

Da possibilidade de formalização de compromisso de ajustamento de conduta pelo Ministério Público em investigações de atos de improbidade administrativa

1. Introdução

Tema que tem sido objeto de debate na área de tutela coletiva – mais precisamente na área de probidade administrativa – tem sido a possibilidade ou não de formalização de compromissos de ajustamento de conduta (também conhecidos como Termos de Ajustamento de Conduta - TAC) pelo Ministério Público em investigações relativas a atos de improbidade administrativa. Tão importante o ponto que diversos concursos do Ministério Público têm formulado questões a esse respeito, desde as provas preambulares até a fase oral, o que motivou esta breve análise.

2. Vedação legal do art. 17, par. 1º, da LIA

É sabido que a Lei Federal n. 8.429/92 (conhecida como Lei de Improbidade Administrativa – LIA) veda, em seu art. 17, par. 1º, a possibilidade de acordos:

“Art. 17. 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.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.”

Também é fato notório que tal vedação legal perdurou por pelo menos duas décadas sem confronto mais incisivo.

No entanto, diversas leis aprovadas após a década de 2010 ensejaram uma profunda revisão da hermenêutica na tutela metaindividual.

3. Das principais mudanças normativas que afetaram a eficácia do art. 17, par. 1º, da LIA

É ponto pacífico que nas últimas décadas a legislação avançou em busca de maior celeridade e efetividade nos casos envolvendo investigações, notadamente sobre corrupção.

Assim, em um primeiro momento foi aprovada a Lei Federal n. 12.846/13 (conhecida como Lei Anticorrupção – LAC) que tratou em seu artigo 16 e parágrafos, do acordo de leniência (com possibilidade de isenção das sanções previstas no inciso II, do art. 6º e redução do valor da multa em até 2/3), com a finalidade de permitir acordos de colaboração de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira com o Poder Público.

Nesse sentido a disposição legal:

“Art. 16. 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, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere 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

§ 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.”

Em seguida, aprovou-se a Lei Federal n. 12.850/13 que disciplinou a colaboração premiada como hipótese permissiva até mesmo de imunidade penal para os casos de crimes relacionados a organizações criminosas.

Importante a transcrição do art. 4º, da Lei n. 12.850/13:

“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.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. § 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)”

Dois anos depois, foi aprovada a Lei Federal n. 13.140/15 que tratou do tema em seu art. 36, par. 4º:

“Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.”

Vê-se, portanto, que a vedação da “transação” prevista na Lei de Improbidade Administrativa foi “derrogada tacitamente” por diversas normas posteriores, isso porque trouxeram relevantes modificações no tocante às investigações relacionadas aos casos envolvendo corrupção e ilícitos (civis e criminais) praticados contra a Administração Pública.

Muito embora referidas normas posteriores não tenham expressamente revogado o art. 17, par. 1º, da LIA, certo é que “trataram” do mesmo ponto ali disposto – a possibilidade de formalização de acordo – e de forma diversa, opondo-se à vedação anteriormente estabelecida.

Está claro que a Lei Federal n. 12.846/13 foi expressa em permitir a realização de “acordos de leniência” de pessoas jurídicas envolvidas em atos ilícitos (incluídos aqui os atos de improbidade) praticados contra a Administração Pública, desde que destinados a permitir a efetividade das investigações, com identificação dos demais envolvidos na infração e houver a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Em razão de tal dispositivo criou-se o seguinte impasse: poderia a pessoa jurídica responsável pelo ato de improbidade administrativa realizar acordo de leniência, mas as pessoas físicas responsáveis pelos mesmos atos estariam impedidas de fazê-lo?

Por óbvio que não. Conquanto a finalidade da Lei n. 12.846/13 tenha sido regulamentar a responsabilidade civil e administrativa de pessoas jurídicas – e não físicas – envolvidas em atos ilícitos praticados contra a Administração Pública, o tratamento distinto em relação à possibilidade de formalização de acordos não teria sentido.

Mas este não é o único fundamento a sustentar o entendimento de que ocorreu “derrogação tácita” do art. 17, par. 1º, da Lei Federal n. 8.429/92.

