

## Leniência e improbidade: a proposta trazida pelo PL 10.887/2018



O artigo 17, § 1º, da Lei n. 8.429/1992, é

claro: “*é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput*”. Lido em sua literalidade, o dispositivo, em princípio, não deixaria dúvidas de que a transação seria incabível em sede de improbidade administrativa.

Nada obstante, embora ainda hoje decisões pontuais<sup>[1]</sup> invoquem aquele fundamento como óbice a ajustes consensuais em ações de improbidade, temos para nós que a norma em questão nem sequer mais subsistiria.

A fim de demonstrar a hipótese, vale lembrar que o citado § 1º foi cunhado em 1991, quando a conjuntura jurídica, política e social de combate aos atos ímprobos era completamente diversa da atual. Dali em diante, porém, o ordenamento nacional passou gradativamente a abandonar o dogma de uma impossibilidade absoluta de transação em demandas integradas pela Administração Pública, que tivessem por objeto direto ou indireto seu patrimônio.

Esse movimento, influenciado pelas técnicas de justiça penal consensual inauguradas pela Lei n. 9.099/1995 (e.g., a transação penal e a suspensão condicional do processo), teve como fase importante a aprovação das Leis n. 12.846/2013 e 12.850/2013, que, junto à Lei n. 8.429/1992, compõem o microsistema de combate a atos lesivos à Administração Pública e regulamentam, respectivamente, os acordos de leniência e de colaboração premiada.

Na seara processual civil, a Lei n. 13.105/2015, aplicável subsidiariamente ao procedimento especial da ação de improbidade por força do artigo 318, parágrafo único, e de entendimento jurisprudencial ainda anterior<sup>[2]</sup>, estabeleceu em seu art. 3º, § 3º, 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*”.

Não foi diferente no campo administrativista: a noção de uma espécie intangível de indisponibilidade do interesse público tem sido atenuada, não sendo mais possível conceber uma supremacia “*sobre o privado como sendo óbvia, evidente ou mesmo inerente ao sistema jurídico*.”<sup>[3]</sup> Essa mudança de paradigma

---

repercutiu na resolução de disputas, como anotam Tomás-Ramón Fernández e Garcia de Enterría ao tratar da chamada Administração concertada: “A Administração renunciaria ao emprego de seus poderes com base na imperatividade e unilateralidade, aceitando realizar acordos com os particulares destinatários da aplicação concreta desses poderes, ganhando assim uma colaboração ativa dos administrados (...)”.[4] Daí as mudanças, no campo legislativo, introduzidas pelo artigo 23-A da Lei n. 8.897/1995 (criando a possibilidade do “emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato [de concessão], inclusive a arbitragem”), cuja ratio foi reproduzida mais tarde pelos artigos 11, III, da Lei de Parceria Público-Privada (n. 11.079/2014) e 31, § 4º, da Lei n. 13.448/2017 e reafirmada pelas Leis n. 13.129 e n. 13.140, ambas de 2015.

Ainda no mesmo sentido, merece ser colhida a Lei n. 13.655/2018, que inseriu o artigo 26 na LINDB para admitir a celebração de termo de compromisso para “eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença”.

Como se percebe, a “disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais não encontra correlação com a disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público”. [5] Foi perdendo campo, assim, visão retrógrada a relacionar o resguardo ao interesse público indissociavelmente ao poder de império estatal.

Num primeiro passo rumo ao reconhecimento do fim do § 1º do artigo 17, a 5ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR, em importante decisão, [6] consignou que “em 1992, época da publicação da Lei [de Improbidade], 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 administrativa, no caso, o MPF pleiteie a aplicação de recursos semelhante na esfera cível.”

Na doutrina, Fredie Didier Jr. e Daniela Bomfim [7] endereçaram a questão mais contundentemente: “o art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992 proíbe expressamente ‘transação, acordo ou conciliação’ no processo de improbidade administrativa. Ele fora, oportunamente, revogado pela Medida Provisória nº 703/2015. Sucede que a MP caducou, em maio de 2016, pela não apreciação dela pelo Congresso Nacional. Mas isso não é obstáculo a que se reconheça a possibilidade de autocomposição no processo da ação de improbidade administrativa. O §1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 já estava obsoleto.”

