

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL

ADMINISTRATIVE IMPROPRIETY AND THE CIVIL NON-PROSECUTION AGREEMENT

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

Doutor em Direito Público. Estágio de Pós-Doutoramento no Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor Titular na Faculdade da Faculdade de Direito do Recife na Universidade Federal de Pernambuco (Recife, Pernambuco, Brasil). Desembargador do Tribunal Regional Federal da Quinta Região.

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-1808-0275>].

edilsonnobre@trf5.jus.br

Boa¹ tarde².

Cumprimento a Doutora Karina Turdo, mediadora deste painel, bem como os Professores Francisco D’Albora e Miguel Hernández Terán.

Muito obrigado ao Professor Libardo Rodríguez e ao Doutor Julio Conte-Grand, pelo honroso convite.

É sabido que a Constituição³ de 1988 despertou uma especial atenção à tutela do patrimônio público e social, permitindo inclusive que se possa cogitar de um direito fundamental à boa administração.

-
1. Como citar esse texto/*How to cite this text*: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade administrativa e o acordo de não persecução civil. Conferência realizada no Congresso Internacional de Derecho. 1-3 dez. 2021, Buenos Aires. In: *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 301-307, abr./jun. 2022.
 2. Exposição realizada no Congresso Internacional de Derecho Administrativo, sob o patrocínio do Instituto Internacional de Derecho Administrativo juntamente com o Ministério Público da Província de Buenos Aires (MPBA), sob a temática “Desafios para el Ministerio Público en el marco de las previsiones constitucionales administrativas y internacionales”, realizado virtualmente nos dias 01 a 03 de dezembro de 2021, a partir de Buenos Aires. A comunicação foi realizada em língua espanhola, a partir de versão deste texto por Maria Madalena Salsa de Aguiar, Mestre em Direito pela UFPE e integrante do Grupo de Pesquisa “Desafios do controle da Administração Pública contemporânea”, cujo líder é o autor.
 3. Identificada doravante pela sigla CRFB.

À busca de uma definição, alude Juarez Freitas⁴ que o direito fundamental à boa administração se manifesta numa conjunção de direitos, regras e princípios, os quais, uma vez sintetizados, constituem um somatório de direitos subjetivos públicos.

No conceito que propõe o autor, são encontradiços, entre outros, o direito à uma Administração transparente, sustentável, dialógica, imparcial, proba, respeitadora da legalidade, preventiva, precavida e eficaz⁵.

De especial relevo, nesse contexto, é o relativo ao direito à probidade na Administração, ao vedar condutas não universalizáveis e não admissíveis. Para essas o legislador, concretizando o art. 37, § 4º, da CRFB, previu a repressão dos atos de improbidade administrativa, editando, assim, a Lei 8.429/1992, contemplando, no seu art. 12, variado e amplo elenco de sanções,⁶ cuja inflição pressupõe o ajuizamento de ação própria, a qual, desde a Lei 14.230/2021, tem o Ministério Público como único legitimado.

Ponto de interesse é o de saber se a disciplina da repressão à improbidade administrativa se concilia com a consensualidade nos procedimentos administrativos. Um ponto de partida está no princípio da eficiência (art. 37, *caput*), o qual, ainda no dizer de Juarez Freitas⁷, integra o direito à boa administração, reclamando, entre outros pontos, uma função administrativa redutora dos conflitos. Eis, portanto, um primeiro lastro para respaldar a legislação quanto ao tratamento da matéria.

A LIA, em sua redação original, inclinou-se no sentido de sua impossibilidade. Isso se depreendia da afirmação – categórica, aliás – do então § 1º do art. 17, proclamando ser “vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*”.

4. FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 36-38.

5. Recentemente, a ideia de boa administração passou a ser um tema corrente no direito comunitário, havendo sido consagrada pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 41º). No dizer de José Luis Meilán Gil, a boa administração não é somente um modo de atuar, mas, igual e essencialmente, guarda uma íntima conexão com as estruturas e a organização administrativa, razão por que uma “organização administrativa adequada para a realização dos interesses gerais é sintoma de boa administração” (“organización administrativa adecuada para la realización de los intereses generales es sintoma de buena administración”. *El paradigma de buena administración*. *AFDUC* 17, 2013. p. 249).

6. O diploma, no curso do texto, será referenciado com o uso da sigla LIA.

7. FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 37.

É de se notar – necessário reafirmar – que eventual recusa de tal órgão à formalização do acordo há que se apoiar em justificativa razoável. Não se mostra admissível que tal suceda de uma maneira caprichosa. Por isso, inelutável que as razões que alicercem a recusa sejam explicitadas. Da mesma forma, o decurso de prazo há que ser interpretado em favor do particular, ou seja, como silêncio positivo.

Ao final, há que ser a proposta de transação homologada judicialmente, independente do instante na qual vier a ser formalizada, seja antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade.

Penso que, considerando-se a intervenção da pessoa política lesada e do Ministério Público, dos quais se espera o bom exercício de sua autonomia¹⁸ diante da necessidade de atendimento do interesse público, não se sobressai como sendo a melhor escolha que a questão seja levada à apreciação do já sobrecarregado Judiciário quando a proposição do acordo ocorrer antes da ativação da ação de improbidade.

A despeito disso, é de se notar que o juiz somente poderá denegar a homologação do acordo se verificar, fundamentadamente, que afronta os requisitos legais à sua celebração. Descabe-lhe por razões de conveniência ou oportunidade, até porque não lhe cabe substituir à discricionariedade do agente ministerial ou do agente integrante do ente público lesado.

Quanto ao momento para a celebração do ajuste, porventura inspirado por jurisprudência delineada quando da redação incorporada ao art. 17, *caput*, da LIA, pela Lei 13.964/2019, o § 4º do art. 17-B adotou o critério da irrelevância temporal para a celebração do acordo.¹⁹ Este, nesse diapasão, poderá ser celebrado no curso da investigação ou apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou ainda quando do cumprimento da sentença condenatória.

As negociações para a celebração do acordo hão de transcorrer entre o Ministério Público, de um lado, e, de outro, o investigado ou demandado e, se for o caso, seu defensor.

18. Especialmente quanto ao Ministério Público, é de notar que a sua independência perante o Governo e o Legislativo restou sensivelmente fortalecida com a CRFB, seja mediante prerrogativas em favor da própria instituição, tais como as autonomias financeira, funcional e administrativa (art. 127, §§ 2º a 5º), a iniciativa legislativa para a disciplina dos seus estatutos (art. 128, § 5º), a redução da influência do primeiro quanto à escolha dos procuradores-gerais (art. 128, §§ 1º a 3º), sem contar, no que concerne aos seus membros, a previsão das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, e de incompatibilidades (art. 128, I e II).

19. AgIn no RESP 1659082 (STJ, 1ª T., v.u., rel. Min. Gurgel de Faria, j. 15.12.2020).

É possível que tenha lugar cláusula no sentido da adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de possíveis irregularidades, bem como a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica e, se for o caso, de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas. Daí se vê que há liberdade de estipulação para ambas as partes.

A transação, uma vez homologada judicialmente, faz coisa julgada. Em havendo o seu descumprimento, o investigado ou demandado ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de cinco anos, computado desde o conhecimento da não adimplência.

Muito obrigado.
