

PRINCÍPIOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL

WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR

25º Procurador de Justiça da Procuradoria de Justiça de Interesses Difusos e Coletivos e subprocurador-Geral de Justiça Jurídico (MPSP), bacharel em direito, mestre e doutor em direito do Estado (USP), professor nos cursos de graduação (direito administrativo) e pós-graduação stricto sensu (direito ambiental) da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Santos (Unisantos).

1. Introdução

As inovações na Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, dadas pelas Leis nº 13.694, de 24 de dezembro de 2019, e nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, têm um aspecto positivo que consiste na aplicação da consensualidade no âmbito da responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa, mediante o acordo de não persecução civil, reflexo da percolação do conjunto de mecanismos de solução alternativa de conflitos baseados na consensualidade que penetrou o direito administrativo brasileiro. O princípio da consensualidade serve não somente para prevenção e solução de conflitos, como para a atividade decisória em geral da administração pública. É método de gestão consensual afinado à noção de governança que a literatura bem examina sob vários prismas¹.

2. Consensualidade, responsabilidade e improbidade

No consenso em face da responsabilidade por atos de improbidade administrativa, o Estado celebra a composição para a imposição de sanção mediante negociação; ele não abdica de seu poder sancionador. Não há incompatibilidade com o princípio do interesse público nem com seu predicado de indisponibilidade, senão uma releitura de sua compreensão fomentada por princípios como eficiência, razoabilidade, proporcionalidade e resolutividade, que oferecem

1. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 17-28.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord). *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. I, 2014, p. 229.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. *Governança pública: um ensaio sobre pressupostos e instrumentos de uma ação estatal juridicamente eficiente*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 189

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 297, 303-305.

outras perspectivas baseadas na consensualidade, e cujo fim é a efetividade. Persiste a indisponibilidade do interesse público, embora seja diferente o modo de seu exercício.

A voluntariedade é princípio que exclui qualquer coerção unilateral à negociação, observada a legalidade como expressão da vinculação (positiva e negativa) da administração ao ordenamento jurídico. Não há espaço para a consensualidade quando o sistema normativo impõe obrigações aos órgãos públicos que, pelo princípio do interesse público, não são dotados de disponibilidade de meios, bem como por haver resistência ou desinteresse do administrado à solução por essa via.

O pressuposto da composição é a vantajosidade. O acordo deve ser um meio mais proveitoso ao interesse público que o ajuizamento da ação civil de responsabilidade por ato de improbidade administrativa ou que seu prosseguimento, sopesando fatores como duração razoável do processo, efetividade das sanções aplicáveis e maior abrangência de responsabilização de agentes públicos e de terceiros envolvidos no ilícito ou que dele tenham auferido vantagem indevida de qualquer natureza.

Como meio de melhor satisfazer o interesse público no caso concreto, o acordo submete-se ao *dovere di buona amministrazione*². A composição deve ser o meio eficiente para aplicação da justiça. Não pode ser impelida por capricho, favor, ingenuidade, desídia ou desleixo, ou mero interesse financeiro ou estatístico. A eficiência que ela alcança não deve ser um fim em si mesma, mas sim um meio. Uma oportuna advertência ressalta “a preservação do núcleo essencial do direito processual fundamental e, em especial, a intangibilidade do direito material tutelado”³ nas convenções processuais referentes à tutela da probidade administrativa.

3. Parâmetros e requisitos

O art. 17-B inserido pela Lei nº 14.230/2021 disponibiliza alguns parâmetros e requisitos para a composição, porém, não articula suas finalidades ou cláusulas essenciais e obrigatórias, o que demandará esforços para construção de

normas internas no Ministério Público visando à disciplina uniforme, previsível, objetiva, impessoal, transparente e que atenda segurança jurídica, legalidade, interesse público e isonomia.

Além da homologação judicial (precedida da aprovação do órgão revisor, no caso do Ministério Público, se for pré-processual), o ponto de partida é a confissão, a admissão de culpa *lato sensu* e a responsabilidade pela prática de ato de improbidade, sujeitando-se às sanções estipuladas. O acordo é proveitoso em face da necessidade de coleta de provas do ilícito e suas consequências, visando a efetiva responsabilização de quem tenha praticado atos ímprobos, e em contrapartida oferecendo prêmio a quem tenha colaborado consistente na exclusão de algumas das sanções legais. Nos casos em que haja coautoria ou participação ou benefício ilícito, a colaboração processual é imprescindível. A mera assunção de culpa, omitindo esquemas complexos e sofisticados com amplas redes integradas por variegados agentes dos setores público e privado em diversas atuações, não deve animar a celebração do ajuste, sob pena de traição à eficiência que se busca na repressão à improbidade.

