



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

FREDSON SOUZA DA SILVA

**DA AUTOCOMPOSIÇÃO NAS AÇÕES CIVIS POR ATOS DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – UMA ANÁLISE DAS TESES
FAVORÁVEIS, CONTRÁRIAS E INTERMEDIÁRIAS**

Salvador-BA

2019

FREDSON SOUZA DA SILVA

**DA AUTOCOMPOSIÇÃO NAS AÇÕES CIVIS POR ATOS DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – UMA ANÁLISE DAS TESES
FAVORÁVEIS, CONTRÁRIAS E INTERMEDIÁRIAS**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal da
Bahia, como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Campo de Conhecimento: Direito Administrativo

Orientadora: Rita Andréa Rehem Almeida Tourinho

Salvador-BA

2019

FREDSON SOUZA DA SILVA

**DA AUTOCOMPOSIÇÃO NAS AÇÕES CIVIS POR ATOS DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – UMA ANÁLISE DAS TESES
FAVORÁVEIS, CONTRÁRIAS E INTERMEDIÁRIAS**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Rita Andréa Rehem Almeida Tourinho – Orientadora

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco.
Universidade Federal da Bahia

Júlio Cesar de Sá da Rocha

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Universidade Federal da Bahia.

Durval Carneiro Neto

Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.
Universidade Federal da Bahia

SILVA, Fredson Souza. Da autocomposição nas ações civis por atos de improbidade administrativa – uma análise das teses favoráveis, contrárias e intermediárias. 2019. Orientadora: Rita Andréa Rehem Almeida Tourinho. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar, do ponto de vista doutrinário, jurisprudencial e legislativo, a possibilidade de autocomposição em ações civis por atos de improbidade administrativa. Para tanto, encontra-se dividido em três capítulos, o primeiro compreendendo as correntes doutrinárias segundo as quais admite-se a celebração de acordos nas ações de improbidade administrativa; o segundo abrange as teorias jurídicas contrárias à possibilidade de tais acordos; e a terceira e final abrange a doutrina intermediária, a qual permite, até certo ponto, a celebração de acordos, mas com algumas reservas que devem ser observadas.

PALAVRAS CHAVE: Improbidade, administração pública, autocomposição.

ABSTRACT

This paper aims to analyze, from the theoretical, jurisprudential and legislative point of views, the possibility of autocomposition in civil actions for administrative official's misconduct. Therefore, it is split in three chapters, the first one comprising the theoretical legal philosophies which admit the conclusion of agreements in the lawsuits regarding administrative official misconduct; the second one covers the legal theories which go against the possibility of such agreements; and the third and final one encompasses the intermediate doctrine, the ones that allow, to some degree, the consensual agreement to settle the issue, but with a few reservations that must be observed.

Keywords: improbity, public administration, self-composition.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	6
--------------------	---

CAPÍTULO I

DA ADMISSIBILIDADE DA AUTOCOMPOSIÇÃO

1. DO ESTÍMULO À RESOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	09
1.1. DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	09
1.2. DA LEI Nº 13.140/15	11
1.3. DA APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 12.846/2013.....	12
1.4. DELAÇÃO PREMIADA E DA TRANSAÇÃO NO ÂMBITO PENAL	15
1.5. DA RESOLUÇÃO Nº 179 DO CNMP	17
2. DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA	20
3. DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO, DO ANACRONISMO LEGISLATIVO E DO MICROSSISTEMA DE COMBATE À CORRUPÇÃO E PROTEÇÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA	23

CAPÍTULO II

DA INADMISSIBILIDADE DA AUTOCOMPOSIÇÃO PARA ALÉM DO ART. 17, § 1º, DA LEI 8.429/90

1. DA DISCIPLINA DA TRANSAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL	27
2. DA ESPECIALIDADE COMO CRITÉRIO DE RESOLUÇÃO DE ANTINOMIAS..	28
3. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A INEXISTÊNCIA DE DISCIPLINA ACERCA DO ASSUNTO.....	32
4. O PROBLEMA DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	33
5. DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO	36

CAPÍTULO III

DAS CORRENTES INTERMEDIÁRIAS E DAS DISCUSSÕES FINAIS

1. DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO	39
2. DA DOUTRINA DE FAZZIO JÚNIOR	43
3. DA DOUTRINA DE NEVES	44
4. DA LEGITIMIDADE PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA FRENTE À LEGITIMIDADE PARA TRANSACIONAR – ART. 17 DA LEI 8.429/92.....	46
5. DA CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA	47
6. PARÂMETROS A SEREM UTILIZADOS NA DOSIMETRIA DAS SANÇÕES OBJETO DO ACORDO.....	50
7. DO ART. 5º DA LEI 8.429/92 - INTEGRAL RESSARCIMENTO; DA PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA; DO ART. 37, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL; DA REPERCUSSÃO SOBRE O ART. 132, IV DA 8.112/90.....	51

CONCLUSÃO

CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS.....	58

1. INTRODUÇÃO

O vocábulo probidade relaciona-se à honradez, à honestidade, à integridade. Ao ser precedido pelo prefixo “im”, assume sentido oposto, denotando a ideia de imoralidade, desonestidade, deslealdade.

Nesse sentido, os atos de improbidade administrativa poderiam ser entendidos como aqueles que afrontam a honradez, a honestidade e a integridade no âmbito da administração pública. Porém, mais do que isso, para serem considerados atos de improbidade administrativa propriamente ditos, sujeitos à reprimenda estatal, conforme disposto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, faz-se necessário que tais condutas estejam tipificadas no caput dos artigos 9º a 11 da Lei 8.429/92, embora o rol apresentado em seus incisos seja meramente exemplificativo.

Ademais, vale ressaltar que o combate aos atos de improbidade administrativa no ordenamento brasileiro não se iniciou apenas com a edição da lei 8.429/92, tendo raízes bem mais profundas. No âmbito constitucional, por exemplo, a primeira referência à necessidade de correção de desvirtuamentos na administração pública data da Carta de 1946 (art. 141, § 31), detendo-se basicamente aos casos de enriquecimento ilícito. A responsabilização por danos ao erário adveio com a Constituição de 1967, cuja emenda de nº 01 ampliou o alcance da norma aos atos praticados no âmbito da administração indireta.

No tocante às leis em sentido formal, em matéria de improbidade administrativa, precederam a Lei 8.429/92 a Lei 3.164/57 (Lei Pitombo Godói-Ilha) e a Lei 3.502/58 - Lei Bilac Pinto.

A Constituição de 1988, por sua vez, prevê em seu artigo 37, § 4º, que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A lei a que se refere a Constituição Cidadã foi editada em 1992, sob o nº 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos

de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

Ocorre que o art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92 veda expressamente a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa, dispositivo este que tem sido alvo de severas críticas e embates no âmbito doutrinário e jurisprudencial, sendo mesmo ignorando em alguns julgados¹.

A título de exemplo, no que toca à desconsideração do § 1º, do art. 17, da Lei 8.429/92, no dia 16 de setembro de 2018, foi publicada no sítio eletrônico conjur.com.br (Consultor Jurídico) uma matéria cujo título anunciava “Ex-prefeito paga multa e se livra de processo por improbidade administrativa” (MARTINS, 2018).

Fazia-se menção ao processo de nº 5005885-51.2017.4.04.7117, que tramitava perante a 1ª Vara Federal de Erechim, Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, o qual foi extinto com resolução do mérito, com fulcro no art. 487, inciso III, ‘b’, do Código de Processo Civil; eis que as partes haviam transacionado de modo a que o réu se comprometesse a pagar a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de multa, e, assim, fosse encerrada a ação de improbidade administrativa.

Ocorre que esta decisão não é isolada, seus fundamentos também foram utilizados, por exemplo, nos seguintes processos: TRF4, AG 5001689-83.2016.4.04.0000, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 28/01/2016 e TRF4, AG 5016038-23.2018.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 08/05/2018.

Entretanto, as discussões em torno da possibilidade de acordos, transações e termos de ajustamento de conduta envolvendo atos de improbidade administrativa não são pacíficas. Se, por um lado, há quem defenda a resolução consensual desses conflitos, sob diversos argumentos que veremos adiante, noutra banda, muitos argumentam de forma contrária, alegando óbices de ordem legal, doutrinária, axiológica e jurisprudencial.

¹ TRF4, AG 5001689-83.2016.4.04.0000, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 28/01/2016. TRF4, AG 5016038-23.2018.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 08/05/2018.

Neste diapasão, o presente trabalho visa abordar juridicamente os vários argumentos que circundam a autocomposição nos processos que julgam atos de improbidade administrativa, os quais têm por objetivo resolver o mérito pela via conciliatória.

Reitere-se que não se trata da defesa deste ou daquele entendimento, mas do cotejo das teorias relacionadas pela melhor doutrina a fim de avaliar a pertinência de cada uma delas.

O método de pesquisa utilizado é o qualitativo, apoiando-se em revisão bibliográfica. Deste modo, o presente Trabalho de Conclusão de Curso encontra-se dividido em três capítulos, o primeiro trata das correntes doutrinárias segundo as quais é admitida a celebração de acordos nas ações civis de improbidade administrativa, o segundo capítulo volta-se para as teses que vedam a autocomposição, ao passo que o último capítulo diz respeito às correntes classificadas como intermediárias, isto é, que relativizam, de certo modo, a resolução consensual do conflito, mas apresentam algumas ressalvas de observância obrigatória.

CAPÍTULO I

DA ADMISSIBILIDADE DA TRANSAÇÃO

No âmbito doutrinário, diversos são os autores que defendem a autocomposição como medida idônea a extinguir o processo com resolução do mérito nas ações de improbidade administrativa, de modo que a vedação prevista no § 1º do art. 17 da Lei 8.429/1992 estaria total ou parcialmente revogada.

Passa-se à análise dos posicionamentos da melhor doutrina no sentido da admissibilidade da transação nos processos que julgam atos de improbidade administrativa, tecendo comentários acerca das impressões extraídas de cada um deles.

1. DO ESTÍMULO À RESOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Abstraindo as discussões que circundam a celebração de acordos em processos que julgam atos de improbidade administrativa (disponibilidade do direito, vedação legal, etc.), há que se reconhecer que o direito brasileiro tem caminhado a passos largos no tocante ao estímulo à resolução consensual de conflitos.

A ideia segundo a qual essa nova sistemática de solução de conflitos poderia se aplicar aos atos de improbidade administrativa é defendida por Diniz e Cambi (2017). Entretanto, alguns pontos devem se ressaltados, conforme se verá adiante.

1.1 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ao tratar da Política Pública de Tratamento Adequado dos Conflitos Jurídicos, Didier Jr. (2017, p. 187) leciona que:

O Poder Legislativo tem reiteradamente incentivado a autocomposição, com a edição de diversas leis neste sentido. O CPC ratifica e reforça essa tendência: a) dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165-175); b) estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695); c) permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII); d) permite que, no acordo judicial,

seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, § 2º), e) permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art. 190). A Lei n. 13.140/2015 disciplina exaustivamente a mediação, em geral, e a autocomposição perante o Poder Público, em particular.

Ademais, no tocante às normas fundamentais do processo, o novo Código de Processo Civil (art. 3º, §§ 2º e 3º) faz amplo incentivo à resolução consensual de conflitos, de modo a que esta seja, inclusive, estimulada e priorizada em detrimento do suprimento judicial.

Assim, prescreve os mencionados dispositivos que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. E acrescentam 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 (BRASIL, 2015).

Não fosse suficiente os referidos dispositivos, o art. 139, inciso V, do CPC, impõe ao juiz o dever de promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.

Com o mesmo desiderato, a Lei de Ritos ainda promove a solução consensual dos conflitos em seus artigos 334 e 174.

Especialmente acerca do referido art. 174, tem-se que:

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. (BRASIL, 2015).

