

A CONSENSUALIDADE NO ÂMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: LIMITES DE NEGOCIABILIDADE DE INTERESSES PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

Lucas César Costa Ferreira

CONSENSUALITY IN THE FRAMEWORK OF ADMINISTRATIVE MISCONDUCT: LIMITS OF NEGOTIABILITY OF INALIENABLE PUBLIC INTEREST

RESUMO

O presente artigo científico, pautado em pesquisa teórica e documental, tem por escopo analisar os espaços de consensualidade no âmbito da responsabilidade decorrente de atos de improbidade administrativa. Assim, com base na compreensão do perfil moderno do Ministério Público como órgão indutor de políticas públicas, que prioriza a concretização dos direitos fundamentais mediante a solução extrajudicial, cogita-se a incursão – embora ponderada e limitada – da negociabilidade no direito sancionador, com vistas a tornar mais efetiva a responsabilização por atos de improbidade administrativa.

» **PALAVRAS-CHAVE:** IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONSENSUALIDADE. LIMITES.

ABSTRACT

Based on theoretical and desk research, this scientific article aims to analyze spaces of consensuality within the scope of liability arising from acts of administrative misconduct. Therefore, based on the understanding of the modern profile of the Public Prosecutor's Office as a driving agency of public politics that prioritizes the realization of fundamental rights through an out-of-court settlement, we consider the incursion – although pondered and limited – of negotiability in punitive law, to make accountability for administrative misconduct acts more effective

» **KEYWORDS:** ADMINISTRATIVE MISCONDUCT. CONSENSUALITY. LIMITS.

INTRODUÇÃO

De acordo com os dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça (2017), há quase 80 milhões de processos pendentes de julgamento. A pesquisa, que teve o ano de 2016 como base, revelou que, inobstante a vigência do novo Código de Processo Civil, em comparação ao ano de 2015, foi observado o aumento de casos pendentes e não solucionados à razão de 3,6%.

Desse modo, em virtude da limitação observada na adjudicação automática das controvérsias a um processo judicial litigioso, há determinado movimento que identifica outras portas, ou novas formas, de acesso à justiça, a saber, uma justiça multiportas (DIDIER; ZANETTI JR., 2017).

Conforme destacam os professores Fredie Didier e Hermes Zanetti Jr. (2017, p. 36-38), o recurso à via judicial passa a ser entendido como *ultima ratio* em decorrência da adequação a vias que sejam mais propícias à solução da controvérsia concretamente constituída.

Com base nos estudos capitaneados pelo jurista Mauro Cappelletti, o professor Luciano Bordini (2017) identifica, na análise das ondas de acesso à justiça, a contemporaneidade do terceiro estágio, cuja ênfase está no acesso global à justiça, o qual contempla a mediação e a conciliação como ferramentas para a solução de controvérsias. Nesse contexto, o professor pontua algumas medidas que poderiam ser eficazes para a consolidação de uma justiça mais célere e eficiente, *in verbis*:

a) a capacitação dos operadores do Direito em técnicas de mediação e negociação de conflitos, já que temos, até hoje no Brasil, uma formação acadêmica marcadamente voltada e orientada ao fomento do litígio; b) o reconhecimento que acesso à Justiça não é acesso ao litígio, mas à solução deste com eficiência e agilidade, mediante a utilização de métodos autocompositivos, que não devem ser considerados como uma alternativa secundária à Justiça formal, mas como via igualmente preferencial destinada ao tratamento adequado de conflitos; c) o uso do inquérito civil não mais como mero instrumento destinado ao exercício responsável da ação civil pública, mas como instrumento vocacionado à formalização do consenso em seara extrajudicial.

Os novos espaços de promoção da justiça, porém, ainda não têm definição precisa e, em especial no direito sancionador, ainda há resistência a eles. Isso, porque, conforme constata o professor Emerson Garcia (2017), o direito sancionador está mais afeto ao modelo de submissão, visto que trata, em geral, de interesses indisponíveis, que sugerem a formação de quadro normativo-jurídico mais rígido.

Contudo, essa constatação não elide a formação de modelos híbridos mesmo no direito sancionador, desde que a proposta não conceda vantagem para o potencial infrator. Com efeito, a extensão da indisponibilidade do bem jurídico tutelado, quando limitada, pode revelar espaços de consensualidade em que se viabilize o ajuste de negociações, o que, para o professor Emerson Garcia (2017), tem constituído uma tendência.

Na atualidade, a Resolução 179, de 26 de julho de 2017, e a Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público, confirmaram o avanço do paradigma de consensualidade inaugurado pela Resolução 118, de 1º de dezembro de 2014, ao pretender estabelecer limites e portas de entrada para a consensualidade no direito sancionador.

No contexto da responsabilização por improbidade administrativa, porém, conforme pondera o professor Emerson Garcia (2017), ao reproduzir crítica formulada pela literatura especializada, “o principal óbice à consensualidade no âmbito da improbidade administrativa parece ser a ausência de todo e qualquer balizamento ao modo como se projetará na realidade”.

