativa encontra fundamento no princípio da juridicidade administrativa.

Com efeito, o “bloco de legalidade” sobre o tema garante juridicidade à atuação da autoridade administrativa, na medida em que a CR/88 consagra o princípio implícito da consensualidade e a Convenção de Mérida e as Leis Federais 12.846/2013 e 12.850/2013, que integram o microsistema de combate à corrupção e defesa do patrimônio público, permitem e delineiam o acordo substitutivo que envolve atos de corrupção.

6. ACORDO SUBSTITUTIVO ENVOLVENDO ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PARÂMETROS

Os estudiosos do Direito Administrativo alertam para a necessidade de estabelecer os objetos que podem ser transacionados pela Administração, bem como uma metodologia clara, a fim de evitar que os instrumentos de consenso sejam desvirtuados, notadamente em países, como o Brasil, em que há histórico de “cooptação dos poderes estatais pelo poder econômico”³¹.

Assim, fixada a possibilidade de celebrar acordos de leniência (substitutivos) que envolvem atos de improbidade administrativa, importa aferir seus parâmetros, na medida em que ainda não há lei específica para o caso.

possibilidade de celebrar acordos ou tratados, em conformidade com sua legislação interna, a respeito da eventual concessão, por esse Estrado Parte, do trato previsto nos parágrafos 2 e 3 do presente artigo.

31. ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. *Revista de Informação Legislativa*, n. 167, jul./set. 2005.

Registre-se que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 5.208/2016, que altera o art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92, admitindo expressamente a celebração de acordo de leniência com os responsáveis pela prática de ato de improbidade administrativa e estabelecendo seus parâmetros³².

32. Art. 3º A Lei 8.429, de 1992, passa a vigorar acrescida dos arts. 17-A e 17-B, com as seguintes redações:

“Art. 17-A O Ministério Público e as pessoas jurídicas do ente da Federação interessadas, estas devidamente representadas pelas respectivas Advocacias Públicas, poderão celebrar acordo de leniência com as pessoas físicas e jurídicas responsáveis pela prática dos atos de improbidade administrativa previstos nesta Lei, desde que haja efetiva colaboração com as investigações e com o processo judicial e dessa colaboração resulte, cumulativamente:

I – a identificação dos demais envolvidos na infração;

II – a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito apurado e que já não sejam do conhecimento do Estado.

§ 1º O acordo de que trata o *caput* somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I – esteja assegurada a reparação do dano ou perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, quando verificada essa circunstância;

II – o interessado:

a) aceite ser submetido a, pelo menos, uma das sanções previstas no art. 12 desta Lei, reduzida em até 2/3 (dois terços), conforme a espécie do ato de improbidade administrativa praticado;

b) cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data da celebração do acordo;

c) coopere plena e permanentemente com as investigações e com o processo judicial, inclusive compareça, sob suas expensas, sempre que solicitado, a todos os atos processuais, até seu encerramento;

d) não haja descumprido acordo anterior nos últimos cinco anos;

III – as características pessoais do interessado e as circunstâncias do ato ímprobo indiquem que a solução adotada é suficiente para a prevenção e para a repressão da improbidade administrativa.

§ 2º O acordo de leniência:

I – estipulará, por escrito, as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil da persecução;

II – não exime a pessoa física ou jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 3º A reparação parcial e espontânea do dano ao erário não impede a adoção de medidas ressarcitórias para reaver sua integral reparação.

§ 4º Na mesma hipótese do *caput* e do § 1º deste artigo, o Ministério Público poderá ajuizar a ação de improbidade administrativa e pedir a sua suspensão durante o

LOPES, Paula Lino da Rocha. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 383-407. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

cumprimento do acordo ou poderá requerer o perdão judicial no curso do processo, se o colaborador prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5º A formalização da proposta de acordo de leniência suspende o prazo prescricional em relação aos atos e fatos objeto de apuração previstos nesta Lei, e sua celebração o interrompe.

§ 6º O descumprimento do acordo a que alude o caput deste artigo importará no ajuizamento da ação de improbidade administrativa ou sua continuidade, para a aplicação das sanções previstas nesta Lei, sem prejuízo da imediata execução do valor referente à reparação do dano causado ao patrimônio público e das demais cominações pecuniárias decorrentes de ordem judicial em razão do descumprimento da avença.

§ 7º As negociações e a celebração do acordo ocorrerão em sigilo, o qual será suspenso em caso de recebimento da ação civil de improbidade administrativa ou por anuência do colaborador, devidamente assistido por seu advogado.

§ 8º Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador.

§ 9º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

§ 10 O cumprimento integral das cláusulas do acordo de leniência implicará a extinção da ação de improbidade administrativa ou o impedimento de sua propositura em virtude dos mesmos fatos e em face das mesmas pessoas que celebraram o acordo, não vinculando os legitimados que não foram signatários do acordo.

§ 11 As provas obtidas em decorrência do caput poderão ser aproveitadas em processos criminais, cíveis, de controle externo ou administrativos nos quais sejam apurados os fatos que deram origem às ações disciplinadas por esta Lei.

