

Ricardo Benvenhu

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:

*O acordo de não persecução cível e a tutela dos
direitos indisponíveis pelo ministério público*

Lei n° 14.230, de 2021

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:

*O acordo de não persecução cível e a tutela dos
direitos indisponíveis pelo ministério público*

Ricardo Benvenhu

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:

*O acordo de não persecução cível e a tutela dos
direitos indisponíveis pelo ministério público*



Conselho Editorial

Doutor Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão
Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco – Brasil

Doutora Sílvia Isabel dos Anjos Caetano Alves
Professora da Universidade de Lisboa – Portugal

Doutor Georges Martyn
Professor da Universidade de Ghent – Flanders/Bélgica

Doutora Agata Cecilia Amato Mangiameli
Professora da Universidade de Roma II – Itália

Doutora Ana Elisa Liberatore Silva Bechara
Professora Titular da USP – Brasil

Doutor Stelio Mangiameli
Professor da Universidade de Teramo – Itália

Editor Chefe

Plácido Arraes

Editor

Tales Leon de Marco

Produtora Editorial

Bárbara Rodrigues

Capa, projeto gráfico

Bárbara Rodrigues

Diagramação

Bárbara Rodrigues

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios,
sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

Copyright © 2022, D'Plácido Editora

Copyright © 2022, Ricardo Benvenhu

São Paulo

Av. Paulista, 2073, loja 120, Conjunto Nacional, Bela Vista –
São Paulo – SP, CEP 01311-940

Belo Horizonte

Av. Brasil, 1843, Savassi, Belo Horizonte, MG – CEP 30140-007
Tel.: 31 3261 2801

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR | INSTAGRAM/EDITORADPLACIDO

Catálogo na Publicação (CIP)

Benvenhu, Ricardo
B478 Improbidade administrativa : o acordo de não persecução cível e
a tutela dos direitos indisponíveis pelo ministério público / Ricardo
Benvenhu. - 1. ed. - Belo Horizonte, São Paulo : D'Plácido, 2022.
292 p.

ISBN 978-65-5589-625-1

1. Direito 2. Direito público I. Título.

CDDir: 341

Bibliotecária responsável: Fernanda Gomes de Souza CRB-6/2472

Agradecimentos

Concluir o mestrado não se revela tarefa fácil, tampouco simples. Trata-se de uma trajetória marcada por contratempos e, por que não, por inseguranças. Exige dedicação, preparo e muito estudo. Conciliá-lo com a vida profissional e pessoal talvez tenha sido o maior desafio, em especial, diante de um cenário permeado pela incerteza de um período pandêmico.

Para além das dificuldades enfrentadas, as quais foram minimizadas pelo apoio incondicional de diversas pessoas, o trabalho possibilitou grandes aprendizados e agradecimentos. Com os professores que transmitiram com maestria seus conhecimentos, nas mais variadas áreas do Direito. Com os colegas de profissão que compartilharam suas experiências acadêmicas e práticas. Com os servidores da Promotoria de Justiça que prestaram auxílio constante no atendimento dos deveres funcionais. Com a família que pode não só entender os momentos de ausência mas fornecer amparo.

Concretizar este projeto de vida só foi possível com a contribuição de várias pessoas, sem as quais o caminho percorrido teria sido muito mais árduo. Nominá-las sintetiza um pequeno gesto de gratidão cujos ensinamentos levarei por toda a vida.

Ao orientador, professor Luiz Fernando Bellinetti, possuidor de profundo conhecimento jurídico, pela oportunidade e honra em me receber como orientando. Seu elevado e reconhecido nível acadêmico inspirou a confecção de cada etapa deste trabalho. E, principalmente, suas ideias foram capazes de estimular uma reflexão essencial para o desenvolvimento do tema cujo aperfeiçoamento não seria viável sem o grau de exigência que lhe é peculiar e diferencia os grandes orientadores.

Ao professor Eduardo Augusto Salomão Cambi, meu colega de profissão, pela cordialidade e pela disponibilidade irrestrita. Receber as certas e as oportunas sugestões de um notável e destacado processualista, de renome nacional, foi motivo de gratidão e enorme satisfação.

A Renato de Lima Castro, colega e combativo Promotor de Justiça aos atos de improbidade administrativa na Comarca de Londrina e região. Sua participação foi indispensável para a idealização deste objetivo de vida. Merecem ênfase as suas brilhantes orientações e conhecimentos transmitidos, os quais me abriram horizontes e permitiram a solidificação dos objetivos propostos neste mestrado.