Com efeito, no âmbito da improbidade administrativa, os espaços de consensualidade e os limites de negociação ainda não foram bem e claramente definidos. Assim, no presente artigo, a par do perfil moderno do Ministério Público como órgão indutor de políticas públicas eficientes, serão avaliados a oportunidade, os espaços e os limites de negociação do Ministério Público nos atos de improbidade administrativa.

1 A FEIÇÃO MODERNA DO MINISTÉRIO PÚBLICO: PRIORIDADE À RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS (ARTIGO 3º, § 2º, DO NCPC)

A compreensão do Estado Democrático de Direito contemporâneo como ponto de chegada do amplo processo histórico consolidador da ideia de justiça, concebida como *maximum* ético (SALGADO, 2006) e traduzida como universalização máxima dos direitos fundamentais no Estado Constitucional, orienta a definição das funções primordiais do Ministério Público e o exercício das atribuições constitucionais a ele consignadas.

Como afirma Hermes Zanetti, os desafios contemporâneos “exigem do Ministério Público a atuação voltada a maximizar a tutela dos direitos fundamentais, planejando sua atuação” (2017, p. 113), o que requer o exercício prioritário, responsável e resolutivo – observada a nova *summa divisio* estabelecida pela ordem constitucional (ALMEIDA, 2008) – da tutela de direitos coletivos *lato sensu* (v.g., patrimônio público, saúde, meio ambiente, educação e segurança pública).

Assim, qualquer obstáculo processual imposto à tutela efetiva de direitos fundamentais deve ser afastado, por afrontar a principiologia constitucional, agora também consagrada no Novo Código Processual Civil¹ (ZANETTI, 2017).

Em vias de equacionar os princípios institucionais e constitucionais da unidade e da independência funcional², Hermes Zanetti sugere que o Ministério Público, nessa perspectiva de maximização da tutela dos direitos fundamentais, adote um “modelo de interpretação realista, moderada e responsável que respeite o conteúdo normativo da lei, da Constituição e da tradição jurídica na qual ele está inserido” (2017, p. 118). Em razão desse perfil traçado, o Ministério Público alcança um poder/dever de agenda, correlacionado – de maneira indissociável – ao dever de prestação de contas à sociedade (*accountability*).

A propósito, Hermes Zanetti (2017) traz a lume algumas inovações introduzidas pelo Conselho Nacional do Ministério Público que exemplificam o reconhecimento desse perfil moderno:

A Recomendação nº 34 do Conselho Nacional do Ministério Público valorizou, justamente por essa razão, o *poder de agenda* do Ministério Público, ao definir que o planejamento institucional fará parte das matérias consideradas de interesse público para fins de intervenção (arts. 1º, I e 5º, parágrafo único). Mais recentemente, em matéria de proteção do patrimônio público, a Recomendação nº 42 do Conselho Nacional do Ministério Público determina que cabe ao Ministério Público: “estabelecer critérios objetivos e transparentes que permitam a priorização de atuação em casos de maior relevância e com maior potencial de retorno para o erário e para a sociedade, bem como a não atuação justificada em matérias de menor relevância” (art. 7º). Percebe-se, a olhos vistos, uma mudança de direção em prol da efetividade da tutela dos direitos, em consonância com a exigência do CPC/2015, não bastando mais a atuação formal em todos os processos (ZANETTI, 2017, p. 119).

Definida a agenda, cabe igualmente ao Ministério Público eleger mecanismos e espaços adequados para a maximização da efetividade dos direitos fundamentais. Desse modo, a partir da dinâmica introduzida e principiologicamente estabelecida no Novo Código de Processo Civil, tem-se que cabe ao Ministério Público, sempre que possível, priorizar a solução extrajudicial de conflitos (artigo 3º, § 2º, do CPC/2015).

Com efeito, sob essa perspectiva, o Ministério Público, como órgão indutor de políticas públicas, deve afinar-se com o novo paradigma de atuação, a fim de alcançar melhores resultados no exercício de suas atribuições e de conferir efetividade àquelas. Sensível a esse cenário, o Conselho Nacional do Ministério Público, oportunamente, editou a Resolução 118, de 1º de dezembro de 2014, com o propósito de consolidar a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no Ministério Público.

Em setembro de 2016, durante o 7º Congresso de Gestão do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), foi elaborada a “Carta de Brasília”, que recomendou a “priorização do modelo de Ministério Público de atuação extrajudicial para a efetividade da função resolutiva”, com o intuito de ser revisitada a tradicional priorização da via judicial (BRASIL, 2016).

Em decorrência dessa nova orientação, as práticas e as rotinas ministeriais merecem uma readequação. Decerto, consoante adverte Luciano Badini (2017), o inquérito civil público não mais se volta exclusivamente ao exercício da ação civil pública, mas tem por fim, prioritariamente, alcançar a solução consensual em via extrajudicial. Nessa senda, o manejo da ação civil pública transmuda-se em recurso supletivo (*ultima ratio*), só se tornando acessível quando prejudicado o resgate dialógico do conflito.