§ 12 Os documentos porventura juntados durante o processo para elaboração do acordo de leniência deverão ser devolvidos à pessoa jurídica quando não ocorrer a celebração do acordo.

§ 13 Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos os efeitos do acordo, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.

§ 14 Presentes os requisitos dispostos neste artigo, o acordo de que trata esta Lei poderá ser celebrado em conjunto com outros instrumentos previstos em leis específicas aplicáveis aos mesmos fatos.

§ 15 O acordo de leniência celebrado no âmbito desta Lei deverá ser submetido à homologação judicial mediante procedimento específico.

§ 16 Será dada ciência prévia ao Ministério Público sobre o acordo de leniência celebrado pela pessoa jurídica do ente da Federação interessada, que oficiará no processo na condição de fiscal da lei.

Art. 17-B Para viabilizar a investigação dos atos de improbidade, o Ministério Público poderá valer-se, independentemente de autorização judicial, de acesso aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a

Na justificativa do referido projeto há o reconhecimento da existência de um microsistema anticorrupção previsto em leis esparsas, decorrente de compromissos internacionais assumidos pelo País, que, no tocante ao acordo de leniência, está gerando insegurança jurídica³³.

Contudo, enquanto não aprovado ato normativo disciplinando a questão, verifica-se que o Ministério Público Federal tem utilizado, como parâmetro para os acordos de leniência em improbidade administrativa, as normas do denominado microsistema de combate à corrupção, quais sejam, as convenções internacionais adotadas pelo Brasil, a Lei 12.846/2013 (Acordo de leniência – arts. 16 e 17) e a Lei 12.850/2013 (Colaboração premiada)³⁴.

Assim, até a aprovação da lei específica, recomenda-se a utilização dos parâmetros dos institutos correlatos (Acordo de leniência da Lei 12.846/2013 e Acordo de colaboração premiada) para a celebração de acordo substitutivo que envolve atos de improbidade administrativa, a fim de viabilizar maior transparência e controle.

7. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou, a partir de sucinto histórico do Direito Administrativo, evidenciar que a utilização de instrumentos de consenso decorre da evolução do referido ramo do Direito e está alicerçada no princípio constitucional implícito da consensualidade, decorrente da adoção do Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Nesse cenário, a autoridade administrativa competente, no exercício da atividade discricionária, poderá optar por instrumentos consensuais, a fim de atingir o interesse público no caso concreto com mais eficiência e legitimidade.

No âmbito do Direito sancionador, apesar dos óbices levantados no tocante à supremacia e à indisponibilidade do interesse público, a utilização de acordos

filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.” (NR)

33. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E215E1A0010F6351241BF7F11B509C0B.proposicoesWebExterno1?codteor=1456182&filename=PL+5208/2016].

34. BRASÍLIA. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Voto 9212/2016, inquérito civil 1.30.001.001111/2014-42, rel. Procuradora Mônica Nicida Garcia. Disponível em: [www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf]. Acesso em: 18.02.2017.

LOPES, Paula Lino da Rocha. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 383-407. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

substitutivos tornou-se realidade no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente a partir das Leis 12.529/2011 (acordo de leniência em relação às infrações à ordem econômica), 12.846/2013 (acordos de leniência em atos contra a Administração Pública) e 12.850/2013 (Colaboração premiada).

Na seara dos atos de improbidade administrativa, a Lei 8.429/92 continua prevendo vedação expressa ao acordo, conciliação e transação (art. 17, § 1º).

Apesar da vedação legal, especialistas do tema já vinham defendendo o abrandamento da regra, com a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta para prever prazos, condições e modo da reparação do dano ao erário ou da perda dos valores auferidos ilicitamente, na medida em que se trata apenas de antecipação de sanções de natureza pecuniária.

A utilidade prática do acordo, nesses termos, para o infrator é contestada, visto que não inibiria o ajuizamento da ação de improbidade.

Fato é que a doutrina tradicional do tema não vislumbra a possibilidade de celebração de acordos substitutivos das sanções envolvendo atos de improbidade administrativa, ante a vedação legal expressa.

O tema começou a ganhar relevância prática ante a adesão do Brasil a convenções internacionais de combate à corrupção e o desvendamento de graves casos de corrupção no país.

As autoridades administrativas competentes passaram a utilizar acordos substitutivos na esfera criminal (colaboração premiada), com fundamento inicialmente nas Leis 9.807/99 e 10.409/2002, o que foi decisivo para evidenciar esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro antes não alcançados pelos meios tradicionais de investigação³⁵.

No ano de 2013, movimentos sociais espontâneos tomaram as ruas do País, manifestando-se, entre outras pautas, pelo combate a corrupção.

Diante da pressão social, o Congresso Nacional aprovou as Leis 12.846/2013 e 12.850/2013, que possibilitaram a celebração de acordos de leniência em decorrência de atos contra a Administração Pública (responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas) e ampliou a colaboração premiada na esfera criminal, respectivamente.