Ao meu amigo de infância Cleyson Brene, respeitado Delegado de Minas Gerais, professor de visibilidade nacional e jurista de excelentes obras. Agradeço pelos preciosos conselhos e pela inspiração de iniciar o mestrado. Sua memorável experiência acadêmica contribuiu para a consolidação desta dissertação.

A José Antônio Francisco, servidor do Ministério Público do Estado do Paraná, que além da extraordinária competência com que cumpre seus afazeres, ainda ajudou a materialização deste trabalho por meio de produtivas sugestões e de formatações textuais. Seus conhecimentos e dedicação foram fundamentais para a implementação das ideias desenvolvidas neste período.

Por fim, um agradecimento especial à minha mulher Alessandra, não somente pelo tempo recluso, que nos privou de tão valioso convívio, mas pelo amor, carinho e compreensão com que encarou esta empreitada. Sem o seu cabal apoio não seria possível, sem dúvida. Como se não bastasse, ainda proferiu a revisão ortográfica do trabalho, com o detalhamento e competência que lhe é inerente.

Aos meus filhos Rafael e Leonardo, minhas razões de vida. Privá-los de momentos de lazer, especialmente nos finais de semana, talvez tenha sido a parte mais difícil desta jornada. Espero recompensá-los em breve.

Sumário

<i>Prefácio</i>	9
<i>Lista de tabelas</i>	13
1. Introdução	15
2. Tutela dos direitos coletivos	21
2.1. A evolução da influência da <i>class action</i> no Brasil.....	21
2.2. Conceito.....	28
2.3. Proteção legal.....	37
2.4. Legitimidade ativa de sua proteção.....	47
3. Proteção da probidade administrativa	67
3.1. A probidade administrativa como interesse difuso.....	67
3.2. Proteção constitucional: princípios.....	74
3.3. Proteção infraconstitucional: diplomas legais.....	89
3.4. Ato de improbidade administrativa.....	94
4. Consensualidade e direito administrativo	115
4.1. Visão tradicional: o princípio da indisponibilidade do interesse público.....	115

4.2. Novo paradigma: negócio jurídico e poder público.....	129
4.3. Principais institutos consensuais.....	139
4.4. Consensualidade: democracia, eficiência e acesso à justiça.....	151
5. O acordo de não persecução cível sob a ótica do código civil e código de processo civil.....	157
5.1. Da proibição negocial encartada no artigo 17, § 1º da lei 8.429/92: Obrigatoriedade da judicialização.....	157
1 – penas de multa e perda de bens CNJ 2017.....	162
5.2. Natureza jurídica.....	173
5.3. Negócio jurídico: material e processual.....	186
5.4. Deveres dos negociantes.....	192
6. O acordo de não persecução cível na tutela da probidade administrativa.....	203
6.1. Aspectos gerais.....	203
6.2. Pressupostos de aplicação.....	214
6.3. Acordo de não persecução cível e institutos correlatos.....	237
6.4. Graduação e escolha das sanções: admissibilidade de sua antecipação e limites.....	249
Conclusão.....	269
Referências.....	277

É de conhecimento comum que o regime jurídico de proteção da probidade administrativa foi, ao longo de décadas, marcado por verdadeiras pilastras sobre as quais se assentava o direito administrativo, predominantemente marcado pela indisponibilidade e supremacia do interesse público.

Nessa vertente, a ideia de consensualidade no âmbito do Direito Administrativo era absolutamente impensável, notadamente porque se partia da concepção de uma intransponível indisponibilidade do direito protegido – patrimônio público – pelos titulares das regras de atribuição disciplinada pela Constituição Federal (v.g., Ministério Público).

Ocorre que as objeções da adoção de instrumentos consensuais foram, paulatinamente, sendo superadas pelo sistema jurídico nacional, especialmente no âmbito penal, por intermédio das transações e acordos de não persecução penal; no direito administrativo (Acordos de leniência; possibilidade de conciliação e mediação em causas do Estado) e, direito processual civil, por meio de expressas disposições processuais civis que incentivaram o consenso (art. 3º CPC).

As intermináveis tramitações de ações civis públicas de atos de improbidade administrativa, com os infundáveis recursos a elas inerentes, certamente foram uma das forças que, a um só tempo, legitimaram e fundamentaram esses novos ares de consensualidade no Direito Administrativo Sancionador.

É exatamente nesse ambiente promissor que o presente trabalho deve ser vislumbrado. O acordo de não persecução cível, longe de

apenas estabelecer limites e admissão de consenso entre os sujeitos do contraditório, deve ser analisado como um novo instrumento de responsabilização de atos de improbidade administrativa, permitindo que os titulares da pretensão acusatória antecipem, proporcional e tempestivamente, as justas sanções decorrentes do ato ilícito praticado.