Do mesmo modo, Badini assevera que “o conteúdo dos termos ou compromissos de ajustamento de conduta (TAC) deverá ser revisto e ampliado, com esta readequação promovida, de maneira ‘dialogal e colaborativa’, nos autos do Inquérito Civil” (2017, p. 208). Isso significa que o termo de ajustamento de conduta passa a ser revestido de verdadeiro caráter negocial, de modo que não se restringe a tão somente comportar forma, prazo, local e sanções para o descumprimento das obrigações assumidas, mas também a contemplar negócios jurídicos processuais (artigo 190, CPC/2015) e concessões recíprocas (quando admissíveis) em prol da máxima efetividade dos direitos fundamentais tutelados (BADINI, 2017).

Reduzir o termo de ajustamento de conduta a mero instrumento de assunção de obrigações e de previsão de sanções instrumentais compreende concepção que acaba por protelar, salvo raríssimas exceções, a solução de situações conflitivas que, comumente, uma vez observado o descumprimento das obrigações assumidas, acabam sendo objeto de execuções civis que se eternizam em espaços judiciais.

Pelo paradigma tradicional, geralmente o caráter indisponível do interesse público afasta qualquer margem de negociabilidade, ainda que possível o recurso a mecanismos que otimizem a efetividade dos direitos fundamentais. Essa indevida exacerbação da indisponibilidade do interesse público ignora a situação de ilicitude ou de ofensa a esse bem, como a liberdade decisória – mesmo que voltada ao descumprimento das obrigações assumidas no TAC – daquele que tem o dever legal ou jurídico imposto pela norma.

Nesse contexto, a nota da indisponibilidade do interesse público, sobretudo quando alçada, de maneira absoluta e abstrata, à situação conflitiva, impede a efetiva solução desta, como adverte Elton Venturi:

Em primeiro lugar, a ausência de genuína transação (concessões recíprocas), sob a justificativa da indisponibilidade dos direitos ou interesses em disputa, implica a ausência de

qualquer real incentivo para que o conflito seja resolvido, pragmaticamente, da melhor forma possível para todos. Afastada *ab initio* qualquer possibilidade de negociação relativamente à essência do conflito coletivo, a mera regulação de “prazos e formas” para o cumprimento da obrigação não é conciliação (muito menos transação), senão retórico reforço a disposições constitucionais, legais ou contratuais consideradas indiscutíveis e imutáveis. Daí que a assinatura de ajustes de conduta, não raras vezes, revela-se pouco útil e insuficiente para garantir concretamente a melhor ou a possível proteção dos direitos ou interesses em discussão (VENTURI, 2016, p. 416).

Logo, atribuir a nota de indisponibilidade a determinado interesse público, por si só, não assegura a observância deste. A rigor, especialmente quando desatendido, o interesse público tem a tutela condicionada a processo judicial moroso e pouco eficiente. Ignoram-se, assim, as limitações próprias do instrumento, ou do mecanismo judicial, que, por vezes, se revela potencialmente mais prejudicial ao interesse lesado do que à sua própria disponibilidade.

Por outro lado, conforme ensina o professor Marçal Justen Filho (1999, p. 133), o conteúdo do interesse público é formado pelas circunstâncias concretamente observadas e constitui fruto de aplicação do próprio Direito. Não há, portanto, uma definição apriorística de interesse público, nem mesmo de sua titularidade, motivo pelo qual a correspondente configuração deve ser analisada em cada oportunidade.

Desse modo, tem-se que, uma vez afastada a definição apriorística do conteúdo do interesse público e a consequente e eventual censura da atuação ministerial, podem ser cogitados instrumentos de legitimação e de limitações de um processo negocial constitucional.

Com efeito, a edificação de um processo negocial dialético de solução de conflitos envolvidos por interesses públicos indisponíveis requer a participação democrática e dialógica bem como a definição de limites, de estruturas de controle e de adequação da representação (VENTURI, 2016, p. 416).

Nesse ponto, transforma-se em tormento a potencial incursão dessa prioridade de solução extrajudicial no direito sancionador, em especial no que diz respeito à responsabilidade por atos de improbidade administrativa.

2 O ARTIGO 17, § 1º, DA LEI 8.429/92: O MENOR DOS OBSTÁCULOS À CONSENSUALIDADE

O artigo 17, § 1º, da Lei 8.429/92 estabelece ser vedado realizar transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa. Embora atualmente em vigor, o referido dispositivo fora revogado pela Medida Provisória 703/2015, que acabou caducando, por não ter sido votada pelo Congresso Nacional (DIDIER; ZANETTI JR., 2017, p. 50).

Assim, como argumenta Emerson Garcia (2017), a existência da referida disposição normativa configura obstáculo de difícil superação:

Afinal, a única forma de superá-lo seria reconhecer a presença de um conflito com outra norma do sistema, superior ou posterior, daí decorrendo a revogação dessa vedação. Ocorre que tal antinomia ou contradição normativa simplesmente não existe. E mesmo que a revogação tivesse ocorrido, ainda teríamos de superar a inexistência de qualquer balizamento procedimental para a aplicação das sanções (GARCIA, 2017).