O disposto no art. 174 do CPC, ao lado de vários outros que serão apresentados em linhas posteriores, mostra-se extremamente importante como antítese a um dos argumentos mais substanciais levantados por aqueles que negam a admissibilidade de acordos em processos que julgam atos de improbidade administrativa, qual seja, a indisponibilidade do direito tutelado.

Ou seja, tanto o art. 174 do CPC quanto várias outras normas apresentadas a seguir têm relativizado, e muito, o princípio da indisponibilidade do direito. A ordem jurídica atual vem, gradativamente, ampliando as possibilidades de celebração de acordos no âmbito administrativo como forma de solucionar litígios e/ou proporcionar maior eficiência aos objetivos da administração pública (Lei 13.140/15, Lei 12.846/2013, Decreto-Lei nº 4.657/42, entre outros).

Inclusive, é nesse contexto que a doutrina processualista tem defendido a existência de um *princípio do estímulo estatal à solução por autocomposição* (DIDIER JR., 2017, p. 188), realizando, contudo, as devidas ressalvas aos casos em que estes meios não são recomendáveis.

1.2 DA LEI Nº 13.140/15

Para além do Código de Processo Civil, o artigo 1º da Lei 13.140/15 enuncia que este diploma legislativo dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a **autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública** (BRASIL, 2015). Para tanto, considera a mediação como sendo a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Nota-se que o legislador pretendeu possibilitar o uso da resolução consensual também no âmbito da administração pública, o que poderia, talvez, indicar a possibilidade de aplicação da Lei 13.140/15 aos processos relacionados a atos de improbidade administrativa.

Por outro lado, faz-se necessário destacar que o art. 3º desta lei prescreve que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis **que admitam transação**.

Assim, em razão da condicionante prevista no referido art. 3º, no sentido de se utilizar a mediação somente nos direitos que admitem transação, depreende-se que a aplicação da Lei 13.140/15 às ações de improbidade resta inviabilizada, tendo em vista o disposto no art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92, que veda a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade.

Há, portanto, verdadeira incompatibilidade proporcionada pela conjugação das disposições contidas no art. 3º da Lei 13.140/15 e o § 1º do art. 17 da Lei 8.429/92.

Em vista disso, embora haja doutrina respaldando a realização de acordos em processos que julgam atos de improbidade administrativa com base na Lei 13.140/15, a exemplo de Diniz e Cambi (2017), não parece ser este o melhor argumento, tendo em vista que, embora esta norma admita a mediação em conflitos que tratam de direitos indisponíveis, faz expressa menção à admissibilidade da transação para a matéria, o que encontra-se vedado pelo art. 17, § 1º da Lei 8.429/92.

Apesar disso, torna-se inegável que a Lei 13.140/15 é um dos maiores exemplos de relativização do princípio da indisponibilidade do direito.

1.3 DA APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 12.846/2013

Conhecida como Lei Anticorrupção, essa lei trata da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. (BRASIL, 2013).

Em seu art. 16, dispõe que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, desde que dessa colaboração resulte a identificação dos demais envolvidos na infração (quando couber) e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Entretanto, para a celebração do referido acordo, é necessário que a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; além de cessar completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo, e admita sua participação no

ilícito, cooperando plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

De acordo com § 2º do art. 16 desta lei, a celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica da publicação extraordinária da decisão condenatória e da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos. Além disso, o acordo reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

Já em seu art. 17, admite-se que a administração pública celebre acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas nos arts. 86 a 88 da Lei de Licitações.

Salta aos olhos o fato de os referidos dispositivos admitirem verdadeiras transações, acordos, conciliações em casos de penalização por atos lesivos à administração pública, consubstanciando-se em atos de disponibilidade do interesse público, porém, voltados a infrações cometidos por pessoas jurídicas.

Há, aqui, mais um exemplo de relativização do princípio da indisponibilidade do direito.

Soma-se a isso o entendimento de PINHO (2016), segundo o qual a lei 12.846/2013 presta-se também a atenuar a aplicação do § 1º do art. 17 da Lei 8.429/92, tendo em vista que:

Na realidade, após o advento da Lei 12.846/2013 - Lei Anticorrupção - parece que a possibilidade de se relativizar a vedação constada do art. 17, § 1.º, restou ainda mais clara, dada a previsão dos acordos de leniência previstos nos arts. 16 e 17 que podem ser conferidos aos infratores do ato ilícito. Se até mesmo no campo penal existe essa margem de negociação, porque não poderia se firmar acordos sobre a mesma situação fática no âmbito cível? (PINHO, 2016).

Diante desse quadro, o questionamento que se faz diz respeito à existência de motivos para tratar de formas distintas pessoas físicas e jurídicas no tocante à celebração do acordo. Ou seja, se os atos lesivos à administração, cometidos por

peças jurídicas, admitem acordo, por que a autocomposição não seria possível aos desvirtuamentos cometidos por pessoas físicas?

Porém, quanto à proteção do patrimônio público, notemos que o § 3º do art. 6º da Lei 12.846 prevê que a aplicação das sanções previstas nesse diploma normativo não exclui, **em qualquer hipótese**, a obrigação da reparação integral do dano causado. Assim, a celebração do acordo de leniência pode tratar apenas da multa aplicada, da proibição receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, além de impedir a publicação extraordinária da decisão condenatória.

Portanto, de certo modo, o patrimônio cujo dano ensejou o acordo de leniência não será disposto, tendo em vista a impossibilidade de o ajuste afetar o ressarcimento integral.

Porém, mesmo que o ajuste diga respeito apenas às sanções mencionadas no § 2º do art. 16, é incontroverso que estará sendo celebrado um acordo, sendo esta, inclusive, a terminologia adotada pela Lei 12.846/2013 (acordo de leniência).

Evidencia-se, uma vez mais, que a indisponibilidade do direito público pode ceder diante da eficiência e celeridade de algumas medidas adotadas no curso do processo ou da investigação, desde que estas providências também se compatibilizem com o regime jurídico administrativo.

Porém, no tocante à corrente que defende a aplicação analógica da Lei 12.846/13 nas ações de improbidade, a ressalva fica apenas quanto à função da analogia do ordenamento jurídico, isto é, se sua aplicação pode contrariar até mesmo previsões expressas da lei especial.

A analogia tem a função precípua de colmatar lacunas, ou seja, aplica-se aos casos cuja lei especial não discipline o assunto no todo ou em parte. O artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, por exemplo, admite o uso da analogia para a resolução de controvérsias jurídicas, porém, restringe sua aplicabilidade aos casos em que a lei for omissa, isto é, havendo leis vigentes disciplinando a matéria, não há falar em aplicação da analogia.

Em vista disso, nas ações improbidade administrativa não se admitiria a analogia para possibilitar a celebração de acordos, tendo em vista que não há

qualquer lacuna a este respeito, estando o assunto disciplinado no § 1º do art. 17 da Lei 8.429/92.

Ademais, também não há falar em revogação tácita da vedação contida na Lei de Improbidade Administrativa, tendo em vista que se trata de matérias distintas, uma relacionada exclusivamente a pessoas jurídicas, outra que abrange apenas pessoas físicas.

1.4 DELAÇÃO PREMIADA E TRANSAÇÃO NO ÂMBITO PENAL

A delação premiada, por sua vez, está prevista no art. 4º da lei 12.850/2013. Esse dispositivo prevê que:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (BRASIL, 2013)

A referência a esta lei, quando o assunto é ação de improbidade administrativa, ocorre nas lições de Rocha e Zaganelli (2017).

Entretanto, tal como se destacou acerca do acordo de leniência previsto na Lei 12.846/2013, eventuais aplicações analógicas demandam a existência de lacunas, o que não ocorre com a lei 8.429/92 no tocante à celebração de acordos, cuja realização foi expressamente vedada pelo legislador.

Porém, a existência da delação e da transação penal podem fundamentar a celebração dos acordos em ações de improbidade por outras razões, não

necessariamente ligadas à analogia, mas à razoabilidade. Trata-se da avaliação de princípios relacionados à dogmática penal, como refletido no princípio da intervenção mínima, assim definido por Sanches (2016, p. 70):

princípio da intervenção mínima (destinado especialmente ao legislador), segundo o qual o Direito Penal só deve ser aplicado quando estritamente necessário (ultima ratio), mantendo-se subsidiário. Deve servir como a derradeira trincheira no combate aos comportamentos indesejados, aplicando-se de forma subsidiária e racional à preservação daqueles **bens de maior significação e relevo.**

Ainda acerca da intervenção mínima em matéria penal, Bitencourt (2012, p. 39) destaca que:

Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais.

Ao relacionar o princípio da intervenção mínima com a transação penal e a delação premiada, pretende-se demonstrar que até mesmo na proteção daqueles bens jurídicos mais caros à sociedade, tutelados pelo direito penal, a ordem jurídica admite a celebração de acordos, conciliação, etc. Ou seja, se possível, em alguns casos, a celebração de acordos no âmbito penal, que se ocupa da preservação daqueles bens de maior significação e relevo, não haveria porque vedar a autocomposição nas ações de improbidade administrativa.

Portanto, em nome da coerência do sistema jurídico, estaria justificada a resolução consensual nas ações de improbidade.

Em suma, é dizer que, se a última razão assim o permite, seria um contrassenso não admitir na esfera cível (Rocha; Zaganelli, 2017).

Entretanto, a questão não é tão simples quanto parece, a uma porque a responsabilidade administrativa/civil independe da penal, possuindo regime jurídico próprio e tutelando bens jurídicos à sua maneira; a duas porque a transação penal é admitida apenas em crimes de menor potencial ofensivo, cuja reprovabilidade social

pode ser inferior ao cometimento de um ato de improbidade administrativa; a três porque a delação premiada possui requisitos próprios, que devem ser observados quando se pretende comparar as formas de punição penal, civil e administrativa; por último, destaque-se que tanto a transação penal como a delação premiada são disciplinadas em lei, respaldadas pela legalidade, o que não ocorre com a autocomposição nas ações de improbidade administrativa.

Ou seja, não basta pensar “se a ação penal (ultima ratio) permite, a ação de improbidade também deve o permitir”, há que se analisar pormenorizadamente os requisitos exigidos no âmbito criminal e sua compatibilidade com o regime administrativo, principalmente porque no âmbito penal esta matéria está plenamente disciplinada pela lei 12.850, o que não ocorre no âmbito administrativo/civil, podendo violar, inclusive, o princípio da legalidade previsto no art. 37, caput, da Constituição Federal.

Obviamente, não se pretende negar por completo uma possível relação entre o instituto da delação premiada e as ações de improbidade, mormente em razão da coerência do ordenamento jurídico, porém, também é necessário se advertir quanto às distinções a serem observadas para evitar medidas açodadas e, conseqüentemente, equivocadas.

1.5 DA RESOLUÇÃO Nº 179 DO CNMP

Especificamente acerca dos atos de improbidade administrativa, o art. 1º, § 2º, da Resolução nº 179 do CNMP (BRASIL, 2017), ao tratar da possibilidade de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos de apuração de condutas ímprobas resolve que:

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

Questiona-se, todavia, se a Resolução nº 179 do CNMP é instrumento idôneo a disciplinar matéria de modo contrário ao disposto em lei. Essa análise perpassa pelo § 2º do art. 130-A da Constituição Federal, o qual prevê que compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e

financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, **podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.**

Ao tratar dos limites das resoluções do CNMP, Garcia (2011) pontua que:

[...] é possível afirmar que o poder regulamentar outorgado ao CNMP não difere daquele diuturnamente exercido pelo Executivo. Principiando pelo aspecto gramatical, o poder reformador foi cauteloso ao utilizar a expressão “atos regulamentares”, o que, **na essência, aponta para algo antecedente que deve ser regulamentado.** As resoluções do CNMP não podem destoar ou fazer às vezes da lei.¹⁵ “Ato regulamentar” e lei são espécies do gênero ato normativo, possuindo finalidades específicas e uma força expansiva diferenciada. (Grifos aditados).