Nesse panorama, o autor, nos capítulos de I a IV, faz importantes análises acerca do direito coletivo; da tutela da probidade administrativa pela Constituição Federal; assim como uma crítica abordagem da consensualidade no Direito Administrativo brasileiro.

No IV capítulo o autor destaca o papel e correspondente importância do acordo de não persecução cível no sistema jurídico brasileiro, enfatizando sua natureza, pressupostos de concessão e respectivo cotejo com disposições processuais e materiais correlatas.

No V capítulo, questões fundamentais e tormentosas são enfrentadas, de forma didática e criteriosa. Além de aprofundar as bases jurídicas sobre as quais se sustenta o acordo de não persecução cível, demonstrando, na prática, a implementação de um instituto recém-disciplinado, realiza o autor uma análise acerca das sanções decorrentes do ato de improbidade administrativa, enfatizando a necessidade da realização de um juízo de valoração pelo Promotor/Procurador da República a respeito da magnitude do injusto ímprobo, em suas vertentes de desvalor de comportamento e resultado.

A partir dessa valoração do injusto, confere-se ao Ministério Público a possibilidade de ofertar ao investigado as sanções compatíveis e proporcionais a maior ou menor gravidade do injusto. Destaca, de forma apropriada, que a escolha das sanções não é produto do arbítrio ou da escolha livre e descompromissada do proponente do acordo, mas de uma efetiva e concreta verificação da gravidade do fato ímprobo, a legitimar e fundamentar as mais graves ou mais tênues sanções, segundo uma ordem gradativa prevista na legislação de regência.

A possibilidade de se propor a suspensão dos direitos políticos, ou perda da função pública no acordo de não persecução cível, mereceu especial atenção do autor, dado ao grau de controvérsia que o tema encerra. As abalizadas orientações doutrinárias são cotejadas neste assunto.

Enfim, a obra prefaciada é fruto de uma acurada pesquisa e brilhante defesa perante a Banca de Mestrado da Universidade Estadual de Londrina, por intermédio da orientação do professor doutor Luiz Fernando Bellinatti, profundo conhecedor e estudioso do direito processual brasileiro.

Certamente esta obra trata-se de importante instrumento de consulta a todos os operadores do Direito, a que tive a honra de prefaciá-la.

Renato de Lima Castro

Promotor de Justiça do Estado do Paraná e
Coordenador do Grupo Especializado na Proteção
do Patrimônio Público e no Combate à Improbidade
Administrativa. Mestre em Direito Penal.

Lista de tabelas

Tabela 1 – Penas de multa e perda de bens CNJ 2017

Tabela 2 – Ressarcimento ao erário e multas civis via acordos no MPPR a partir de 2021

Tabela 3 – Proposta de atuação a partir de Resolução Conjunta do CNPTC

Introdução

O presente trabalho procura fornecer subsídios que possam contribuir com o estudo do acordo de não persecução cível no âmbito da improbidade administrativa, instituto recém-disciplinado e que certamente será objeto de intensa reflexão por parte dos operadores jurídicos. Para tanto, por meio do método dedutivo, serão analisadas as disposições constitucionais e legais relativas ao tema, bem assim as orientações doutrinárias que começam a despontar no meio acadêmico. Também serão fontes de análise as resoluções que busquem discipliná-lo no âmbito do Ministério Público, seja estadual ou federal, bem como os precedentes judiciais.

Não há, por certo, a pretensão de esgotar a temática que se apresenta instigante e transformadora na forma como se realiza a persecução dos atos de improbidade administrativa. Evidentemente, o acordo de não persecução cível pode apresentar-se como um revolucionário instrumento na medida em que propicia uma tutela efetiva, tempestiva e proporcional da probidade administrativa.

Como se constata, o dever de probidade administrativa está tutelado na Constituição Federal, já que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado de Direito Democrático. Nesse contexto, se de um lado, os agentes públicos exercentes de funções estatais devem obediência ao regime jurídico-administrativo, de outro, exige-se que os órgãos de persecução do Estado atuem de forma célere, proporcional e eficiente para resguardar os bens jurídicos violados, o que certamente abarca o sistema de responsabilização dos sujeitos ímprobos.

Há, nesse viés, uma interconexão axiológica entre as atribuições conferidas ao Ministério Público, no artigo 127 da Constituição Federal,

e a concretização do interesse público gizado na Lei de 8.429/92, já que, enquanto instrumento do Direito Administrativo Sancionador, a Lei de Improbidade Administrativa destina-se a coibir comportamentos ilícitos de agentes públicos, sendo considerada um dos principais referenciais normativos no combate à corrupção.