Para Fredie Didier e Hermes Zanetti Jr. (2017), a proibição estabelecida no artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa é decorrência da imposição existente na esfera penal, que afastava qualquer possibilidade de celebração convencional. Ocorre que, em virtude da ascensão dos instrumentos de justiça penal negocial, torna-se evidente que a restrição imposta no âmbito da improbidade administrativa, em caráter absoluto, revela inegável anacronismo da norma.

Ainda, os referidos professores sustentam que, em sendo afastada a negociabilidade em matéria de improbidade administrativa, criar-se-ia uma

situação absurda: seria possível negociar sanções tidas como mais graves pelo sistema, porque decorrente da prática de crimes (por definição, o ilícito mais reprovável), mas não seria possível negociar no âmbito de uma ação de improbidade administrativa (DIDIER; ZANETTI JR., 2017, p. 51-52).

Outro cenário que esclarece o anacronismo da Lei de Improbidade Administrativa diz respeito ao advento da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), que, conquanto tenha âmbito de incidência diverso, introduziu o acordo de leniência, que possui natureza de negócio jurídico.

Por possuir objeto corregulado pela Lei de Improbidade Administrativa, tem-se que a intersecção entre os dois tratamentos legais é evidente; logo, o referido ajuste tem a aptidão de se revelar como negócio processual atípico em processo de improbidade administrativa (DIDIER; ZANETTI JR., 2017). A rigor, tal intersecção já havia sido evidenciada pela edição da MP 703/2015, que estabeleceu, em havendo celebração de acordo de leniência, o impedimento de manejo de ações de improbidade em desfavor das empresas demandadas.

Ainda no tocante a essa cogitada antinomia, tem-se que a dinâmica e a principiologia estabelecida no Novo Código de Processo Civil sugere e reforça a tese de superação do anacronismo previsto no artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa. Com efeito, a novel inteligência legal codificada favorece a institucionalização de mecanismos de solução resolutiva.

Esse movimento de consensualidade, mesmo quando referente a interesses públicos indisponíveis, já tem sido observado na jurisprudência dos tribunais superiores³. A propósito, o Superior Tribunal de Justiça (REsp 299.4004/RJ) tem veiculado o entendimento de que, ao se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou de não fazer, deve-se admitir a transação, para conferir a melhor solução à composição do dano, se impossível o retorno ao *status quo ante*.

Desse modo, a nível sistêmico, torna-se forçoso reconhecer a antinomia estabelecida no espaço normativo, em especial tendo em vista o disposto no artigo 17, § 1º, da Lei 8.429/92. Decerto, a instituição de instâncias diversas de responsabilização, autônomas e independentes entre si, pode ensejar a formulação de críticas à aplicação isolada de uma plataforma, sobretudo ao destoante e desproporcional em relação a outras instâncias de responsabilização (GARCIA, 2017).

A propósito, Francisco Zardo (2017) sustenta a existência de um microsistema processual de tutela coletiva da improbidade administrativa. Ocorre que, na abrangência desse microsistema, há inegável inconsistência, na medida em que a Lei 7.347/85 (ação civil pública), a Lei 12.846/13 (anticorrupção) e até mesmo o Código de Processo Civil/2015 admitem a realização de ajustes (termo de ajustamento de conduta, acordo de leniência, mediação e conciliação), ao passo que a Lei de Improbidade Administrativa, taxativamente, proíbe a celebração de acordos.

Assim, tendo em vista os recentes movimentos legislativos observados – até mesmo no campo do direito penal – e a integridade do direito posto, observa-se que o sistema normativo sugere a revogação tácita da referida regra posta. Inexistente, a rigor, a cogitada antinomia; revogada, portanto, a norma legal de restrição, *in verbis*:

Daí a compreensão de que o artigo 17, §1º da Lei 8.429/92 foi revogado tacitamente por incompatibilidade com o artigo 16 da Lei 12.846/2013 e, ainda, com o Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), cujo artigo 2º dispõe que “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (§ 2º) e que “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (§ 3º). De acordo com o artigo 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” (ZARDO, 2017).

Contudo, mesmo que superado o disposto no artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa, há discussões pertinentes a aspectos procedimentais que merecem relevo, pois, por inexistir regramento legal específico, tem-se que as balizas procedimentais, em especial as referentes ao mecanismo de controle e à representação adequada, são incertas e pouco esclarecedoras.

Nesse ponto, Emerson Garcia (2017) obtempera que, diversamente da seara criminal, não há previsão de controle judicial no exercício da consensualidade no âmbito da responsabilização por ato de improbidade administrativa. Ademais, em decorrência da legitimação plural prevista na Lei de Improbidade Administrativa, torna-se incerta a atribuição de controle final sobre a consensualidade bem como sobre a compatibilização e a prevalência de eventuais posições antagônicas dos legitimados (GARCIA, 2017).