O referido professor destaca, ainda, que não se cogita aduzir que o fundamento de validade (antecedente) das resoluções do CNMP seria a própria Constituição Federal, de modo que essas normas expedidas pelo Conselho e as leis estariam em pé de igualdade, com ampla liberdade de conformação. Ou seja, não se admite que *“ambos, resolução e lei, teriam o mesmo fundamento de validade: a Constituição”* (GARCIA, 2011).

Assim, contrário ao suposto nivelamento existente entre as aludidas resoluções e as leis, prossegue o autor:

Essa conclusão, no entanto, dificilmente seria compatibilizada com (1) o princípio democrático, que confere à representatividade popular uma legitimidade diferenciada na produção normativa, e (2) a indelegabilidade da função legislativa, cláusula pétrea oponível ao próprio poder reformador, como aquele que originou a Emenda Constitucional nº 45/2004. Não bastasse isto, ainda padeceria de um pecado mortal: a falta de harmonia com o sistema constitucional. Afinal, como compatibilizar essa “senhoria normativa” do regulamento com a divisão de competências legislativas própria de um Estado Federal e a expressa exigência de lei em sentido formal,

quer complementar, quer ordinária, para a disciplina de matérias afetas ao Ministério Público e aos seus serviços auxiliares (v.g.: regime estipendial, atribuições etc.)?

Portanto, na linha de entendimento de Garcia (2011), não compete ao Conselho Nacional do Ministério Público resolver acerca de matérias reservadas à lei formal, o que leva a concluir que a Resolução nº 179 do CNMP seria totalmente inválida. Para este autor, os atos normativos expedidos pelo multicitado conselho não devem sequer ser considerados regulamentos autônomos, muito menos lei em sentido estrito. Nesse sentido, aduz que:

As resoluções do CNMP, assim, sequer podem ser vistas como “regulamentos autônomos”, já que o texto constitucional, diversamente ao que fez em relação às competências do Presidente da República, não relacionou um rol de matérias de sua alçada privativa. Limitou-se a afirmar que o poder regulamentar do CNMP seria exercido “no âmbito de sua competência”, **não lhe sendo dado editar atos regulamentares em matérias não relacionadas no art. 130-A da Constituição da República e que não se destinem a “zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público”**. (grifos aditados)

Ocorre, todavia, que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que as resoluções do CNJ, semelhantes às do CNMP, possuem natureza jurídica de fonte primária. Tratava-se da ADC de nº 12, do Distrito Federal, no bojo da qual se examinava a constitucionalidade da Resolução 7 do Conselho Nacional de Justiça, que proíbe a prática de nepotismo no poder judiciário (BRASIL, 2008).

Segundo o Ministro CARLOS AYRES BRITTO (Relator), transcrevendo a decisão relativa à concessão da medida liminar:

A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. (BRASIL, 2008)

Assim, segundo o Supremo Tribunal Federal, a Resolução 7 do Conselho Nacional de Justiça é ato normativo primário e, portanto, não ofende a separação de poderes. Porém, acerca desse entendimento, Garcia (2011) pontua que:

A sujeição das resoluções do CNMP (e do CNJ) à lei, conquanto clara à luz da dogmática e da sistemática constitucional, não foi, num primeiro momento, recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal. O Tribunal, em sede de cognição sumária, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, sendo relator o eminente Ministro Carlos Ayres Britto, após reconhecer, em Resolução do Conselho Nacional de Justiça, a “força de diploma normativo primário”, o que poderia apontar para a obtenção do seu fundamento de validade diretamente na Constituição, parece tê-la inserido numa esfera imune à incidência da lei.

Em seguida, Garcia (2011) tece diversas críticas à decisão da Suprema Corte, enfatizando a divisão de competências existente entre entes federados, a submissão do regulamento à lei, as distinções entre as resoluções e os decretos autônomos, etc.

Assim, na linha do que foi defendido por Garcia (2011), depreende-se que as resoluções do CNMP não podem contrariar lei em sentido formal, o que não teria sido observado na edição da sua Resolução de nº 179.

2. DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência é destacado por Tourinho (2004) ao tratar do “ato de improbidade administrativa de pequeno potencial ofensivo e o compromisso de ajustamento”.

Ressalte-se que, ao mencionar a aplicabilidade do referido princípio, Tourinho (2004) restringe sua abordagem aos atos de pequeno potencial ofensivo² e à celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, ou seja, sob uma abrangência

2 improbidade administrativa por prejuízo ao erário, decorrente de atuação culposa e a simples violação de princípios administrativos, jamais se aplicando as hipóteses do art. 9º, nos casos do art. 10, quando o prejuízo fosse decorrente de atuação dolosa ou nas situações do art. 11, restado comprovada a violação ao princípio da probidade.

menor em relação ao presente trabalho, mas com importantíssimos pontos em comum que devem ser ressaltados.

Entretanto, antes de serem apresentadas as ponderações da referida professora, mister ilustrar como a doutrina moderna tem enfrentado o princípio da Eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição Federal, com redação dada pela emenda de nº 19/98.

Carvalho Filho (2018, p. 31-32) destaca que:

O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.⁸⁹ Há vários aspectos a serem considerados dentro do princípio, como a produtividade e economicidade, qualidade, celeridade e presteza e desburocratização e flexibilização.

Carvalho (2017, p. 78), por sua vez, leciona que:

Eficiência é produzir bem, com qualidade e com menos gastos. Uma atuação eficiente da atividade administrativa é aquela realizada com presteza e, acima de tudo, um bom desempenho funcional. Buscam-se sempre melhores resultados práticos e menos desperdício, nas atividades estatais, uma vez que toda a coletividade se beneficia disso.

Assim, ao invocar o princípio da eficiência como justificativa para a celebração de acordos em processos que julgam atos de improbidade administrativa, remete-se à economicidade processual inerente às soluções consensuais de conflitos, a redução no número de demandas judiciais, menor custo com a “máquina judiciária” (servidores, magistrados, equipamentos, etc), sem abrir mão, evidentemente, da satisfação do interesse público, garantido por resultados ótimos.

Evidenciam-se, aqui, as características mencionadas pelos doutrinadores das lições supratranscritas, no sentido de proporcionar maior produtividade, economicidade, qualidade, celeridade, presteza, desburocratização, flexibilização e melhores resultados.

Fixadas essas ideias acerca do princípio da eficiência, retoma-se às lições de Tourinho (2004) a respeito da aplicabilidade deste princípio na celebração de compromissos de ajustamento de conduta.

Sobre esta temática, leciona a professora:

Fere o princípio da economia processual e da eficiência a movimentação da máquina judiciária para obtenção de um ressarcimento de danos e o pagamento de uma multa civil, por exemplo, quando o agente público que causou prejuízo ao erário, por culpa, está disposto a se submeter às referidas medidas em sede de Inquérito Civil.

Este argumento de Tourinho mostra-se substancial e praticamente imune a críticas.

Porém, como se verá adiante, a inadmissibilidade da transação nas ações de improbidade funda-se também em princípios centrais do Direito Administrativo, a exemplo da indisponibilidade do interesse público, a moralidade e a legalidade, ensejando, conseqüentemente, a ocorrência de colisões entre esses princípios e a eficiência.

Acerca da possibilidade de existirem conflitos entre princípios, a doutrina de Mendes e Branco (2018, p. 183) ensina que:

Os princípios “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”. Os princípios são determinações para que certo bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai.

Assim, ocorrendo colisão entre princípios, adota-se a jurisprudência remansosa do Supremo Tribunal Federal, com amplo amparo doutrinário (SARLET, 2017, p. 391-393), no sentido de se aplicar o postulado da proporcionalidade e da

razoabilidade; passando-se, então, à análise da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

No mesmo sentido são as lições Mendes e Branco (2018, p. 184):

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito). Põe -se em ação o princípio da concordância prática, que se liga ao postulado da unidade da Constituição, incompatível com situações de colisão irreduzível de dois direitos por ela consagrados. O juízo de ponderação diz respeito ao último teste do princípio da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito).

Portanto, havendo colisão entre o princípio da eficiência e os princípios da indisponibilidade do interesse público, da moralidade e da legalidade, deve-se sempre proceder ao juízo de proporcionalidade, cujo resultado viabilizaria a realização de acordos em alguns processos que julgam/apuram atos de improbidade administrativa.

3. DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO, DO ANACRONISMO LEGISLATIVO E DO MICROSSISTEMA DE COMBATE À CORRUPÇÃO E PROTEÇÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA

No que diz respeito à interpretação sistemática, Rocha e Zaganelli (2017) defendem que a Lei 8.429/92 deve ser interpretada em cotejo com os já mencionados institutos da Transação Penal, Colaboração Premiada, Acordo de Leniência e a sistemática consensual do Código de Processo Civil e da Lei da Mediação. Todos esses diplomas evidenciariam que § 1º do art. 17 da Lei 8.429/92 encontra-se ultrapassado, anacrônico e dissonante das atuais formas adequadas de solução de conflitos.

O entendimento acerca da necessária interpretação sistemática é compartilhado por inúmeros autores. Dobrowolski (2011, p. 209), por exemplo, na obra *Questões práticas sobre improbidade administrativa*, defende que:

Numa análise sistemática e teleológica, do ordenamento jurídico, devem ser estendidas as regras do direito penal alusivas à colaboração premiada para a esfera da improbidade administrativa, por uma questão de igualdade jurídica. (DOBROWOLSKI, 2011, p. 209),

Em vista disso, todo o arcabouço legislativo acerca da resolução consensual dos conflitos e de combate à corrupção não deve ser desconsiderado nas ações de improbidade administrativa por mero apego à legalidade estrita.

Nesse sentido, não há falar em ofensa ao princípio da legalidade e, quando muito, reconhece-se sua relativização. Portanto, diante da indagação acerca da inexistência de norma disciplinando a realização de acordos em matéria de improbidade, os defensores da interpretação sistemática aduzem que a Transação Penal, a Colaboração Premiada, o Acordo de Leniência e a sistemática consensual do Código de Processo Civil e da Lei da Mediação suprem eventual lacuna legislativa acerca da matéria.

A questão do anacronismo presente na vedação do § 1º do art. 17 da Lei 8.429/92 é defendida por Rocha e Zaganelli (2017). Nas lições desses autores, a evolução da noção de probidade e dos instrumentos de defesa da administração, bem como a formação de um microssistema de combate à corrupção demandam uma interpretação sistemática da Lei de Improbidade Administrativa em cotejo com os diplomas mencionados no parágrafo anterior.

Em relação ao anacronismo, os referidos autores defendem que o § 1º do art. 17 da LIA se justificava apenas no período em que esta norma foi editada e que atualmente não há mais razões para se manter vigente; na visão desses autores:

O término do período militar e a retomada do regime civil foram o substrato da previsão constitucional da defesa da probidade administrativa, regulamentada em um momento de profunda crise no País, que culminou no processo de impedimento do primeiro

Presidente da República eleito a partir da ordem recentemente inaugurada. Então, a vedação normativa atendia aos anseios daquele momento histórico, por um lado pretendendo moralizar a conduta dos agentes públicos e por outro visando resguardar de ingerências que porventura levassem à impunidade, motivada especialmente pela desconfiança na estabilidade das novas instituições públicas constituídas. (ROCHA; ZAGANELLI, 2017).

Assim, atualmente, a ordem jurídica brasileira já teria alcançado a maturidade necessária para lidar com a resolução consensual de conflitos em matéria de improbidade administrativa, tornando-se ultrapassada a multicitada vedação. Esse entendimento, inclusive, já foi utilizado como uma das razões de decidir pelo juízo da 5ª Vara Federal de Curitiba, no bojo da Ação de Improbidade Administrativa nº 5006717-18.2015.4.04.7000/PR, na qual foi prolatado o seguinte entendimento:

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. (BRASIL, 2015).