É que houve necessidade de considerar os “efeitos civis”, vale dizer, a validade também na área de defesa da probidade administrativa das consequências dos acordos de colaboração firmados na área criminal por pessoas físicas envolvidas em ilícitos, tudo a fim de

evitar o enfraquecimento do instituto da colaboração premiada prevista na Lei Federal n. 12.850/13, conforme posição defendida por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr¹.

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei Federal n. 13.105, de 16.03.2015) e a Lei Federal n. 13.140/15 arremataram o tema. Nesta última lei houve expressa previsão de possibilidade de conciliação e também o novo CPC passou a prever institutos destinados à autocomposição de conflitos (v. art. 190), superando o modelo demandista, tudo com o escopo de se atingir, de forma mais célere, menos burocrática e mais dinâmica, soluções para conflitos existentes, sem a integral submissão ao Poder Judiciário pela via da “disputa entre partes até a obtenção de uma decisão de mérito, dependente de diversas instâncias e com lapso temporal por vezes superior a décadas”, mas desta vez como mero “chancelador” de acordos formalizados entre partes já “resolvidas” em esfera extrajudicial em períodos equivalentes a alguns meses e não mais décadas, com resultado muito mais útil e efetivo ao interesse social.

4. Da derrogação do par. 1º, do art. 17, da LIA

Após a análise de referidas Leis Federais, em especial o Código de Processo Civil de 2015 (Lei Federal n. 13.105, de 16.03.2015) e a Lei Federal n. 13.140/15 mostra-se plenamente possível sustentar a “derrogação tácita” do par. 1º, do art. 17, da LIA. Não houve simples perda de eficácia da vedação contida na LIA, mas tratamento incompatível dos institutos anteriormente vedados pelas normas posteriormente promulgadas.

Derrogação, de acordo com o ensinamento de Maria Helena Diniz é espécie do gênero revogação, por meio da qual “*a norma derogada não perderá sua vigência, pois somente os dispositivos atingidos é que não terão mais obrigatoriedade.*”² E, no caso em análise, a derrogação é tácita, porque há “incompatibilidade entre a lei nova e a antiga, pelo fato de que a nova passa a regular parcial ou inteiramente a

¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. “Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos” in ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord). Justiça Multiportas: mediação, conciliação arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos”. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 51.

² DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 13ª ed., Saraiva: São Paulo, 2007, p. 70-71.

matéria tratada pela anterior, mesmo que nela não conste a expressão “revogam-se as disposições em contrário”, por ser supérflua e por estar proibida legalmente, nem se mencione expressamente a norma revogada.”³

Foi exatamente o que ocorreu com a disposição do art. 17, par. 1º, da LIA que vedava a adoção de institutos que passaram a ser expressamente permitidos pelo Novo CPC e – em relação à pessoa jurídica – pela Lei Federal n. 13.140/15 (em frontal oposição à LIA). Portanto, aplicável o art. 2º, par. 1º, primeira parte, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ao caso:

“Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

Por tais razões sustentamos a derrogação tácita do dispositivo que outrora impedia o ajustamento de conduta nas investigações e ações de improbidade administrativa.

5. Da importância dos precedentes internos do Ministério Público Federal (Operação Lava Jato) e do Ministério Público do Estado de São Paulo

Importante registrar que a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal emitiu, em 24/08/17, a Orientação n. 07/17, confirmando a possibilidade de “negociações, tratativas e formalização do acordo de leniência em casos envolvendo atos de improbidade administrativa, desde que realizadas “pelo membro do MPF detentor da atribuição para a propositura da ação de improbidade ou da ação civil pública prevista na Lei 12.846/2013.” Em 20/11/17, o mesmo colegiado emitiu a Nota Técnica 01/17, reforçando o espraiamento dos efeitos da colaboração premiada e do acordo de leniência firmados para a área da tutela do patrimônio público, afastando a vedação contida no artigo 17, da Lei Federal n. 8.429/92.

³ Idem. p. 71.

O fundamento essencial de tal interpretação foi o princípio da *máxima efetividade constitucional do microsistema coletivo*.