Registre-se que, desde o início dos anos 2000, o Brasil firmou e internalizou compromissos internacionais de combate à corrupção, que implicavam alterações legislativas para introdução e ampliação de novos meios de investigação e pre-

35. Caso Banestado é citado como exemplo de operação da Polícia Federal e do Ministério Público Federal, da época, com utilização da colaboração premiada.

LOPES, Paula Lino da Rocha. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 383-407. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

venção à corrupção. Contudo, as respectivas leis somente foram aprovadas pelo Congresso Nacional no ano de 2013, em razão da pressão popular mencionada.

Dessa forma, a partir de 2013, implementou-se verdadeiro microsistema anticorrupção e de defesa do patrimônio público e da probidade administrativa no País, constituído, principalmente, pelas Leis 12.846/2013 e 12.850/2013 e pela Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).

Todavia, em relação à possibilidade de celebração de acordos substitutivos de sanções em troca de provas das infrações, seus autores, resultados, além da reparação do dano, o microsistema mencionado apresenta contradição interna.

Isso porque, embora as Leis 12.846/2013 e 12.850/2013 admitam a celebração de acordos de leniência e de colaboração premiada, a Lei 8.429/92 continua vedando qualquer tipo de transação, acordo ou conciliação.

Assim, de acordo com a interpretação literal da legislação, seria possível transigir com sanções mais gravosas dos atos de corrupção (penas privativas de liberdade de natureza criminal), mas a autoridade competente é vedada a fazê-lo com as sanções cíveis, decorrentes dos mesmos fatos, que também caracterizavam atos de improbidade administrativa.

Diante do imbróglio legislativo e da necessidade de solucionar na prática os casos de corrupção que envolviam acordos de colaboração premiada, as autoridades administrativas, com fundamento nas convenções internacionais firmadas pelo Brasil e nos princípios constitucionais da eficiência e isonomia, passaram a admitir os acordos de leniência que envolvam atos de improbidade administrativa, afastando a vedação do § 1º do art. 17 da Lei 8.429/92. Para balizar tais acordos foram utilizadas as disposições das Leis 12.846/2013 e 12.850/2013.

Por se tratar de tema recente, ainda não há doutrina e jurisprudência firmadas sobre o assunto, concentrando o material pesquisado nas decisões administrativas do Ministério Público Federal e em decisões judiciais de primeira instância.

A alteração da Lei de Improbidade Administrativa poderá solucionar a questão, conferindo segurança jurídica aos envolvidos (autoridades administrativas e infratores) e garantindo coerência ao microsistema de combate à corrupção.

A Medida Provisória 703/2015 constituiu tentativa frustrada, que poderá ser corrigida com a aprovação do Projeto de Lei 5.208/2016 pelo Congresso Nacional.

De todo modo, na pendência da alteração legislativa, verifica-se que a solução utilizada pela autoridade administrativa encontra amparo no princípio

LOPES, Paula Lino da Rocha. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 383-407. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

da juridicidade. Com efeito, apesar da vedação da Lei 8.429/92, o princípio constitucional implícito da consensualidade e o microsistema de combate à corrupção e defesa do patrimônio público autorizam a atuação administrativa consensual, mediante a celebração de acordo substitutivo em improbidade administrativa.

8. REFERÊNCIAS

- ALVES JÚNIOR, Onofre. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. *Revista de Informação Legislativa*, n. 167, jul./set. 2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 13, mar./maio 2008.
- BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista Dir. Proc. Geral*. Rio de Janeiro, (59) 2005.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 2, 2015.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público: comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MOREIRA NETO, DIOGO DE FIGUEIREDO. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003.
- NEVES, Daniel Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. 2. ed. *Manual de improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2014.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da*

- Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Método, 2016.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de Palma. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/pt-br.php]. Acesso em: 08.07.2016.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. *Improbidade administrativa: reflexões sobre a Lei n. 8.429/92*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- TOURINHO, Rita Andrea Rehem Almeida. *O ato de improbidade administrativa de pequeno potencial ofensivo e o compromisso de ajustamento*. Disponível em: [<https://jus.com.br/artigos/5053/o-ato-de-improbidade-administrativa-de-pequeno-potencial-ofensivo-e-o-compromisso-de-ajustamento>]. Acesso em: 18.02.2017.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Âmbito constitucional de aplicação do direito penal e do direito administrativo sancionador, de Sirlene Nunes Arêdes – *RBCCrim* 129/435-477 (DTR\2017\389);
- O direito de defesa na constituição. A natureza jurídica da prisão preventiva. Exercício abusivo como forma de obtenção de delações premiadas. Inconstitucionalidade. Parecer, de Ives Gandra da Silva Martins e Antonio Claudio Mariz de Oliveira – *RT* 960/299-341 (DTR\2015\13207); e
- Procedimento e sanções na lei anticorrupção (Lei 12.846/2013), de Paulo Henrique dos Santos Lucon – *RT* 947/267-279 (DTR\2014\9967).