Porém, vale ressaltar que, recentemente, no ano de 2015, foi editada a Medida Provisória 703/2015, que revogava o multicitado § 1º do art. 17 da LIA. Essa medida não foi confirmada pelo Congresso Nacional, conseqüentemente, o referido dispositivo encontra-se plenamente vigente.

Esse fato possui relevância quando se afirma que a vedação contida § 1º do art. 17 se justificava apenas quando da sua edição; em verdade, a não confirmação da Medida Provisória 703/2015 parece demonstrar que, ainda hoje, para o legislador, é necessário proibir a realização de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade.

Por fim, amparados nas aludidas legislações que prezam pela autocomposição de litígios, mormente na Lei de Colaboração Premiada e na Lei do Acordo de Leniência, Rocha e Zaganelli (2017), defendem a existência de um verdadeiro microssistema de combate à corrupção,

oriundo da evolução da noção da probidade e dos instrumentos de defesa, que obriga ao hermeneuta/aplicador da lei a uma interpretação sistemática, visando a garantia efetiva dos direitos tutelados. (ROCHA E ZAGANELLI, 2017),

Ainda nos ensinamentos de Rocha e Zaganelli (2017), referenciando Ferraz, defende-se a existência de um sistema de “tutela ética nas relações político-administrativas no Brasil”. Assim, em nome da defesa da ética, “a legalidade estrita deve ceder lugar a uma interpretação que considere todo o plexo normativo, buscando a máxima concretização e coexistência dos valores projetados do sistema”.

CAPÍTULO II

DA INADMISSIBILIDADE DA TRANSAÇÃO PARA ALÉM DO ART. 17, § 1º, DA LEI 8.429/90

Por outro lado, muitos são os autores que consideram antijurídica a realização autocomposição nas ações de improbidade, cujas razões não se restringem apenas ao disposto no art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade administrativa, mas perpassam por fatores de ordem doutrinária, axiológica e jurisprudencial.

1. DA DISCIPLINA DA TRANSAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL

Esta corrente refere-se à própria transação em si mesma, de modo geral, como mecanismo de solução de conflitos e que encontra previsão legislativa nos artigos 840 e seguintes do Código Civil. Segundo dispõem estes dispositivos, “é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”, porém, “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação” (CC, art. 841).

Depreende-se, portanto, que, por se tratar de direitos patrimoniais, e até extrapatrimoniais, de caráter público, não deve ser admitida a transação em processos que apuram atos de improbidade administrativa.

Nesse sentido, Fazzio Júnior (2016, p. 460):

Saindo dos conflitos intersubjetivos para os litígios que versam sobre interesses transindividuais vinculados à moralidade administrativa, transforma-se a perspectiva, porque a ação civil pública transcende o universo restrito das partes, para alcançar interesses difusos na sociedade e coletivos. O matriz social substitui o individual, de modo que os atos de disposição não se justificam. Não há transação ou acordo nem fase conciliatória, na ação civil de improbidade administrativa, porque os interesses em questão (patrimônio público econômico e probidade administrativa) são indisponíveis, não são direitos patrimoniais privados.

Em vista disso, não seriam admitidos atos de disposição nas ações de improbidade administrativa, uma vez que, em se tratando de moralidade

administrativa e patrimônio público versa-se sobre interesses transindividuais. Deste modo, a demanda que julga ato de improbidade transcende o universo restrito das partes para alcançar interesses coletivos (lato sensu).

Este argumento, muito semelhante à tese da indisponibilidade do direito, não se mostra suficiente para afastar, de modo absoluto, a realização de acordos em processos que julgam atos lesivos à administração, tendo em vista as diversas previsões legislativas mencionadas no capítulo anterior que admitem a autocomposição nas demandas em que a administração pública seja parte, inclusive quando o direito material em litígio seja de caráter indisponível.

Ademais, vale transcrever o entendimento de Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017, p. 115) acerca desse assunto:

Com estas observações podemos afirmar que é possível aplicar, então, por analogia, o regramento da transação aos chamados direitos coletivos (lato sensu), basicamente, mas não só, pelas seguintes razões, enumeradas pela doutrina: a) no momento em que se reconhece constitucionalmente a tutela dos direitos coletivos, não se pode impedir a efetivação deles, cerceando a atuação de quem por eles compete lutar, especialmente se a transação se mostrar o meio mais adequado; b) a indisponibilidade não será afetada, na medida em que visa, com a transação, a sua maior efetivação; c) a efetivação dos direitos exige sua concretização.

2. DA ESPECIALIDADE COMO CRITÉRIO DE RESOLUÇÃO DE ANTINOMIAS

No tocante ao Princípio da Especialidade, é possível aduzir que as previsões contidas no Código de Processo Civil, LINDB, Lei 12.846/13, Lei 13.140/2015, Lei 12.850/13 e Lei 9.099/95, todas mencionadas no capítulo anterior, não possuem o condão de alterar o disposto na Lei 8.429/92, tendo em vista que este diploma é especial em relação aos demais, pois dedica-se exclusivamente a regular a matéria, vedando expressamente a celebração de acordos nas ações civis de improbidade administrativa.

Há, inclusive, diversos julgados no Superior Tribunal de Justiça nos quais o princípio da especialidade foi utilizado para impedir a celebração de acordos em processos que julgavam atos de improbidade, por exemplo:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DO FEITO PARA QUE SEJAM BUSCADOS MEIOS DE COMPENSAÇÃO DA CONDUTA ÍMPROBA, À LUZ DA LEI 13.655/2018. IMPOSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DA REGRA ESPECIAL CONTIDA NO ART. 17, § 1º, DA LIA. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. AUMENTO DE DESPESAS COM PESSOAL. ATO ÍMPROBO CARACTERIZADO. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. 1. Prevalece em nosso sistema jurídico o princípio da especialidade, segundo o qual, diante de um eventual conflito aparente entre normas, a lei especial deverá prevalecer em relação à norma geral. Precedentes: AgRg no REsp 1.359.182/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 10/06/2013; AgRg no Ag 1.327.071/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 08/04/2011. 2. Conforme Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 27, de 30/05/2016, publicado no DOU de 31/05/2016, a MP 703, de 18/12/2015, publicada no DOU de 21/12/2015, teve seu prazo de vigência encerrado no dia 29/05/2016, o que importou no restabelecimento da vigência do art. 17, § 1º, da Lei 8.429/1992, que veda a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa. 3. É inviável o acolhimento do pedido de suspensão do processo, a fim de que sejam buscados os meios de compensação da conduta ímproba praticada, à luz da Lei 13.655/2018, uma vez que deve prevalecer a regra especial contida no art. 17, § 1º, da Lei 8.429/1992. 4. Na forma da jurisprudência do STJ, "tratando-se de ação de improbidade administrativa, cujo interesse público tutelado é de natureza indisponível, o acordo entre a municipalidade (autor) e os particulares (réus) não tem o condão de conduzir à extinção do feito, porque aplicável as disposições da Lei 8.429/1992, normal especial que veda expressamente a possibilidade de transação, acordo ou conciliação nos processos que tramitam sob a sua égide (art. 17, § 1º, da LIA)" (REsp 1.217.554/SP,

Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 22/08/2013). 5. Tendo o Tribunal de origem firmado a compreensão no sentido de que as nomeações efetuadas pelo ora agravante acarretaram indevido aumento de despesa com pessoal, sem planejamento orçamentário e financeiro - sendo certo que tal conduta tinha por finalidade última prejudicar a gestão de seu sucessor, causando-lhe desgaste político, o que caracteriza desvio de finalidade, eis que sua atuação não visava atender o interesse público, mas interesses pessoais -, a revisão de tais conclusões demandaria novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. 6. O dissídio jurisprudencial não foi comprovado na forma exigida pelos art. 1.029. § 1º, do CPC/15 e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. Com efeito, a parte agravante apontou como paradigma julgado que não guarda similitude fática com a matéria ora apreciada. 7. Agravo interno improvido. (BRASIL, 2018).

De fato, o critério da especialidade como meio de resolução de antinomias aparentes é inquestionável, sendo incontroverso na doutrina e na jurisprudência a validade do brocardo "*Lex specialis derogat legi generali*".

Nesse sentido, Boaventura (2007) nos ensina que:

A norma é considerada especial, em seu sentido de especificidade, quando possuir todos os elementos típicos da norma geral e ainda acrescentar outros, tanto de natureza objetiva ou subjetiva. Estes elementos acrescidos pela norma especial são denominados, pela doutrina, de especializantes. Tais elementos trazidos pela norma especial aprofundam na situação fática evidenciada pela norma geral. Bobbio (1999, p. 96) chama este aprofundamento de diferenciação gradual, na qual representa um aprofundamento no desenvolvimento do ordenamento, e bloquear a norma especial frente à geral significaria paralisar esse desenvolvimento.

Não há dúvidas, portanto, que a lei 8.429/92 possui elementos especializantes quando comparada com as disposições do Código de Processo Civil, LINDB, Lei 12.846/13, Lei 13.140/2015, Lei 12.850/13 e Lei 9.099/95. A Lei de Improbidade administrativa dedica-se de maneira mais aprofundada e específica a

disciplinar a matéria, de modo que suas disposições derrogam aquelas previstas em normas gerais.

Assim, a vedação prevista no § 1º do art. 17 é particular em relação às demais normas que admitem a resolução consensual de conflitos, devendo, portanto, prevalecer.

Citado por Boaventura (2007), Alf Ross ensina que “uma regra é particular em relação à outra se seu fato condicionante é um caso particular do fato condicionante da outra regra”. Na esteira desse entendimento, como não poderia se entender de modo distinto, as disposições da LIA não poderiam ser sobrepostas por previsões de normas gerais, pois apresenta elementos especializantes, que prevalecem sobre as regras gerais em razão dos critérios de solução de antinomias jurídicas.

Nesse sentido decidiu a Ministra Eliana Calmon nos autos do REsp 1217554 / SP.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACORDO ENTRE AS PARTES. VEDAÇÃO. ART. 17, § 1º, DA LEI 8.429/1992. MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INVIABILIDADE DE EXTINÇÃO COM BASE NO ART. 267, VIII, DO CPC. NOMENCLATURA DA AÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. 1. Tratando-se de ação de improbidade administrativa, cujo interesse público tutelado é de natureza indisponível, o acordo entre a municipalidade (autor) e os particulares (réus) não tem o condão de conduzir à extinção do feito, porque aplicável as disposições da Lei 8.429/1992, normal especial que veda expressamente a possibilidade de transação, acordo ou conciliação nos processos que tramitam sob a sua égide (art. 17, § 1º, da LIA). 2. O Código de Processo Civil deve ser aplicado somente de forma subsidiária à Lei de Improbidade Administrativa. Microsistema de tutela coletiva. (BRASIL, 2013).

4. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A INEXISTÊNCIA DE DISCIPLINA ACERCA DO ASSUNTO

Outra questão bastante discutida quanto ao assunto diz respeito ao princípio da legalidade. É cediço que, no âmbito da administração pública, este princípio assume papel diferente quando comparado com o direito privado. A famigerada comparação de Meirelles, citado por Carvalho Filho (2018, p. 20), no sentido de que particulares estão autorizados a fazer tudo o que a lei não veda e a administração pública está restrita a agir somente dentro do autorizado por lei, traduz, em parte, o significado do princípio da legalidade para Direito Administrativo.

Entretanto, de forma mais ampla e completa, Carvalho Filho (2018, p. 20) leciona que:

Na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legisferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei.

Justen Filho (2009), por sua vez, defende que:

O princípio da legalidade está abrangido na concepção de democracia republicana. Significa a supremacia da lei {expressão que abrange a Constituição}, de modo que a atividade administrativa encontra na lei seu fundamento e seu limite de validade.

Nesta senda, por falta de lei dispendo sobre o assunto, não deve prosperar a ideia de que a administração pública está autorizada a transacionar em processos de apuram atos de improbidade administrativa, ao revés, há previsão legal vedando qualquer modalidade de autocomposição (§ 1º do art. 17 da LIA).