O paradoxo em se negar a possibilidade de ajustes consensuais em sede de improbidade também não escapou a Nicolao Dino: “o próprio êxito da colaboração premiada ou do acordo de leniência firmados no âmbito da persecução penal ou do processo administrativo, pode ficar comprometido se a autoincriminação numa instância, em troca de um benefício, puder implicar responsabilização integral em outra instância, na esfera da improbidade administrativa..” [8]

---

Todo esse racional repercutiria em mais outro importante julgado, esse oriundo do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que consignou que “*a assertiva — vedação de transação, acordo ou conciliação em ação de improbidade — era perfeitamente justificável à época da edição do diploma legislativo — 1992. (...) No entanto, há que se buscar, pela interpretação sistemática dos diplomas legais no microsistema em que inserido, como demonstrado, além de unicidade e coerência, atualidade, ou seja, adequação interpretativa à dinâmica própria do direito, à luz de sua própria evolução. (...) Nem seria coerente que o mesmo sistema jurídico admita, de um lado, a transação na LAC e a impeça, de outro, na LIA, até porque atos de corrupção são, em regra, mais gravosos que determinados atos de improbidade administrativa, como por exemplo, aqueles que atentem contra princípios, sem lesão ao erário ou enriquecimento ilícito.*”

Se a crença na superação do § 1º do artigo 17 crescia, se fazia cada vez mais necessário fundamentar, no sistema, sua derrocada. A solução: dada a antinomia aparente entre aquele dispositivo e o artigo 36, § 4º, da Lei n. 13.140/2015, prevaleceria a máxima *lex posteriori derogat legi priori*, positivada pelo artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

É que a incompatibilidade entre o mencionado artigo 17, § 1º, e o ordenamento produz, é certo, diversas incongruências: *e.g.*, a possibilidade de transação prévia (termo de ajustamento de conduta), mas não no curso da ação; ou a necessidade de que a ação de improbidade prossiga, ainda que com efeitos meramente declaratórios, frente à celebração de leniência. Porém, talvez seja o citado artigo 36, § 4º que forneça com maior contundência essa discrepância, passível, pois, de ser eleito como paradigma normativo de evidenciação da incompatibilidade a conduzir à revogação tácita.

Seja como for, o ponto não fugiu ao projeto de alteração da lei de improbidade (PL n. 10.887/2018), por meio do qual, em seu artigo 17-A: “*O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível (...)*”.

De pronto, destacamos na proposta o integral ressarcimento do dano e a reversão à pessoa lesada da vantagem indevidamente obtida, o que esvazia ainda mais uma visão ortodoxa da indisponibilidade do interesse público, e homologação do acordo pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil (as chamadas Câmaras de Coordenação e Revisão).

Não menos interessante, a proposta enunciada pelo PL 10.887/2018 fortalece o papel do Ministério Público. Não somente ao outorgar-lhe a legitimidade exclusiva para o ajuizamento de ações de improbidade, mas admitindo que possa ele transacionar, pressupondo-se reparação de dano e reversão da vantagem indevida que poderiam esvaziar, via de consequência, a possibilidade de as pessoas jurídicas lesadas empreenderem ações paralelas.

Reconhecemos que ao Ministério Público incumbe, na forma do art. 127 da Constituição, “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. O art. 129 da Carta, ainda além, outorga outras importantes competências ao órgão, todas elas denotadoras de sua proeminência. Daí por que, na condição de titular da ação penal pública, teria o Ministério Público, em tese e em princípio, maior domínio dos fatos para sopesar, como requisitos para a transação em improbidade, “a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso”, a teor do que dispõe o § 1º do artigo 17-A do PL 10.887/2018.

Não se deve desconsiderar que a transação, uma vez atingida, desencadeará extinção do feito com resolução do mérito, produzindo coisa julgada material. É dizer, na hipótese de transação judicial em sede de ação de improbidade, a discutível vinculação por parte de órgãos e entidades a acordos de leniência que não celebraram cede lugar à indiscutível vinculação à coisa julgada material.