Diante desse panorama, é importante resgatar o problemático quadro que envolve as ações judiciais propostas contra os atos de improbidade administrativa. Em geral, estas são morosas, com múltiplas partes, além de uma demanda probatória complexa, possibilitando a apresentação de recursos em múltiplas instâncias, arrastando a duração do processo por anos ou décadas. Daí que, não raramente, as sanções são impostas após longo período do fato, inviabilizando sua efetividade e concretização da justiça. Outra consequência frequente dessa situação é que se tornou regra o insucesso no ressarcimento aos cofres públicos, promovendo um sentimento de impunidade e descaso para com os bens da comunidade. Esses percalços, por evidente, inviabilizam a proteção do patrimônio público e da probidade administrativa.

A ação judicial, nesse contexto, mesmo diante de tamanhos problemas, constituía-se na única via disponível ao Ministério Público na busca por preservar os bens jurídicos fundamentais enraizados na Lei 8.429/92, uma vez que o artigo 17, § 1º, desse diploma vedava expressamente a transação ou o acordo nos interesses da mencionada legislação. Inadmitia-se, portanto, qualquer negociação com o autor do fato ímprobo.

Nesse aspecto, desponta um quadro contraditório em que se vê a coexistência de valores contrapostos: de um lado o dever constitucional do Ministério Público em promover medidas extrajudiciais e judiciais que salvaguardem o interesse público; de outro, uma prática jurídica incapaz de garantir a concretização do disposto na legislação, diante da nítida ineficácia da maior parte das ações de improbidade administrativa.

Tal panorama coloca em evidência potenciais violações de preceitos constitucionais e legais, tais como o princípio da proporcionalidade, da eficiência, da razoável duração do processo, bem como da vedação da proteção deficiente, diante da inércia de legisladores e administradores em alterar o sistema normativo de modo a garantir a tutela efetiva do patrimônio público e da moralidade administrativa.

Assim, entender as razões da proibição consensual na repressão de atos de improbidade administrativa, que vigorou por décadas na Lei 8.429/92, torna-se um passo preliminar do trabalho. Isso será realizado

a partir de uma análise do contexto histórico e da evolução normativa em torno da solução negocial envolvendo o Poder Público, com destaque para avanço interpretativo acerca do estabelecimento de acordos e a inviolabilidade dos princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público.

Há de se ter em conta, dentro dessa perspectiva, a mudança paradigmática por parte do legislador, que inseriu, de forma paulatina e necessária, textos normativos concretizadores da atuação consensual do Estado. Consagra-se, assim, o fenômeno dialógico da Administração Pública, projetado pela materialização dos valores constitucionais que guarnecem o Direito Administrativo Sancionador, espraiando efeitos a outras esferas do Direito.

Merecem destaque a Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), a Lei 11.079/2004 (Lei Parceria Público-Privada), a Lei 12.529/2011 (Lei Anticorrupção), a Lei 13.129/2015 (Lei Arbitragem), a Lei 13.140/2015 (Lei Mediação), a Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil), a Lei 13.3655/2018 (LINDB), a Lei 13.964/2019 (Lei Pacote Anticrime), a Lei 14.230/2021 (Lei que alterou a Improbidade Administrativa).

Nesse contexto, em relação à Lei 8.429/92, a principal alteração promovida pela Lei 13.964/2019 (pacote Anticrime) foi a supressão do art. 17, §1º, passando a admitir o acordo de não persecução cível. Convém registrar, todavia, que os referenciais de aplicação do instituto e seus pressupostos foram vetados pelo Presidente da República. Diante do vácuo legislativo, era necessário, portanto, delinear as normas que permeiam o acordo de não persecução cível, com seus respectivos contornos e limites de aplicação. Com a edição da Lei 14.230/21, especificamente em 25 de outubro de 2021, a despeito de promover significativas alterações desguarnecedoras do regime jurídico-administrativo previsto pela Constituição Federal, disciplinou-se o acordo de não persecução cível.

A modificação legislativa, de fato, tratou dos aspectos gerais e de alguns pressupostos do acordo de não persecução cível, os quais serão devidamente abordados no presente trabalho, inclusive, sob uma perspectiva crítica. Forçoso constatar, todavia, que não houve o enfrentamento de pontos relevantes e essenciais do instituto, tais como as reais hipóteses de cabimento e seus eventuais limites, os quais, também serão objeto de análise.

Antes de adentrar, especificamente, nestes temas, que se constituem no problema principal do presente trabalho, convém melhor contex-

tualizar o acordo de não persecução cível como instrumento protetivo dos bens jurídicos resguardados pela Lei 8.429/92.