Não obstante, tais embaraços procedimentais não podem constituir obstáculos intransponíveis para o emprego da consensualidade no contexto da improbidade administrativa. Os espaços de consensualidade, como já se ponderou, sugerem a formação de um ambiente dialógico e participativo, de maneira que eventual ajuste certamente exigiria a intervenção do Ministério Público e, também, a participação da pessoa jurídica de direito público interessada, *in verbis*:

Assim, para evitar que o acordo seja celebrado e, após, o beneficiário venha a ser condenado pelos mesmos fatos, é fundamental que a pessoa jurídica de direito público lesada figure como interveniente na avença, comprometendo-se a não promover ação, caso o pacto seja integralmente cumprido. Caso o mesmo fato tenha repercussões criminais, é indispensável que o legitimado para a propositura da ação penal participe do acordo, de modo a evitar que a confissão na esfera cível redunde em certeza da condenação na esfera criminal (ZARDO, 2017).

De outro lado, Emerson Garcia (2017) apresenta proposta diversa, o manejo judicial da ação de improbidade administrativa acompanhado do ajuste entabulado, confira-se:

Uma possibilidade que não deve ser desconsiderada seria não a submissão direta do acordo à homologação do Poder Judiciário, já que a ordem jurídica não contempla quer o instrumento utilizado, quer a competência que se pretende criar, mas, sim, o ajuizamento da ação civil por ato de improbidade acompanhada de ajuste (v.g.: o negócio processual a que se refere o art. 190, caput, do CPC/2015) em que o agente público reconhecesse a prática do ilícito e aceitasse a aplicação imediata da sanção. Sob esse prisma, o risco seria todo do agente público (GARCIA, 2017).

Essa via, porém, alimenta os problemas já observados de burocracia e de morosidade e, sob os aspectos da efetividade e do controle, nada acrescenta, senão o atendimento ao dogma da indisponibilidade. Além disso, eventual desajuste ou descumprimento do acordo poderá – embora não seja desejável – ensejar o acionamento do controle judicial, dada a inafastabilidade da jurisdição.

Com relação a esses aspectos procedimentais, porém, emerge como problema central a falta do balizamento para definição e aplicação das sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92, o que será analisado a seguir.

3 OS LIMITES E OS BALIZAMENTOS PARA A NEGOCIAÇÃO NO ÂMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: AS PROPOSTAS INCIPIENTES NO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

Admitindo-se a possibilidade de solução consensual em matéria de improbidade administrativa, é necessário estabelecer os parâmetros e os limites para a disposição sobre as sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92, já que inexistente previsão legal acerca da extensão dessa disponibilidade.

Em razão da diversidade de sanções estabelecidas legalmente, como adverte o professor Emerson Garcia (2017), a celeuma, a rigor, apenas se instalaria parcialmente, uma vez que a reparação de danos e a perda de bens não traduzem propriamente sanções. De outra parte, a pena de multa, que possui conotação estritamente patrimonial, e a sanção de perda de função pública, que denota relação funcional voluntária, revelam, por sua própria natureza, espaços decisórios de disponibilidade, logo, o problema da consensualidade não lhes é afeto (GARCIA, 2017).

No mais, as sanções de suspensão de direitos políticos e de proibição de contratação ou de recebimento de benefícios e incentivos do Poder Público estão relacionadas a faculdades legalmente franqueadas ao cidadão, motivo pelo qual está dentro da esfera de disponibilidade dele o não exercício dessas faculdades.

Assim, observa-se que não há maior dificuldade em reconhecer a existência de certo espaço de disponibilidade no âmbito da disciplina sancionadora estabelecida na Lei de Improbidade Administrativa⁵. Como já se discorreu inicialmente, a maior dificuldade em tolerar espaços de consensualidade está atrelada à nota de indisponibilidade do interesse público para impor as sanções legal-

mente cominadas, em especial a de reparação integral do dano e a de perda dos bens ilicitamente acrescidos ao patrimônio.

No ponto, porém, a par das críticas estabelecidas à cogitação de disposição, mesmo que parcial, das sanções legalmente cominadas, tem-se que pouco se analisa a extensão do alegado interesse público potencialmente sacrificado. Com efeito, se oportunamente acionada, a via consensual detém eficácia maior de assunção de responsabilidade e de mudança de comportamento, de modo que, a depender da situação, poderá se tornar meio apto a melhor tutelar a probidade administrativa.

A oportunidade do recurso à via consensual requer, para melhor avaliação da tutela ao interesse público, análise comparativa com o procedimento firmado na Lei 8.429/92. De fato, é inegável a existência de diversas ações civis de improbidade administrativa que tramitam em varas de Fazenda Pública há mais de 10 (dez) anos, em razão de justificativas diversas (interposição de recursos, produção de provas complexas, protelação, falta de estrutura do Poder Judiciário e do Ministério Público etc.). Por vezes, em se tratando de ato de improbidade administrativa elencado nos artigos 9º e 10 da Lei de Improbidade Administrativa, o custo da tramitação processual encerra prejuízo ao erário superior ao próprio dano causado pela perpetração do ato de improbidade administrativa.