Ademais, vale ressaltar que a Medida Provisória 703/2015 buscou revogar o multicitado § 1º do art. 17 da LIA, entretanto, o prazo para a conversão da MP em lei transcorreu *in albis*. Observa-se, assim, que, se fosse da vontade do legislador a

realização de transações em processos que julgam atos de improbidade administrativa, a referida MP teria sido chancelada pelo congresso, o que definitivamente não ocorreu.

Ainda de acordo com Carvalho Filho (2018, p. 20), citando Mello, “toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei, não o sendo, a atividade é ilícita”. Na esteira desse entendimento, é possível concluir que, ainda que se desconsidere o § 1º do art. 17 da Lei 8.429/92, a realização de acordos, conciliações e transações nos processos que julgam atos de improbidade administrativa não encontraria amparo legal e, portanto, seria ilícita.

Conforme exposto em linhas anteriores, há quem defenda que a previsão legal para a realização de acordos em ação de improbidade encontra-se nas já referidas Lei 12.846/13, Lei 13.140/2015, Lei 12.850/13, Código de Processo Civil e LINDB. Entretanto, reitere-se que esses diplomas, além de consistirem em normas gerais, ressaltam a inaplicabilidade dos seus preceitos aos direitos indisponíveis nos quais não se admita a transação, retomando a discussão já tratada no presente trabalho em tópico próprio, na parte que toca à tese da interpretação sistemática.

5. O PROBLEMA DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública suscitam maiores discussões quando se trata da resolução consensual do conflito, muito em razão da visão, ainda bastante impregnada, que se volta essencialmente ao ressarcimento ao erário e/ou à perda do enriquecimento obtido ilicitamente.

É cediço que a Lei 8.429/92 tipifica também, como ato de improbidade, aquelas práticas que atentam contra os princípios da administração pública, e que a violação destas normas afeta diretamente a própria moralidade administrativa. Ou seja, a improbidade administrativa não está restrita apenas ao dano ao erário ou ao enriquecimento ilícito, há bens jurídicos outros, de caráter axiológico que requerem a mesma atenção dispensada a todas as modalidades de desvirtuamento previstas na lei 8.429/92.

Portanto, em se admitindo a autocomposição dos conflitos nas ações de improbidade, todas as cautelas devem ser tomadas para que a moralidade administrativa e os valores de probidade, honestidade e integridade não sejam renegados a último plano, de modo que o acordo se concentre apenas em questões pecuniárias e não haja punição correspondente para a violação de bens imateriais.

A importância dos princípios para o ordenamento jurídico é tratada por Bahena (2005, p. 69-70), referenciando **Canotilho**, nos seguintes termos:

Os princípios são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos, em virtude de sua referência a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da justiça, da ideia de direito, dos fins de uma comunidade), os princípios têm uma “função normogênica” e uma “função sistêmica”: são os fundamentos de uma norma jurídica e têm uma “idoneidade irradiante” que lhes permite ligar ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional.

Desse modo, muitos dos supracitados argumentos levantados pelos defensores da transação no âmbito da improbidade administrativa concentram-se apenas no ressarcimento ao erário ou em questões pecuniárias, negligenciando, de certa forma, a valoração que a lei 8.429/92 busca conferir a outros princípios administrativos, a exemplo da moralidade.

Observemos, por exemplo, a sugerida aplicação do sistema de solução consensual de conflitos, criado pelas recentes leis Lei 12.846/13, 13.140/15 e pelo Código de Processo Civil. Essas normas restringem sua própria aplicação a questões patrimoniais, não fazendo qualquer menção à preservação de princípios, ao contrário do que o faz a Lei 8.429/92.

Neste caso, para além da discussão acerca da disponibilidade/indisponibilidade do direito envolvido, há que se atentar para a violação de princípios fundamentais erigidos como parâmetro de uma administração pública eficiente, proba e impessoal.

Especificamente acerca da moralidade administrativa, para além de figurar como princípio constitucional aplicável à administração pública, é classificada na

doutrina consagrada sob o enfoque das funções negativas e positivas (BAHENA, 2005, p. 69).

Inclusive, Bahena (2005, p. 69), ao escrever a respeito do princípio da moralidade e sua proteção por meio da lei de improbidade, esclarece a referida classificação:

Buscando o controle dos atos administrativos no que tange à moralidade, é que se diz que a moralidade administrativa possui funções positivas de ampliação dos deveres dos agentes públicos e funções negativas quanto à limitação de condutas e ações destes mesmos administradores. As funções positivas do princípio da moralidade são chamadas por Judith Martins Costa de mandado de otimização e cânone hermenêutico, e as funções negativas referem-se aos limites e ao controle da atividade administrativa.

No mesmo sentido caminha a doutrina de Mancuso (2004).

Ainda que, para argumentar, a transação viesse atender aquele primeiro objetivo (que diz com o interesse fazendário), ainda assim restaria em aberto o desate da parte substancial da controvérsia, qual seja o interesse público em que a alegada improbidade venha cumpridamente dirimida, e punido o responsável; nesse contexto, compreende-se, então, que o legislador tenha descartado a possibilidade de transação.

A constatação de Mancuso é de extrema relevância e merece ser destacada perante os inúmeros outros argumentos. Ao tratar de atos de improbidade administrativa, não pode o autor da ação voltar seus olhos apenas para o ressarcimento ao erário; a imagem de uma administração proba, honesta e rigorosa com os atos ímprobos é salutar para atender ao interesse público, que deve prevalecer sobre o privado.

Nesse sentido, vale lembrar as palavras de Fazzio Júnior (2016, p. 461) segundo as quais “não se protegem valores por meio de negócios processuais”.

6. DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

No tocante à indisponibilidade do interesse público, a doutrina de Carvalho Filho (2018, p. 37) nos ensina que “A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros”, portanto,

os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos”. (Carvalho Filho, 2018, p. 37).

MELLO (2009), por sua vez, leciona que

é encarecer que na administração os bens e interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. (MELLO 2009)

Talvez este princípio administrativo seja um dos maiores empecilhos à admissibilidade da transação nos processos que julgam atos de improbidade administrativa, sendo mais substancial que a própria vedação legal do art. 17 da Lei 8.429/92.

Entretanto, quanto à definição de “interesse público”, é indiscutível que esse princípio se revela de diversas formas. A discussão que se impõe, portanto, concentra-se muito mais na definição daquilo que contraria o interesse público e as formas mais eficientes de atendê-lo.

A bem da verdade, a questão da indisponibilidade do direito não mais parece ser óbice intransponível à celebração de acordos relacionados a atos lesivos à administração pública, basta retornarmos aos tópicos anteriores nos quais se apresentou exaustivamente exemplos atuais de leis que relativizam sobremaneira a aplicabilidade desse princípio.

Em vista disso, e em que pese a indisponibilidade do interesse público figurar como verdadeiro postulado do Direito Administrativo, a ordem jurídica atual tem relativizado sobremaneira as regras que decorrem deste princípio. Nesse sentido, a transação penal, o art. 211 do ECA, o CDC, o § 6º do art. 5º, da Lei nº 7.347/85.

Por estas razões, há quem defenda que a vedação à transação esculpida na lei 8.429/92 revela certo anacronismo (ROCHA; ZAGANELLI, 2017), devendo, portanto, ser considerada revogada total ou parcialmente.

A título de exemplo, destaca-se o art. 3º da Lei 13.140, o qual permite a mediação em conflitos que versem sobre direitos **indisponíveis**, condicionando a autocomposição apenas à admissibilidade da transação.

Ou seja, não é o simples fato de se tratar de direitos indisponíveis que inviabilizaria por completo a solução consensual do conflito, mas a inadmissibilidade de transação. Assim, havendo direito indisponível e que admite transação, não haveria qualquer empecilho à celebração do acordo.

Porém, especificamente quanto às ações de improbidade administrativa, há clara vedação à transação, impedindo, deste modo, a aplicação do art. 3º da Lei 13.140/15, conforme já se expôs no tópico 1.2 do primeiro capítulo.

Ademais, importa destacar que as normas que relativizam o princípio da indisponibilidade do interesse público aplicam-se excepcionalmente, não devendo se tornar a regra, pois isso comprometeria inclusive o núcleo do princípio.

Portanto, sendo excepcional, a relativização do princípio da indisponibilidade não deve ser aplicada a todo e qualquer caso. Ademais, vale salientar que quando a lei excepcionou esse princípio, o fez de modo expresso, ou seja, não o sujeitando à discricionariedade do julgador. Logo, não sendo relativizado para os casos de improbidade administrativa, deve prevalecer o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Por outro lado, a indisponibilidade do direito, enquanto princípio, não assume a ideia do “tudo ou nada” inerente às normas-regras, ao revés, deve ser ponderada com outros princípios, como o da eficiência, conforme exposto em tópicos anteriores. Desse modo, busca-se extrair a melhor medida possível, decorrente do mandado de otimização decorrente da teoria geral dos princípios.

Em vista disso, antes de repudiar a uso da autocomposição em qualquer hipótese de improbidade administrativa, bem como, admiti-la em todas as situações, há que se considerar o procedimento procrastinatório (TOURINHO, 2004) previsto

no art. 17, parágrafo 7º da Lei 8.429, a ampla possibilidade de recursos judiciais e a sobrecarga do judiciário que torna os julgamentos extremamente morosos.

Essas questões a serem consideradas são fundamentais quando da ponderação entre princípio da eficiência e indisponibilidade do direito ou princípio da eficiência e legalidade, enfim, às colisões de princípios de modo geral que circundam a temática relativa à autocomposição nas ações civis por atos de improbidade administrativa.

CAPÍTULO III

DAS CORRENTES INTERMEDIÁRIAS E DAS DISCUSSÕES FINAIS

Em meio à possibilidade ou não de celebração de acordo nos processos que julgam atos de improbidade administrativa, tem-se algumas correntes intermediárias, as quais buscam conferir um justo meio entre as teses favoráveis e contrárias.

1. DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Restringindo a matéria aos Termos de Ajustamento de Conduta (portanto, excluída ação judicial), Tourinho (2004) publicou o artigo “o ato de improbidade administrativa de pequeno potencial ofensivo e o compromisso de ajustamento”. Como justificativa para sua abordagem, a referida professora ressalta o atendimento de forma mais eficaz à satisfação do interesse público; destaca, ainda, a economia processual e a eficiência.

Ao respaldar sua tese, Tourinho (2004) questiona a razoabilidade de serem aplicadas as mesmas sanções ao agente público que retardou ato de ofício (art. 11, II) e àquele que incorporou ao seu patrimônio verbas públicas (art.9º, XI), com variações apenas quantitativas na punição.

Nessa ordem de ideias, Tourinho (2004) sugere que, aos atos de menor ofensividade, não sejam aplicadas cumulativamente todas as sanções previstas na lei 8.429/92.

Assim, referenciando Canotilho, pondera:

Canotilho afirma que leis restritivas de direitos, liberdades e garantias devem ser adequadas, necessárias e proporcionais. Com efeito, além de apropriadas e exigíveis para obtermos fins de proteção visados, precisam observar a justa medida na sua aplicação, evitando cargas coativas desmedidas ou desproporcionais. Acrescenta que as entidades judiciais devem ter uma relativa prudência quanto à aplicação do princípio da proibição de excesso, principalmente quando em jogo medidas restritivas.

Compartilhando desse entendimento, Diniz e Cambi (2017), defendem a solução extrajudicial dos atos de improbidade administrativa, tendo em vista que:

Tem-se como meras irregularidades administrativas as pequenas ilicitudes, as quais não se revestem de gravidade suficiente a ensejar a responsabilização por improbidade administrativa, sob pena, inclusive, de ocorrer a banalização do conceito, comprometendo-se, até mesmo, a credibilidade do microsistema de proteção à moralidade administrativa.