Afinal, se os acordos de colaboração podem evitar a pena mais grave do ordenamento – a prisão pela Justiça Criminal – não haveria lógica que se tivesse de “obrigar” o membro do Ministério Público ao ajuizamento de ações civis de improbidade na área cível quando o fato objeto de acordo de colaboração premiada na esfera criminal já tivesse levado o membro do Ministério Público oficiante em tal área a pleitear a redução de penas ou até mesmo imunidade penal do agente colaborador, consoante previsão do art. 4º, par. 4º, da Lei sobre o Crime Organizado (Lei Federal n. 12.850/13):

“§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:
I - não for o líder da organização criminosa;
II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.”

Em 15 de março de 2016, o tema também foi objeto de apreciação pelo Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, em razão de Compromisso de ajustamento de conduta (TAC) firmado com base em colaboração premiada pela Promotoria de Justiça do patrimônio público de Osasco no Inquérito Civil 14.0555.113-14. Por 5 votos a 3, o colegiado do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo aprovou o procedimento adotado, acolhendo positivamente a tese.

6. Da normatização interna do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e Conselhos Superiores dos Ministérios Públicos dos Estados de Paraná e Minas Gerais

De ressaltar que a força de tais precedentes e de toda a novel legislação – mais eficientes às investigações e respectivos desfechos – levaram o Conselho Nacional do Ministério Público a editar a Resolução n. 179/17, por meio da qual acabou sedimentada a possibilidade expressa de se firmar compromisso de ajustamento de conduta em casos de improbidade administrativa, consoante previsão do artigo 1º, par. 2º, com a seguinte redação:

“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.”

Já o art. 3º, da referida Resolução n. 179/17 do CNMP encerra o tema:

“Art. 3º O compromisso de ajustamento de conduta será tomado em qualquer fase da investigação, nos autos de inquérito civil ou procedimento correlato, ou no curso da ação judicial, devendo conter obrigações certas, líquidas e exigíveis, salvo peculiaridades do caso concreto, e ser assinado pelo órgão do Ministério Público e pelo compromissário.”

No mesmo sentido, os Ministérios Públicos dos Estados do Paraná e Minas Gerais regulamentaram o tema em seus âmbitos internos, com a edição de normas de seus Conselhos Superiores.

O CSMP-PR editou em 15 de maio de 2017, a Resolução n. 01/17 que previu em seu art. 1º:

“Do objeto da Resolução

Art. 1.º. As tratativas prévias e a celebração de compromisso de ajustamento de conduta e acordo de leniência envolvendo as sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa, definidos na Lei 8.429, de 02.06.1992, e aos atos praticados contra a Administração Pública, definidos na Lei 12.846, de 01.08.2013, no âmbito do Ministério Público do Estado do Paraná, deverão observar os parâmetros procedimentais e materiais previstos na presente Resolução.”

O CSMP-MG editou em 23 de novembro de 2017, a Resolução n. 03/17 que previu em seu art. 1º:

“Art. 1º Os órgãos de execução do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no âmbito de suas respectivas atribuições, poderão firmar termo de ajustamento de conduta, com pessoas físicas e/ou jurídicas, nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou de

algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado.”

7. Conclusões

- Aplicam-se às investigações e ações relacionadas a atos de improbidade administrativa as normas referentes ao subsistema normativo ou microsistema de tutela coletiva.

- Em decorrência de forma diversa de tratamento que permitiu a utilização de métodos de autocomposição pelas Leis Federais 12.846/13, 12.850/13, 13.105/15 (Novo CPC) e 13.140/15 houve derrogação tácita da vedação de “transação, acordo ou conciliação” nas ações de improbidade e nas respectivas investigações pré-processuais de que trata o art. 17, par. 1º, da Lei Federal n. 8.429/92.

- É possível a formalização de compromissos ou termos de ajustamento de conduta (TACs) pelo Ministério Público em casos envolvendo prática de atos de improbidade administrativa por pessoas físicas ou jurídicas, desde que observadas a Resolução n. 179/17 do CNMP e eventuais Resoluções dos respectivos Conselhos Superiores do Ministério Público de cada uma das unidades ministeriais da Federação, caso existentes.

Bibliografia utilizada:

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas, PELELLA, Eduardo (coord.). *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Juspodivm, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime Organizado*, Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. “Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos” in ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*”. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 13ª ed., Saraiva: São Paulo, 2007.

PRADO, Luiz Régis. *Direito Penal Econômico*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2014.

SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016.