Diante disso, no primeiro capítulo, serão tecidas considerações sobre a tutela dos direitos coletivos, a se iniciar pela evolução da influência, de potenciais semelhanças e das distinções da *class action* (de origem americana) com o sistema brasileiro. Reputa-se indispensável, nessa vertente, a construção de conceitos e demais aspectos que envolvem o microsistema de tutela coletiva, notadamente, a normatividade protetiva e a correspondente legitimidade ordinária e extraordinária.

O segundo capítulo abordará a proteção da probidade administrativa como espécie de interesse difuso, a partir de uma perspectiva principiológica sistematizada pelo artigo 37 da Constituição Federal, oportunidade em que também serão examinados os diplomas infra-constitucionais que lhes conferem amparo, entre os quais a Lei de Improbidade Administrativa.

O terceiro capítulo versará sobre a resistência na adoção da consensualidade no Direito Administrativo, motivada, em especial, pela interpretação tradicional em torno do princípio da indisponibilidade do interesse público. Em seguida, também se verificará o fenômeno da expansão negocial da Administração Pública, em especial, o negócio jurídico-processual realizado pelo Poder Público, assim como a evolução dos principais instrumentos normativos que permearam a ampliação dos espaços de consenso no Brasil, para, na sequência, discorrer a respeito das vantagens advindas da prática negocial matizada pelo viés democrático, eficiente e de acesso à justiça.

No capítulo quarto será apreciada a natureza jurídica e as principais consequências que o acordo de não persecução cível pode ter, tanto sob a vertente do Direito material, quanto do Direito processual, em cotejo com os diplomas cível e processual cível. Ainda sob esse enfoque, pretende-se divisar os deveres dos negociantes, consubstanciados sob o espectro constitucional.

Por fim, o quinto capítulo será dedicado ao acordo de não persecução cível, com a redação disciplinada pela Lei 14.230/21. De partida, almeja-se tratar dos aspectos gerais positivados e, especialmente, aprofundar alguns temas discutidos pela doutrina, como a legitimidade e o limite temporal para a celebração. Objetiva-se examinar, outrossim, os pressupostos de aplicação do acordo de não persecução cível, os quais foram insuficientemente inseridos pelo legislador. Serão enfrentados, ainda, outros pontos de fundamental importância que, inadvertidamente-

te, não foram objeto de implementação. Dentre estes destacam-se: as hipóteses de cabimento; as sanções que podem ser convenionadas; e eventuais limites processuais e materiais do acordo.

Essa lacuna deixada pelo legislador, apesar de não inviabilizar a aplicação do acordo de não persecução cível, suscitou intenso debate no âmbito acadêmico, doutrinário e jurisprudencial, sendo necessário realizar a análise comparativa com institutos correlatos, que integram o microsistema de proteção de bens jurídicos ligados à probidade da Administração Pública, cuja consecução pode-se dar por meio do diálogo das fontes ou mesmo por construção hermenêutica.

Também se propõe a averiguar, neste capítulo, questões de grande relevância no cenário jurídico que, por isso, comportam acurado exame, como a graduação e a escolha das sanções a serem pactuadas, assim, como seus eventuais limites. Enfim, calha abordar a admissibilidade do Ministério Público, na condição de legitimado exclusivo do acordo de não persecução cível, negociar todas ou apenas algumas espécies de sanções da Lei de Improbidade Administrativa, em especial, a suspensão de direitos políticos, considerada a penalidade de maior gravidade.

Diante do exposto, espera-se que o presente trabalho se constitua em contribuição capaz de promover reflexões sobre o acordo de não persecução cível no âmbito da improbidade administrativa e seu potencial para garantir a ampliação da efetividade da justiça no contexto jurídico brasileiro.

“O acordo de não persecução cível, longe de apenas estabelecer limites e admissão de consenso entre os sujeitos do contraditório, deve ser analisado como um novo instrumento de responsabilização de atos de improbidade administrativa, permitindo que os titulares da pretensão acusatória antecipem, proporcional e tempestivamente, as justas sanções decorrentes do ato ilícito praticado.

(...)

Enfim, a obra prefaciada é fruto de uma acurada pesquisa e brilhante defesa perante a Banca de Mestrado da Universidade Estadual de Londrina, por intermédio da orientação do professor doutor Luiz Fernando Bellinatti, profundo conhecedor e estudioso do direito processual brasileiro.

Certamente esta obra trata-se de importante instrumento de consulta a todos os operadores do Direito, a que tive a honra de prefaciá-la...”

Renato de Lima Castro