Em relação a estas teorias, cumpre perquirir apenas quanto à maneira de aferir a menor potencialidade do ato, a exemplo do que o faz a lei 9.099/95 para a transação penal, definindo como crimes de menor potencial ofensivo aqueles cuja pena máxima seja inferior a dois anos. Sobre o assunto, Tourinho (2004) parece apontar certo parâmetro de julgamento:

Obviamente que o compromisso de ajustamento, defendido neste trabalho, estaria limitado às sanções de natureza patrimonial a serem aplicadas nos atos de improbidade de menor potencial ofensivo, quais sejam, na improbidade administrativa por prejuízo ao erário, decorrente de atuação culposa e a simples violação de princípios administrativos, jamais se aplicando as hipóteses do art. 9º, nos casos do art. 10, quando o prejuízo fosse decorrente de atuação dolosa ou nas situações do art. 11, restado comprovada a violação ao princípio da probidade.

De fato, a flexibilidade reconhecida aos atos de improbidade administrativa de menor potencial ofensivo encontra amplo respaldo no que diz respeito à razoabilidade da ordem jurídica, principalmente quando comparados alguns atos de menor gravidade com as sanções a que se sujeitariam seus eventuais autores.

Porém, quando Tourinho (2004) define como de menor potencial ofensivo “a simples violação de princípios administrativos”, abre margem para a admissibilidade da autocomposição em práticas bastante graves no âmbito da administração pública e de grande potencialidade lesiva. Aqui, remete-se ao tópico de nº 05, do capítulo II, quando se tratou do “problema dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública”.

Tomemos como exemplo o ato consistente em frustrar a licitude de concurso público (art. 11, V, da Lei 8.429/92), é incontroverso que condutas com estas são extremamente nocivas à administração pública, podendo provocar danos de grandes proporções, além de apresentar intensa violação ao dever de honestidade, integridade e confiança. Seria o caso, por exemplo, da repudiável realização de concurso público com “cartas marcadas”, aludindo-se à predefinição dos nomes que figurarão na lista de aprovados antes mesmo da aplicação das provas.

Atos como estes, em razão da sua potencialidade lesiva, não devem admitir qualquer transação, pois aqui os motivos para vedá-la são maiores do que aqueles que a justificariam, sob o prisma da proporcionalidade.

Portanto, com todas as vênias ao entendimento de Tourinho (2004), não parece ser adequada a inclusão de toda e qualquer ofensa a princípios como sendo ato de improbidade administrativa de menor potencial ofensivo e, portanto, suscetível à celebração de termo de ajustamento de conduta. Busca-se, assim, evitar a aparência de maior vantagem ao ímprobo praticar a lesão, pela possibilidade de não sofrer sanções tão rigorosas quanto as previstas no art. 12 da Lei 8.429/92.

Nesta senda, há a necessidade de definir parâmetros para a caracterização de atos de improbidade administrativa de menor potencial ofensivo. A sugestão Tourinho (2004) quanto aos atos culposos, parece ser um bom caminho.

Outros fatores importantes podem ser analisados, embora aparentem certa subjetividade. Trata-se do exame da vontade do agente, a intensidade do dolo, a contumácia, o cargo que o agente exercia, suas responsabilidades, prejuízos ao interesse público, a gravidade do dano, reparação, valor do patrimônio atingido, punição administrativa, etc. Esses parâmetros são mencionados por Dobrowolski (2011) como integrantes da “dosimetria” da sanção nas ações de improbidade, mas podem perfeitamente ser utilizados para a aferição de atos de improbidade administrativa de menor potencial ofensivo.

Ainda acerca das pequenas irregularidades, Barboza (2013, p. 67-68) aduz que:

Essa prudente avaliação quanto à relevância para fins de improbidade pode ser feita na fase de investigação, antes da propositura de ação judicial, e recomendar o arquivamento do respectivo procedimento administrativo (inquérito civil). Também por ocasião das manifestações da acusação no processo judicial (em parecer ou em alegações finais, por exemplo). O que a lei não permite é a transação, acordo ou conciliação nas respectivas ações judiciais (art. 17, parágrafo 1º), mesmo sob o argumento da insignificância. (BARBOZA, 2013, p. 67-68)

Nota-se que a parte final dessa última transcrição indica que, mesmo sob o argumento do princípio da insignificância, não será possível a celebração de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade, apenas no curso de inquérito civil.

Já no âmbito específico do Ministério Público Federal, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão aduziu os “princípios da proporcionalidade, da eficiência e da utilidade” para reconhecer a improbidade de menor potencial ofensivo. Desse modo, o

combate à corrupção privilegiará os casos em que o prejuízo ao erário ou o enriquecimento ilícito, atualizado monetariamente, seja superior a vinte mil reais”, excetuando situações em que se identifique “significativa a princípios ou a bens de natureza imaterial” (Orientação nº 3/5ª CCR) (BRASIL, 2017).

No mesmo sentido, a Escola Superior do Ministério Público, sob a coordenação Barboza (2013, p. 67), destaca que:

Com efeito, é preciso moderação para não enxergar improbidade administrativa em tudo e desestimular os administradores públicos zelosos e preocupados. O objetivo da Lei 8.429/1992 é atingir apenas os atos relevantes e os sujeitos mal-intencionados. Outros atos equivocados, mas não tão graves, podem justificar uma

responsabilização no âmbito administrativo, não uma responsabilização judicial.

Em suma, podem parametrizar a menor ofensividade do ato: os atos culposos (TOURINHO, 2004), a inexistência de propósito desonesto (BRASIL, 2014), a vontade do agente, a intensidade do dolo, a contumácia, o cargo que o agente exercia, suas responsabilidades, prejuízos ao interesse público, a gravidade do dano, reparação, valor do patrimônio atingido e a punição administrativa.

Ressalte-se, ainda, que a obra **“Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa”**, coordenada por Barboza (2013, p. 67), afirma categoricamente que “o princípio da insignificância, que exclui as condutas irrelevantes, tem aplicação em relação à improbidade administrativa”. Esse entendimento encontra amplo respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (CONJUR, 2016).

Ademais, a aplicação do princípio da insignificância também é defendida por Bahena (2005, p. 151), sob a perspectiva de que

Dessas premissas colhidas do direito penal decorre a compreensão de que a Lei de Improbidade, notadamente no caput, do art. 11, quando trata do princípio da moralidade, por sua vasta aplicação, não deva se ocupar de bagatelas, mas deva ser resguardada para aplicação em situações em que realmente ocorreu perigo de risco efetivo ao patrimônio moral do estado. Essa noção de improbidade de bagatela é o que Emerson Garcia chama de improbidade formal e improbidade material. Segundo ele, a improbidade formal é a simples adequação do fato à norma, sem se perquirir a lesividade ou o concreto risco oferecido ao estado. Já a improbidade material, ao contrário, traz a “existência de efetivo dano ao patrimônio público.

2. DA DOUTRINA DE FAZZIO JÚNIOR

Embora inadmita que as partes transacionem, Fazzio Júnior (2016, p. 461-462) defende a possibilidade de utilização de acordos de leniência, mediante minuciosa previsão legislativa, sob a justificativa de se buscar descobrir e punir

outros autores de atos de improbidade e viabilizar a captação de informações e documentos comprobatórios ainda não revelados.

Ao defender seu posicionamento, o referido professor destaca a importância de uma releitura da Lei de Improbidade Administrativa diante dos inúmeros escândalos de corrupção revelados nos últimos anos e o risco de defasagem do direito tutelado pela LIA.

Nesse sentido, aduz que:

O atual estágio assustador dos casos de corrupção no país exige uma leitura mais aberta do tema. Isto para que o direito não corra o risco de restar defasado e também por reclamar uma atuação mais eficiente dos órgãos responsáveis pela saúde da Administração Pública.

Vê-se que o autor defende o acordo de leniência como uma ressalva ao art. 17, da Lei 8.429/92, sem, contudo, negar vigência ao dispositivo.

Nesse sentido, faria jus ao acordo de leniência os réus que, não somente colaborem, mas contribuam de modo eficaz para a investigação (informações, documentos, delações, etc). Para tanto, o dano deve ser reparado e perdido o enriquecimento ilícito.

Aduz, ainda, a indispensável participação do Ministério Público e a aplicação das sanções do art. 12 da Lei 8.429, com as devidas atenuações, mesmo que celebrado o acordo.

Por fim, deverá haver homologação judicial e o descumprimento do ajuste acarretaria o prosseguimento da ação.

3. DA DOUTRINA DE NEVES

A doutrina de Neves (2018, p. 233-235) busca compatibilizar a referida vedação legal com o sistema geral de tutelas coletivas, o qual admite, por exemplo, a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta. Assim, sem negar vigência ao § 1º do art. 17, indica-se o modo como deve ser interpretado esse dispositivo, fazendo clara distinção entre as matérias que podem ser objeto de acordo.

Em síntese, este autor alega que:

[...] na tutela coletiva é não só possível, como frequente a transação, como se pode notar pela quantidade razoável de TAC's celebrados pelos legitimados a defender o direito coletivo lato sensu, ainda que para parcela da doutrina nos termos de ajustamento de conduta tenha-se a solução por submissão, não por transação. O que deve ficar claro é que, nessas soluções do conflito por autocomposição, não é o direito material em si o objeto da transação, mas sim a forma do seu exercício. Significa que será objeto de transação apenas a forma, o modo e os prazos de cumprimento de obrigações que tutelem o direito material, que nunca será em si mesmo o objeto da transação. (NEVES, 2018, p. 234)

Observa-se que Neves (2018) fundamenta seu entendimento naquilo que será objeto da transação. Trata-se, portanto, da distinção existente entre o direito material discutido e a forma de fazer valer esse direito, de modo que somente haveria de se falar em acordo em relação aos meios de aplicação das sanções (modo de execução), mas jamais seria permitido dispor das sanções em si mesmas.

Em vista disso, o referido autor afirma que não deve ser permitida qualquer transação no tocante à perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Admite-se, todavia, a transação apenas no tocante à forma, o modo e os prazos de cumprimento de obrigações.

Quando comparado com os demais argumentos favoráveis à transação nos processos que julgam atos de improbidade administrativa, esse entendimento é o menos sujeito a críticas, mormente por não contrariar a indisponibilidade do direito e defender a vigência do § 1º, do art. 17 da Lei 8.429/92.

Todavia, poderia se levantar a discussão acerca da aplicação desse entendimento na prática, isto é, se realmente acordos nesse sentido seriam realizados. À primeira vista, não parece tão sugestivo ao investigado/réu a celebração de acordos nestes termos, o que leva a se considerar pouco crível a realização destes ajustes na prática.

Notemos que todas as sanções serão mantidas, as mesmas que decorreriam de uma condenação judicial, ajustando-se apenas quanto à forma de aplicação. Assim, o investigado/réu pode não vislumbrar qualquer vantagem na celebração deste acordo, recusando-se a firmá-lo, por lhe parecer melhor postergar a execução das sanções para a sentença condenatória, ou arriscar uma sentença que julgue improcedentes os pedidos, ou, ainda, suscitar alguma nulidade.

Em suma, embora bastante razoável e pouco sujeito a críticas, o entendimento de Neves (2018) parece não despertar grande interesse no sujeito passivo da ação de improbidade, tendo em vista que pouco mudará nas sanções que lhe serão aplicadas, sendo mais vantajoso ao réu aguardar o trânsito em julgado da ação pelo seu curso “natural”, pelas razões apontadas no parágrafo anterior. Estaria prejudicada, destarte, a efetividade, a qual volta-se para os resultados obtidos com as ações administrativas (CARVALHO FILHO, 2018, p. 33).

4. DA LEGITIMIDADE PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA FRENTE À LEGITIMIDADE PARA TRANSACIONAR – ART. 17 DA LEI 8.429/92

No âmbito da doutrina e dos estudiosos em geral, parece pacífico o entendimento acerca da legitimidade do Ministério Público para figurar no polo ativo da ação de improbidade administrativa e, por conseguinte, para celebrar acordos nas respectivas demandas (para os adeptos da possibilidade de autocomposição).