Em certas situações, portanto, “negociar os direitos – inclusive os indisponíveis – pode revelar-se a melhor ou a única opção para sua efetiva proteção” (VENTURI, 2016, p. 414). Como argumenta Francisco Zardo (2017), a celebração de ajuste em matéria de improbidade administrativa tem o potencial de melhor atender o interesse público, confira-se:

Isso não significa dispor do interesse público. Por vezes, o interesse público residirá justamente na celebração do acordo, quer porque o dano ao erário e a ordem jurídica violada serão reparados de modo mais célere e efetivo, quer porque a colaboração possibilitará a descoberta de ilícitos ainda mais graves (ZARDO, 2017).

Nesse contexto, o Conselho Nacional do Ministério Público, ao editar a Resolução 179, de 26 de julho de 2017, que regulamenta a tomada do termo de ajustamento de conduta no âmbito do Ministério Público, estabeleceu a possibilidade de celebração do “compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou de algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado” (artigo 1º, § 2º).

Em Minas Gerais, por intermédio da Resolução 3, de 23 de novembro de 2017, do Conselho Superior do Ministério Público mineiro, foram firmadas balizas para a celebração do compromisso de ajustamento de conduta em matéria de improbidade administrativa.

Como condições de observância obrigatória, foram determinadas a reparação do dano e a cessação do ato ilícito bem como a transferência de bens e valores ilicitamente recebidos, a estipulação de multa cominatória, a cessação do comportamento ilícito e o oferecimento de garantias de cumprimento. No tocante à reparação de danos, em havendo parcelamento, foi disposto que a

quantidade de parcelas observará o interesse público, a extensão do prejuízo ao erário e a capacidade financeira do compromissário.

De outro lado, a partir da análise da extensão do dano e do grau de censura da conduta do compromissário, estabelece-se a observância de uma das condições elencadas, alternativa ou cumulativamente, a saber, multa civil, compromisso de não contratação com o Poder Público ou recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, renúncia da função pública, compromisso de reparação de danos morais coletivos e renúncia ao direito de candidatar-se a cargos públicos eletivos por determinado período.

Prevê-se, ainda, nesse balizamento, que poderão ser convenionadas outras obrigações de fazer ou de não fazer que se revelem pertinentes ao caso e não sejam defesas em lei.

No Estado do Paraná, o Conselho Superior do Ministério Público editou a Resolução 1/2017, que fixou parâmetros procedimentais e materiais a serem observados na celebração de compromisso de ajustamento de conduta e de acordo de leniência, os quais envolvem as sanções cominadas por atos de improbidade administrativa e por atos praticados contra a Administração.

No que se refere ao compromisso de ajustamento de conduta em matéria de improbidade administrativa, restringiu-se a possibilidade a atos considerados de menor potencial ofensivo, ou seja, aqueles que, com base nos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência, autorizem a imposição de sanções reduzidas, que se mostrem quantitativa e qualitativamente suficientes para a prevenção e a repressão (artigo 2º, inciso I) do ilícito.

Para celebrar tais compromissos, o Ministério Público paranaense exige a observância de alguns requisitos, a saber, a cessação completa de envolvimento com o ilícito, o compromisso de comparecimento quando necessário, o compromisso de reparação e restituição integral do dano e de perdimento de bens e valores ilicitamente recebidos e a imposição de garantias do ressarcimento do dano. Com base na espécie e na gravidade do ato praticado, previram-se, ainda, as possibilidades de cumulação das demais medidas previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92 bem como de obrigações concernentes à adoção de políticas de *compliance* e de estabelecimento de prazo razoável para cumprimento das obrigações, que evite a ocorrência da prescrição da pretensão de aplicar as sanções por ato de improbidade.

O Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Amapá, por intermédio da Resolução 2/2017, também regulamentou a possibilidade de acordo no caso de prática de atos de improbidade administrativa, mas a restringiu a pessoas físicas não reincidentes.

No Amapá, criou-se a figura do “termo de intenção de acordo”, que é entabulado pelo órgão ministerial responsável pela investigação ou pelo processo judicial correlato e, posteriormente, encaminhado para o Conselho Superior, onde poderá ser convertido em acordo⁶. Convertido em acordo, o instrumento é encaminhado pelo órgão ministerial de execução para homologação judicial.

Foi estabelecida imediata correlação com o acordo de leniência (Lei 12.846/2013), na medida em que o acordo só poderá ser homologado, se houver efetiva colaboração do compromissário com a identificação de outros envolvidos, com a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ato ilícito ou com a descoberta de patrimônio de outros investigados e processados.

Demais disso, exige-se que o termo de intenção de acordo contemple expressamente a forma de ressarcimento integral do dano ao erário ou da parte ilicitamente recebida, cujo parcelamento só será admitido se a quantidade de parcelas observar o interesse público, a extensão do prejuízo e a capacidade financeira devidamente comprovada do compromissário. Cumulativamente, o termo ainda deverá contemplar, ao menos, uma das demais sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92 bem como a cláusula de extinção do acordo em caso de descumprimento de qualquer condição pactuada.