O virtual argumento de que o modelo acima sacrificaria autonomia de outras entidades, por outro lado, não nos seduz. A teor das Convenções de Palermo e de Mérida, o dever de combate à corrupção foi, antes de mais nada, assumido pelo Brasil, obrigando o Estado, e não instituições específicas. Essa razão, não ao acaso, já havia frequentado acórdão do Supremo Tribunal Federal em hipótese envolvendo acordo de colaboração e na qual se firmou posição de que o ajuste faz nascer para o Estado, de maneira geral, o dever de honrar os compromissos assumidos: “os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.”<sup>[9]</sup>

Se deu no mesmo sentido o Estudo Técnico nº 01/2017, elaborado pela Câmara de Combate à Corrupção do MPF sobre o uso de ferramentas de negociação para investigação de infrações e celebração de leniência, do qual constou que “a celebração de acordo de leniência, portanto, obsta, inclusive sob a perspectiva lógica, a atuação repressiva oficial desnecessária e desproporcional, porque já atingido os objetivos e reparação devidos.”<sup>[10]</sup>

Condicionada — pelo PL 10.887/2018 — a transação em sede ação de improbidade (i) ao integral ressarcimento do dano, (ii) à reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevidamente obtida e (iii) ao pagamento de multa, não haveria falar em vulneração a autonomia de outras entidades porque simplesmente inexistirá escopo a ser buscado no exercício de qualquer autonomia que seja.

É prudente, contudo, que façamos um contraponto: diferentemente da Lei Anticorrupção, a Lei de Improbidade tem como um dos escopos o ressarcimento ao erário, de modo que, nesse particular, seria salutar que se estabelecesse interlocução com o ente lesado, em favor de quem a reparação haverá de reverter, até mesmo para respaldo do próprio leniente — caso essa interlocução não ocorra, tendemos a reputar ainda assim válido o acordo, com a possibilidade de que ente lesado persiga eventual diferença entre o valor endereçado na leniência e aquele que reputa correto a título de dano.

---

No que diz respeito à eficácia do acordo frente aos demais membros do órgão ministerial, não se ignora a independência funcional como princípio institucional, consoante estampado no artigo 127 da Constituição Federal. Essa independência, nada obstante, deve ser sopesada com os princípios da segurança jurídica e da unicidade do *Parquet*, que rezam que “os procuradores e promotores integram um só órgão, sob a direção de um só chefe”<sup>[11]</sup>.

Assim, especialmente quando uma unidade do Ministério Público se insurja contra outra, fulcrada na independência funcional, há a necessidade de que o conflito seja dirimido no âmbito do próprio órgão.<sup>[12]</sup> Reforçando o ponto, não foi ao acaso que o multicitado PL 10.887/2018 também dispôs, no § 4º de seu artigo 17-A, sobre a indispensabilidade de aprovação do acordo pelo “órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil”.

Tudo isso somado, o saldo, em nosso sentir, é o de que as propostas constantes do PL 10.887/2018 se alinham ao contexto atual e comungam da necessidade de maior segurança jurídica que deve advir dos ajustes entre o Estado e particulares que eventualmente optem por reconhecer a prática de ilícitos.

---

[1] Conferir julgamento no TJMT: <https://youtu.be/BHPY5pERyAo> a partir de 1:14:13.

[2] REsp 1.098.669/GO, DJe 12-11-2010.

[3] Carlos Henrique da Costa Leite *apud* MARTINS, André Chateaubriand. Arbitragem e Administração Pública *In* CAHALI, Francisco José *et. al.* *Arbitragem: Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26.05.2015*. São Paulo: Saraiva, 2016. p 74.

[4] FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1999, p. 661.

[5] ZAKIA, José Victor Palazzi. *Um panorama geral da reforma da Lei de Arbitragem: o que mudou com a Lei Ordinária n. 13.129/2015*. *In* Revista Brasileira de Arbitragem. N. 51, jul-set.2016. p. 41. Em sentido idêntico, ver MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. RDA 218:84, jul./set., 1997.

[6] Autos do processo n. 5006717-18.2015.4.04.7000/PR.

[7] DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. *A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa*. *In* Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Ano 17, n. 67, (jan./mar. 2017). Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 116.

[8] DINO, Nicolao. *A Colaboração Premiada na Improbidade Administrativa: Possibilidade e Repercussão Probatória*. *In* SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs.). *A Prova no enfrentamento à Macrocriminalidade*. Salvador: Editora JusPodvium, 2015, p. 458.

[9] STF, HC 127.483-PR, DJ 4.2.2016.

[10] Disponível [aqui](#).

[10] BANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1.012.

[12] No caso de conflitos entre MPF e MP dos Estados, já decidiu o STF competir à PGR a resolução: Ações Cíveis Originárias (ACO) 924 e 1394 e Petições (Pet) 4706 e 4863.

**Date Created**

19/09/2019