Daí a existência de duas espécies (ou modalidades) de acordo: (a) de mera reprimenda e (b) de colaboração (este pressupondo a reprimenda). Se ele é meio para viabilizar a punição célere do culpado, não pode renunciar à descoberta de ligações perigosas nas tenebrosas transações entre agentes dos setores público e privado – que, geralmente, ficava à mercê de alguém com elevado espírito cívico ou de um *pentito*, ainda que fossem partícipes, beneficiários, coautores, ou parentes, amigos, subordinados etc. Ele é expediente sancionador e punitivo que aprimora a luta contra a improbidade.

É plena a incidência do princípio da proporcionalidade (tanto pela proibição do excesso quanto pela proibição da insuficiência ou da falta) no acordo de não persecução civil. O órgão acusador opta por ele baseado em prognóstico balizado pela perspectiva punitiva oferecida pela legislação e pela potencialidade de resultados à luz do tratamento jurisdicional aplicado (ou aplicável) e, sobretudo, da realidade e da eficácia de uma política adequada de responsabilização por atos de

2. FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 55-72.

3. MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. *Convenção processual na tutela coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 276.

improbidade administrativa. O seu móvel é o interesse público primário (tutela da probidade) e não o interesse público secundário (aquisição de receitas, cumprimento quantitativo de metas etc.). A composição não visa apenas à recuperação de ativos financeiros ou patrimoniais; deve sopesar aspectos como natureza, gravidade e efeitos da infração, antecedentes e grau de responsabilidade e de reprovação da conduta e do agente, conquanto as respectivas sanções sejam cumulativas ou não, imbricando, no que for compatível, os parâmetros dos art. 17-B, § 2º, e 17-C, IV, da Lei n. 8.429/92 e do § 2º do art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A natureza jurídica do acordo de não persecução civil é de convenção. Incide sobre o ato de improbidade e sua responsabilização, de tal sorte que o ajuste deve conter obrigatoriamente, além da descrição do fato com todos seus elementos e circunstâncias e sua subsunção à espécie de ato de improbidade legalmente estabelecida, as sanções entabuladas, o modo, o tempo, o lugar e os efeitos do cumprimento das obrigações assumidas, as causas de inexecução e suas consequências, e, inclusive, quando for determinante, a colaboração processual. Por isso, o acordo pode ser híbrido, contendo convenções processuais. Para além, a lei consente a inclusão de cláusulas heterogêneas como a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas (art. 17-B, § 4º).

À composição é defeso alterar a tipificação legal do ato ímprobo ou descartar completa e total as sanções legais, sob pena de objeto ilícito e imoral. Suas cláusulas devem ser claras e precisas, estatuinto deveres exequíveis. A flexibilização da perspectiva de reprimenda ao ato ímprobo deve sopesar, de um lado, o que ganha o interesse público com o acordo, e de

outro, o que é razoável para a parte adversa como punição. Há vedação legal no § 7º do art. 17-B: em caso de descumprimento do acordo, o investigado ou o demandado ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 5 (cinco) anos, contados de seu conhecimento.

O acordo de não persecução não é direito subjetivo do investigado ou réu. Constitui prerrogativa pública a ser exercida de maneira responsável com base em elementos de convicção coligidos em apuração prévia, balizada pelos princípios de eficiência, proporcionalidade, impessoalidade e imparcialidade. Reflete o exercício de discricionariedade para a escolha de alternativa que, no caso concreto, for a melhor para o interesse público específico. Reunidos os dados necessários, o Ministério Público detém a opção entre promover arquivamento da investigação, ajuizar ação civil pública ou celebrar acordo de não persecução civil. O art. 17-B é eloquente a respeito: refere-se à possibilidade de celebração conforme as circunstâncias do caso concreto, sem que se possa compactuar com recusa imotivada ou arbitrária.

À vista da natureza facultativa do ajuste, é adequado, a bem da impessoalidade, da transparência, da isonomia e da segurança jurídica, que o Ministério Público e, inclusive, o respectivo Conselho Nacional estabeleçam regras de conteúdo e de fluxo do processo de autocomposição. Um dos pontos que merece reflexão é a recusa de composição pelo *Parquet*. A analogia com o acordo de não persecução penal é controversa, porque potenciais reduções ao princípio da independência funcional dependem de expressa previsão legal, dado que compete ao membro da instituição responsável pelo caso avaliar a conveniência do ajuste, não obstante se possa conceber a ideia de recurso administrativo ao órgão revisor do inquérito civil, a exemplo da Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal, o que garante a independência do órgão e o controle.

Referências

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato administrativo. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (coord). Lei Anticorrupção comentada. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Probidade administrativa. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva; MAGALHÃES JÚNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. Lei de improbidade administrativa comentada. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024.

SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. “Pacote Anticrime” (lei 13.964/2019) e acordo de não persecução civil na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de Processo, São Paulo, v. 303, p. 291-314, mai. 2020.