Fazzio Júnior (2016, p. 461-462), ao escrever sobre acordo de leniência nos processos de improbidade administrativa – que não se confunde com a transação – entende que o órgão competente para intervir no acordo de leniência é o Ministério Público.

Nesse mesmo sentido, Barboza (2013, p. 92), esclarece que:

Sendo enquadrada no rol das ações coletivas, a ação de improbidade é o meio pelo qual busca o legitimado a tutela de um direito metaindividual, que transcende a titularidade singular, já que pertence a uma coletividade. Trata-se de proteção ao patrimônio público e à probidade administrativa, bens coletivos socialmente difundidos, de titularidade difusa, pertinentes a toda a comunidade.

Evidencia-se, portanto, a legitimidade do Ministério Público para a celebração de acordos nas ações de improbidade, porém, o artigo 17 da Lei 8.429/92 prevê que *a ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.*

Depreende-se do referido dispositivo que tanto o Ministério Público quanto a pessoa jurídica interessada são legitimados para propor ação contra atos de improbidade administrativa.

Em vista disso, sendo admitida a autocomposição nestas ações, não se vislumbra quaisquer óbices à titularidade do Ministério Público, entretanto, há que se voltar a atenção para os demais legitimados para propor a referida ação, isto é, se, enquanto autora da ação, a pessoa jurídica interessada também poderá celebrar a respectiva transação.

Neste ponto, verifica-se que a legitimidade do Ministério Público decorre da sua atribuição institucional de defender interesses sociais e individuais indisponíveis. Entretanto, de tal prerrogativa não dispõe as demais pessoas jurídicas legitimadas a propor ação contra ato de improbidade. Logo, nos casos em que o Ministério Público não for parte, isto é, quando a parte autora for a pessoa jurídica prejudicada, impõe-se que o MP intervenha como fiscal da ordem jurídica, participando diretamente da celebração do acordo.

5. DA CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Situação distinta diz respeito à celebração de termo de ajustamento de conduta, neste caso, Tourinho (2004), citando Mazzili, ensina que o TAC:

é exclusivo do causador do dano que ajusta a sua conduta de modo a submetê-la às exigências legais. O órgão público legitimado que toma o compromisso se obriga apenas a não agir judicialmente contra o compromitente em relação àquilo que foi objeto do ajuste.

Portanto, diferentemente do conceito de transação estampado nos art. 840 do Código Civil, no TAC não se fazem presentes concessões mútuas, de modo que o compromitente se obriga a ajustar sua conduta aos ditames legais, enquanto que o órgão ministerial, não renunciando a qualquer direito, compromete-se apenas a não judicializar o ato anterior que ensejou a celebração do termo.

Em vista disso, de acordo com a referida doutrina, o Termo de Ajustamento de Conduta não encontraria óbice na questão da indisponibilidade do direito, sendo, portanto, plenamente admissível a sua celebração.

Expressam esse mesmo entendimento diversos atos normativos editados pelos Ministérios Públicos estaduais e federal, como se observa das seguintes orientações:

Resolução nº 01, de 15.05.2017, do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Paraná. Das hipóteses de composição

Art. 2.º. O compromisso ou o acordo regulados por esta resolução, poderá ser celebrado, tanto na fase extrajudicial, quanto na fase judicial, com as pessoas, físicas ou jurídicas, investigadas pela prática dos atos de improbidade administrativa, definidos na Lei 8.429, de 02.06.1992, e dos atos praticados contra a Administração Pública, definidos na Lei 12.846, de 01.08.2013, visando:

I – a aplicação célere e proporcional das respectivas sanções, nos atos que possam ser considerados como de menor potencial ofensivo, assim considerados aqueles em que, com base nos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência, a aplicação de sanções reduzidas, seja sob o aspecto quantitativo, seja sob o aspecto qualitativo, mostre-se suficiente para sua prevenção e repressão; ou

II – constituir meio de obtenção de provas, em qualquer ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992) ou qualquer ato praticado contra a Administração Pública (Lei 12.846/2013), desde que o beneficiado pela composição colabore efetivamente com as investigações e o processo, quando for o caso. (BRASIL, 2017).

Compartilhando desse entendimento, o Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo expôs sua orientação no arquivamento do Inquérito Civil n.º 14.0555.0000113/2014-9, da Promotoria de Justiça de Osasco, conforme se extrai da obra de Cambi e Diniz (2017):

[...] o fundamento para a aplicabilidade do “acordo de colaboração” aos atos de improbidade administrativa é a obtenção de maior eficiência nas investigações, para própria repressão dos atos de improbidade e tutela do erário, como forma de melhor satisfação do interesse público. E, para tanto, admite-se até mesmo a relativização/mitigação do princípio da obrigatoriedade, haja vista que o interesse público e eficiência serão melhor atingidos com o “ato de colaboração”; de que a “natureza jurídica ‘negocial’ está bem preservada. O Ministério Público, na hipótese de ‘acordo de colaboração’, possui interesse de agir mas assume compromisso de não exercer sua pretensão, ‘para melhor atenção ao interesse público e eficiência (princípios previstos constitucionalmente). Além disso, na hipótese de descumprimento do ‘acordo de colaboração’, a consequência é a propositura de ação civil de improbidade contra o colaborador”.

Entretanto, por mais que o Termo de Ajustamento de Conduta possa se diferenciar da transação propriamente dita, fato é que, de alguma forma, resulta em certa disponibilidade de direitos indisponíveis, mesmo que estejamos a nos referir apenas às sanções que seriam aplicadas caso a ação de improbidade fosse ajuizada.

Tomando como exemplo o caso relatado na introdução do presente trabalho, caso o prefeito ali referido firmasse termo de ajustamento para o pagamento da multa, em nada diferenciaria da transação que se realizou no caso concreto. Porém, se ajuizada a ação de improbidade administrativa, o agente público estaria sujeito ao ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Deste modo, se celebrado termo de ajustamento de conduta, excluindo ou atenuando algumas das referidas sanções, em algum grau se estará dispondo de direitos.

Porém, o § 1º, do art. 17 da Lei 8.429 veda a transação, acordo ou conciliação nas **ações** de improbidade administrativa, o que pode levar a concluir, por meio de uma interpretação puramente literal, que não estaria vedada a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta, tendo em vista que nesta fase não terá sido ajuizada a ação de improbidade, ou seja, o referido § 1º teria aplicabilidade apenas na fase judicial, não abrangendo os procedimentos extrajudiciais.

Por outro lado, pode-se concluir que o § 1º aplica-se também aos procedimentos investigativos em razão da relevância do bem tutelado, da indisponibilidade do interesse público, da proteção de valores administrativos, da vontade do legislador, etc. Porém, entender deste modo inviabilizaria sobremaneira as celebrações de Termos de Ajustamento de Conduta em matéria de Direito Administrativo, não somente em relação à improbidade.

Nessa ordem de ideias, conclui-se que a resolução consensual do conflito, seja na via judicial ou extrajudicial, de certa forma, envolve alguma manifestação de transação, acordo ou conciliação. Porém, além de não se subsumir diretamente ao § 1º, do art. 17 da Lei 8.429, os termos de ajustamento de conduta oferecem benefícios que lhes são inerentes, em termos de eficiência, celeridade, espontaneidade, produção de resultados e satisfação do interesse público, razão pela qual mostra-se de extrema relevância o entendimento de Tourinho (2004) em admiti-lo nos atos de improbidade administrativa de menor potencial ofensivo.

6. PARÂMETROS A SEREM UTILIZADOS NA DOSIMETRIA DAS SANÇÕES OBJETO DO ACORDO

Em um estado democrático de direito, o princípio da proporcionalidade revela-se como verdadeiro postulado das relações jurídicas. Em se tratando de processos que apuram atos de improbidade administrativa, este princípio assume dupla função. A primeira diz respeito à apuração da efetiva configuração do ilícito, enquanto a segunda é dirigida à dosimetria das sanções (DOBROWOLSKI, 2011).

A doutrina e a jurisprudência são uníssonas a respeito dos três subprincípios que decorrem do princípio da proporcionalidade, quais sejam, a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

De acordo com os ensinamentos de Bahena (2005, p. 141), referenciando GARCIA e ALVES, o princípio da proporcionalidade

Nasceu para contrabalançar o princípio da legalidade, pois, em certas situações, o estrito cumprimento da lei era insuficiente à plena garantia das liberdades públicas, o que desencadeava a exacerbada lesão aos direitos individuais, sendo necessária uma construção dogmática para proporcionar uma atuação estatal equilibrada, harmoniosa e racional.

DOBROWOLSKI (2011) leciona que é preciso, de antemão, ser analisada a vontade do agente, a intensidade do dolo, a contumácia, o cargo que o agente exercia, suas responsabilidades, prejuízos ao interesse público, a gravidade do dano, reparação, valor do patrimônio atingido, punição administrativa, etc.

7. DO ART. 5º DA LEI 8.429/92 – INTEGRAL RESSARCIMENTO; DA PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA; DO ART. 37, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL; DA REPERCUSSÃO SOBRE O ART. 132, IV DA 8.112/90

De acordo com Constituição Federal, art. 37, § 4º, os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A gradação, prevista constitucionalmente, foi positivada pela lei 8.429/92 e divide os atos de improbidade em Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito (art. 9º), Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário (art. 10), Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário (art. 10-A), e Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública (art. 11).

As penas a serem aplicadas a cada modalidade de ofensa à probidade administrativa estão previstas nos incisos do art. 12 da Lei 8.429/92, as quais podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente.

Nesta ordem de ideias, o questionamento que se faz diz respeito às implicações que eventuais acordos na ação de improbidade terão em outras

legislações relacionadas a matérias, de certa forma, independentes. Por exemplo, a previsão expressa no art. 132 da lei 8.112 acerca da demissão motivada por ato de improbidade administrativa, ou, ainda, o Parágrafo único, inciso I, do art. 5º da Lei 8.027/1990 que, ao dispor sobre as normas de conduta dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas, prevê que a penalidade de demissão também será aplicada nos casos de improbidade administrativa.

Ademais, o art. 5º da Lei 8.429 prevê que, ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

Ocorre que eventuais acordos acerca do ressarcimento integral deveriam se sobrepor ao referido art. 5º da Lei 8.429. Do mesmo modo, acordos acerca da demissão deveriam se sobrepor ao art. 132 da Lei 8.112 e ao Parágrafo único, inciso I, do art. 5º da Lei 8.027/90.

No tocante à punição prevista no art. 132 da lei 8.112 e no Parágrafo único, inciso I, do art. 5º da Lei 8.027/1990, tem-se que a perda da função pública para praticantes de atos de improbidade administrativa é medida das mais razoáveis, tendo em vista que objetiva extirpar da administração pública sujeitos desonestos, inconvenientes ao modelo democrático de administração.

Ressalte-se, ainda, que até mesmo nas relações privadas de trabalho, o ato de improbidade constitui justa causa para rescisão do contrato pelo empregador, conforme previsto no art. 482, 'a', da CLT:

Art. 482 Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade;

Neste ponto, é de se argumentar que, se na área privada (a qual não lida diretamente com interesse público, não está constitucionalmente adstrita à moralidade, não administra bens da coletividade) o direito de dispensa visa proteger o empregador contra a permanência do sujeito ímprobo, com maior razão deve ser protegida a administração pública contra a manutenção do vínculo com esses indivíduos. Daí porque há dupla previsão de demissão para os agentes que incorram

em ato de improbidade administrativa, não se mostrando adequada qualquer negociação que vise impedir esta punição.

Porém, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que a punição de demissão requer a incidência dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, não sendo aplicada a todo e qualquer ato de improbidade administrativa (BRASIL, 2011). Sendo assim, há que se refletir se, obedecida a proporcionalidade e a razoabilidade, bem como a possibilidade de autocomposição nas ações de improbidade administrativa, tornar-se-ia viável transacionar acerca da demissão ou não do servidor.