Considerados esses incipientes cenários de regulamentação de acordos em matéria de improbidade administrativa, verifica-se que o interesse público mais imediato, de inexistência de ofensa ou de prejuízo ao erário, é observado na proporção em que são estabelecidos como cláusula obrigatória, além da pronta cessação de envolvimento com a prática ímproba, o ressarcimento integral do dano causado e o perdimento de bens e de valores ilicitamente recebidos. Nesse espaço, não há qualquer margem de disponibilidade, senão a previsão de parcelamento que atenda o interesse público, a extensão do dano causado e a capacidade financeira do compromissário.

Em atenção aos demais balizamentos e às limitações do acordo, observa-se que há maior variação nas regulamentações, mas que, ao menos sob o aspecto material, não desnaturam o caráter resolutivo e consensual da atuação proposta. No contexto das limitações, no Amapá, como se observou, restringiu-se a realização do acordo a pessoas físicas não reincidentes; enquanto que, no Paraná, houve preocupação em se limitar a atos ímprobos de menor ofensividade, cuja imposição de sanções reduzidas se afigure suficiente para a prevenção e a repressão⁷ do ilícito.

Tais regulamentações, não obstante assumam feições variadas em aspectos procedimentais e materiais, compreendem instrumentos extremamente relevantes para o controle e a orientação da atuação dos órgãos de execução em matéria de responsabilização por atos de improbidade administrativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A invocação apriorística da indisponibilidade do interesse público voltada ao esvaziamento do espaço de consensualidade no âmbito da improbidade administrativa encerra uma contradição em seus próprios termos. De fato, o recurso exclusivo a um ambiente judicial moroso e burocrático, que não é, em regra, apto a afastar a liberdade decisória de não cumprimento ou mesmo a coibir a cessação da prática da conduta ímproba, traduz sacrifício real ao interesse público.

Nesse cenário, o Ministério Público, em sua feição moderna de unidade e indivisibilidade voltada à maximização da tutela dos direitos fundamentais, deve priorizar a atuação responsável e resolutiva, que sobreleve a solução extrajudicial de conflitos mediante a readequação de rotinas e práticas ministeriais.

No âmbito da disciplina sistêmica dos atos de improbidade administrativa, tem-se que a disposição anacrônica prevista no artigo 17, § 1º, da Lei 8.429/92 se encontra revogada, logo, é possível cogitar espaços de consensualidade. Contudo, para a superação definitiva da resistência a eles, falta avaliar, ainda, a inexistência de limitações e balizamentos legalmente previstos para o exercício da disponibilidade das sanções estabelecidas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

Nessa senda, considerada a possibilidade estabelecida pela Resolução 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, os Ministérios Públicos dos Estados do Amapá, Paraná e Minas Gerais editaram atos normativos que determinaram as balizas e a oportunidade para celebração de acordos em matéria de improbidade administrativa, quando foi afastada qualquer margem de disponibilidade em relação às sanções de reparação integral do dano e de perdimento de bens e valores ilicitamente angariados com a prática do ato ímprobo.

Essa orientação, com efeito, atende ao interesse público e, até mesmo, reforça a indisponibilidade deste; assim, conquanto ainda incipiente, a possibilidade de celebração de acordo detém o potencial de tornar mais efetiva e resolutiva a responsabilização por atos de improbidade administrativa.

Aprovado em: 10/1/2019. Recebido em: 28/8/2018.

NOTAS

¹ Como adverte Hermes Zanetti (2017, p. 124): “nenhuma interpretação da norma processual será válida, se não observar os parâmetros interpretativos constitucionalmente estabelecidos, bem como se não observar a sua tradução nas normas fundamentais processuais estabelecidas no CPC/2015”.

² “A interpretação, portanto, das garantias e atribuições do Ministério Público como cláusulas superconstitucionais deve ser direcionada para proteger a instituição, de modo a fortalecer os seus compromissos constitucionais com a sociedade e com os valores que compõem o regime democrático” (p. 99).

³ Não se desconhece que esse movimento ainda se revela tímido. Com efeito, ainda se observa a veiculação de entendimentos rígidos na aplicabilidade do artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa (STJ, REsp 1217554/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 22/08/2013; STJ, AgInt no REsp 1529115/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 02/03/2018).

⁴ PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL – AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TRANSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE.

1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos.
2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao *status quo ante*.
3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra.
4. Recurso especial improvido.

(REsp 299.400/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/06/2006, DJ 02/08/2006, p. 229).

⁵ A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu essa margem de disponibilidade na extensão do direito sancionador, senão vejamos:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SECRETÁRIO MUNICIPAL DE OBRAS DO MUNICÍPIO DE CELSO RAMOS/SC. APLICAÇÃO DE SANÇÃO RESARCITÓRIA AO SECRETÁRIO, POR TER DETERMINADO QUE SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL REALIZASSE MUDANÇA PARTICULAR DE TERCEIRO, MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DE VEÍCULO PERTENCENTE AO MUNICÍPIO DE CELSO RAMOS/SC, ÀS EXPENSAS DO ENTE MUNI-

CIPAL. NOBRE APELO QUE SE LIMITA A IMPUGNAR A PENALIDADE IMPOSTA AO AGENTE PÚBLICO (RESSARCIMENTO AO ERÁRIO), POR ENTENDER INSUFICIENTE PARA REPRIMIR A CONDUTA ÍMPROBA. SANÇÃO EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A verificação casuística da ofensa à proporcionalidade na aplicação das sanções por ato de improbidade requer a análise dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, à luz da gravidade do fato, da extensão do dano causado e do proveito patrimonial consequente.

2. No caso específico dos autos, tem-se que a conduta imputada ao Agravado é de baixíssima gravidade, pois, além de o Agente Público não ter logrado proveito patrimonial, o prejuízo causado ao Ente Municipal restringe-se ao gasto do combustível utilizado para percorrer o trajeto de ida e volta entre o Município de Campos Novos/SC e a Cidade de Anita Garibaldi/SC, além do dispêndio do valor da diária paga ao Servidor que realizara a mudança.

3. Mostra-se razoável, portanto, a sanção imposta pelo Tribunal de origem, uma vez que a sanção de ressarcimento é adequada e necessária para evitar que o agravado reincida na ilegalidade, bem como proporcional à reduzida gravidade da conduta perpetrada pelo Agente Público e ao mínimo prejuízo ao Ente Municipal.

4. Agravo Regimental desprovido”.

(AgRg no AREsp 126.660/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 19/09/2014).

⁶No ponto, o artigo 1º, § 2º, da Resolução 002/2017-CSMP/AP, autoriza ao Conselho Superior, movido por razões de interesse público, alterar ou suprimir nuances do termo de intenção, o que se afigura temerário. Com efeito, a admissão dessa solução desnatura o caráter de consensualidade que informa o procedimento.

⁷Entende-se que o Estado de Minas Gerais, no artigo 2º, *caput*, da Resolução 3/2017-CSMP, dispôs de modo semelhante: “O Compromisso de Ajustamento de Conduta disciplinado nesta Resolução objetiva a aplicação célere e eficaz das sanções estabelecidas na Lei 8.429/1992, inclusive com a reparação do dano sofrido pelo erário, observados os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência, de forma suficiente para prevenir e reprimir a prática de atos de improbidade administrativa”.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BADINI, Luciano. O Ministério Público, a “Carta de Brasília” e a resolução consensual de conflitos. In: **Revista Jurídica Corregedoria Nacional**: a atuação orientadora das corregedorias na avaliação da efetividade do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2017, p. 199-210.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2018.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017. Regulamento o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETTI JR., Hermes; CABRAL, Trícia (Coord.). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 35-66.

GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. **Revista síntese**. São Paulo, v. 12, n. 141, Edição Especial, p. 542-595.

JUSTEN FILHO. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 26. São Paulo: Malheiros, 1999.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAPÁ. Resolução nº 002, de 28 de março de 2017. Admite e regulamenta o acordo com pessoas físicas no caso de improbidade administrativa. Disponível em: <http://www.mpap.mp.br/intranet/uploads/banco_publicacoes/2018_01/372831fd145dc5bc1of8a7e53de38d02209710e.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Resolução CSMP nº 3, de 23 de novembro de 2017. Regulamenta, no âmbito do Ministério Público do Estado e Minas Gerais, o Compromisso de Ajustamento de Conduta envolvendo hipóteses configuradoras de improbidade administrativa (definidas na Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992). **Diário Oficial de Justiça Eletrônico do Ministério Público de Minas Gerais**. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/files/diariooficial/DO-20171129.PDF>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. Resolução nº 01, de 15 de maio de 2017. Estabelece parâmetros procedimentais e materiais a serem observados para a celebração de composição, nas modalidades compromisso de ajustamento de conduta e acordo de leniência, envolvendo as sanções cominadas aos atos de improbidade

administrativa, definidos na Lei nº 8.429, de 2.6.1992, e aos atos praticados contra a Administração Pública, definidos na Lei nº 12.846, de 1.8.2013, no âmbito do Ministério Público do Estado do Paraná. Disponível em: <http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/Restaurativo/Resolucao_01_2017_CSMP_MPPR.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2018.

SALGADO, Joaquim. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo**: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? In: ZANETTI JR., Hermes; CABRAL, Trícia (Coord.). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Jus-PODIVM, 2016, p. 405-429.

ZANETTI JR. Hermes. CPC/2015: O Ministério Público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. In: **Revista Jurídica**. Corregedoria Nacional, v. 2, 2017, p. 101-166.

ZARDO, Francisco. Validade dos acordos de leniência em ações de improbidade. In: **Revista Consulto Jurídico**. Publicado em 25 set. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-25/francisco-zardo-validade-acordos-aco-es-improbidade>>. Acesso em: 1º jan. 2018.

Lucas César Costa Ferreira

Mestrando em Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal de Goiás - UFG.

Pós-graduado no curso "Ordem Jurídica e Ministério Público" pela Fundação

Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - FESMPDFT.

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

lucascferreira@yahoo.com.br