Saliente-se, no entanto, que a segurança jurídica e a proteção à confiança impõem que todas as consequências do acordo estejam claramente detalhadas. Obscuridades e omissões na autocomposição podem dar margem à alegação de coisa julgada, de modo que o acordo realizado na ação de improbidade deva repercutir também no Estatuto de Servidores (ex. Art. 132 da Lei 8.112) e no Parágrafo único, inciso I, do art. 5º da Lei 8.027/90, ou seja, uma vez realizado o acordo, o agente não mais poderia perder a função pública em razão do ato de que tratou aquela avença.

Nota-se, por exemplo, que, no caso mencionado na introdução do presente trabalho, o réu da ação de improbidade não perdeu sua função pública, tendo o acordo se restringido apenas ao pagamento de multa.

O ressarcimento integral, por sua vez, tem o objetivo de proteger o patrimônio público e evitar o enriquecimento ilícito (quando houver) do agente ímprobo, destarte, eventual acordo acerca do ressarcimento de modo não integral, para além de violar o referido artigo 5º da Lei 8.429/92, contraria a proteção do patrimônio público e chancela enriquecimento espúrio.

Mesmo nas doutrinas favoráveis ao acordo (mencionadas no capítulo I), parece não haver oposição quanto à exigência de ressarcimento integral, mesmo quando resolvido o conflito de modo consensual. Quanto à possibilidade de o acordo repercutir também no artigos 132 da Lei 8.112 e no Parágrafo único, inciso I, do art. 5º da Lei 8.027/90, a questão é mais tormentosa; de um lado figura a necessidade de a administração ser protegida contra sujeitos ímprobos, de outro, a

proporcionalidade, a segurança jurídica e a proteção à confiança do indivíduo que celebrou o acordo não ser novamente processado pelo mesmo ato, sob a perspectiva dos artigos 132 da Lei 8.112 e do Parágrafo único, inciso I, do art. 5º da Lei 8.027/90.

Esses questionamentos ensejam novas discussões, por exemplo, quanto à possibilidade de o acordo envolver toda e qualquer sanção ou apenas algumas delas, como defendem Neves e Oliveira (2018, p. 233-235) e Fazzio Júnior (2016, p. 460-462), cujas teorias foram expostas em linhas anteriores.

CONCLUSÃO

Do cotejo das informações trazidas a lume no presente Trabalho de Conclusão de Curso, ante a intensa divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do assunto, bem como, a plausibilidade dos argumentos levantados por todas as correntes de entendimento, parece salutar a sugestão apontada por Fazzio Júnior (2016, p. 460-462) no sentido de ser vedada a realização da transação, porém admitindo-se a celebração de acordo de leniência.

O que difere os referidos mecanismos de solução de conflitos é que, na transação, há concessões recíprocas, as partes, em estado de igualdade, cedem parte do seu direito para compor o litígio. Já no acordo de leniência, o estado do réu é de sujeição, não de igualdade, o que o submete, mediante o devido processo legal, aos ditames indicados pelo Ministério Público, como, por exemplo, a reparação dos danos causados e a colaboração com as investigações.

Assim, por meio do acordo de leniência, não estará se dispondo do interesse público e será conferida maior eficiência processual. Além disso, serão reduzidas as possibilidades de defasagem do direito demandado em juízo. Entretanto, para a viabilidade de tal técnica, faz-se necessária intensa disciplina legislativa, o que, até o presente momento, não se vislumbra.

Entre as teorias apresentadas, a que trata do acordo de leniência mostra-se menos sujeita a críticas do ponto de vista da indisponibilidade do direito e dos princípios da legalidade e da eficiência.

Porém, em mesmo grau de importância encontra-se a aplicação do princípio da proporcionalidade. Nesse caso, caberia ao juiz sopesar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito para homologar ou não a solução consensual. Este método destaca-se por permitir sua aplicação imediata, sem a necessidade de disciplina legislativa acerca do assunto, encontrando seu fundamento no **devido processo legal substancial** (DIDIER JR, 2017, p. 78). Ou seja, o magistrado poderia sopesar a inexistência de previsão legal a amparar o acordo, de um lado, e a eficiência proporcionada pela autocomposição, de outro; ou, ainda, a razoabilidade das sanções aplicadas ao réu.

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade conferirá maior eficiência e razoabilidade aos julgamentos de atos de improbidade, pois, conforme Tourinho (2004) “a vedação à transação dificulta a plena realização dos fins sociais da norma”.

Um grande exemplo da aplicação do princípio da proporcionalidade é no que a doutrina de Tourinho (2004) define como atos de improbidade administrativa de menor potencial ofensivo. Porém, a conclusão deste trabalho abrange não somente os atos de improbidade de menor potencial ofensivo, mas também aqueles cujas peculiaridades demonstram maior vantajosidade à administração.

Também indicam certa proporcionalidade a admissão da autocomposição para atos culposos (TOURINHO, 2004) e para aqueles desprovidos de propósito desonesto (BRASIL, 2014).

De fato, a sugestão expressa nesta conclusão - no sentido de parametrizar a admissibilidade da autocomposição “apenas” pelo princípio da proporcionalidade - pode conduzir a alguma incerteza e subjetividade quanto às situações que caberão a resolução consensual, pois confia ao magistrado o poder de decidir, no caso concreto, acerca à admissão do acordo.

Porém, há que se ressaltar que o princípio da proporcionalidade, apesar da carga subjetiva que pode exprimir, é amplamente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal e pela Doutrina, tendo em vista a impossibilidade de o legislador prever todas as situações fáticas possíveis de ocorrer ou solucionar todos os eventuais conflitos por meio de lei.

Ademais, somente com o princípio da proporcionalidade será possível evitar sanções desarrazoadas, disposição indevida do patrimônio público e a preservação da moralidade administrativa.

Assim, perlustrando todos os entendimentos expostos no presente trabalho, constata-se que os argumentos doutrinários e jurisprudenciais não são (e não poderiam ser) aplicados de forma absoluta, ensejando verdadeira colisão entre princípios. Em razão disso, o caminho a ser seguido, no momento atual, é o da proporcionalidade. A longo prazo, todavia, pode se fazer valer o entendimento de

Fazzio Júnior (2016) quanto à edição de determinada norma que admita acordo de leniência em ações de improbidade administrativa.

Por tudo quanto exposto, conclui-se pela viabilidade de dois caminhos a serem seguidos, sendo um deles mais imediatista e outro condicionado à edição de norma regulamentadora. O primeiro diz respeito à aplicação do princípio da proporcionalidade no caso concreto, e o último trata da edição de norma disciplinadora da celebração de acordos de leniência no âmbito das ações civis de improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAHENA, Kele Cristiani Diogo. O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela Lei de Improbidade. 1. ed. Curitiba, PR: Juruá Ed., 2005. 185 p.

BARBOZA, Márcia Noll (Coord). Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da Lei n. 8.429/1992. 2. ed. rev. e atual. Brasília, DF: ESMPU, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal - Parte Geral. vol.I. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOAVENTURA, B. J. R.. A solução das antinomias jurídicas aparentes inseridas na consolidação das leis. 2007. (Apresentação de Trabalho/Comunicação).

BRASIL. Lei 8.429 (1992). LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992. Palácio do Planalto. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-normaatualizada-pl.html>>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. Lei 13.105 (2015). LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015, Código de Processo Civil. Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. Lei 13.140 (2015). LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015. Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. Lei 12.850 (2013). LEI Nº 12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013. Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL, ORIENTAÇÃO Nº 3/5ª CCR. Realizada em 15 de março de 2017
Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacaotematica/ccr5/orientacoes/orientacao-3_2017.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

BRASIL, Resolução nº 01, de 15.05.2017, do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Paraná. Curitiba-PR, 15 mai. 2017. Disponível em: <

http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/Restaurativo/Resolucao_01_2017_CSMP_MPPR.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL, RESOLUÇÃO Nº 179, DE 26 DE JULHO DE 2017. Regulamenta 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. Brasília-DF, jul 2017. Disponível em: <
<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. STF, AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12 DISTRITO FEDERAL. Relator: min. Carlos Britto. DJe nº 237. Divulgação 17/12/2009. Publicação 18/12/2009. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. STF, AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12 DISTRITO FEDERAL. Relator: min. Carlos Britto. DJe nº 237. Divulgação 17/12/2009. Publicação 18/12/2009. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. STJ - AgInt no REsp 1654462 / MT 2017/0033118-5, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA (1155), Data do Julgamento: 07/06/2018, Data da Publicação: 14/06/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595905178/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1654462-mt-2017-0033118-5>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. STJ, AgRg no AREsp 400.779/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 17/12/2014). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42518835&num_registro=201303266069&data=20141217&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. STJ - REsp 1217554 / SP, Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, 15/08/2013, Eliana Calmon. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30114023&num_registro=201001847486&data=20130822&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. STJ - MS nº 15917 / DF (2010/0210513-0) autuado em 02/12/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22537829&num_registro=201002105130&data=20120619&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 27 nov. 2019

BRASIL. 5ª Vara Federal de Curitiba/PR. Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa no 5006717-18.2015.4.04.7000/PR. Juiz: Giovanna Mayer. Curitiba, 17 nov. 2015. Disponível em: <https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701447762353636660070000000001&evento=687&key=32fdaccfc4a0a2d97211ff6e9f64387ff6ac0f044053201abff91140fd53f520&hash=f90d8faf4411945fb39251245528732a>. Acesso em: 03 out. 2019.

CAMBI, Eduardo; DINIZ, Cláudio Smirne. Possibilidades de solução extrajudicial de conflitos na área da proteção ao patrimônio público e da tutela da probidade administrativa. Tese Aprovada no XXII Congresso Nacional do Ministério Público, ocorrido em Belo Horizonte, em setembro de 2017. Disponível em: <Disponível em: <https://goo.gl/uc5831> >. Acesso em: 26 nov. 2019.

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo/ Matheus Carvalho - 4. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2017. 1.216 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

CONJUR. Revista Consultor Jurídico, 29 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/stj-divulga-teses-insignificancia-atos-improbidade>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120) | Rogério Sanches Cunha - 4. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2016. 560 p.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento/Fredie Didier Jr. - 19. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. V. 1. 880p.

DIDIER, JR; ZANETI JR. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo. Vitória: PGE/ES, 2017. Semestral. ISSN: 1808-897 X.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. Questões práticas sobre improbidade administrativa/Samantha Chantal Dobrowolski (Coordenadora); Ageu Florêncio da Cunha ... [et al.] – Brasília : ESMPU, 2011. 326 p.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: Doutrina, legislação e jurisprudência. 4. ed. – São Paulo, Atlas, 2016.

GARCIA, Emerson. As resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e o seu necessário balizamento. Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n. 1, out. 2011/jan. 2012. <Disponível em:

https://www.mprs.mp.br/media/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_01/vol1no1art2.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal - Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Forum, 4 ed. 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 334.

MARTINS, Jomar. Ex-prefeito paga multa e se livra de processo por improbidade administrativa. Consultor Jurídico, 16 set. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-16/ex-prefeito-paga-multa-livra-processo-improbidade> >. Acesso em: 27 nov. 2019.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de - Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 26 ed. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2018. – (Série IDP).

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de improbidade administrativa: Direito Material e Processual - 6ª Ed., rev, atual e ampl. – Rio de Janeiro, Forense, São Paulo. MÉTODO. 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da Lei de Mediação no Compromisso de Ajustamento de Conduta. Revista de Processo, vol. 256/2016, p. 371 – 409, Jun / 2016.

ROCHA, Marcelo Dantas; ZAGANELLI, Margareth Vetis. O AJUSTAMENTO DE CONDOTA EM ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: anacronismos na vedação da transação na lei brasileira. Cadernos de Dereito Actual , v. Extra, p. 147-162, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. – 6. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. O ato de improbidade administrativa de pequeno potencial ofensivo e o compromisso de ajustamento. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 274, 7 abr. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5053>. Acesso em: 26 nov. 2019.