

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA TOCANTINENSE (ESMAT)
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM ESTADO DE
DIREITO E COMBATE À CORRUPÇÃO**

**AMARILDO OLIVEIRA COSTA
MIRIAN MOURA DE SOUZA**

**POSSIBILIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA ESTABELECIDADA
NA LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ABRANGER ATOS DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

**PALMAS-TO
2019**

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA TOCANTINENSE (ESMAT)
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM ESTADO DE
DIREITO E COMBATE À CORRUPÇÃO**

**AMARILDO OLIVEIRA COSTA
MIRIAN MOURA DE SOUZA**

**POSSIBILIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA ESTABELECIDDA
NA LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ABRANGER ATOS DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso, submetido ao programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Estado de Direito e Combate à Corrupção da Escola Superior da Magistratura Tocantinense para obtenção do grau de especialista.

Orientador(a): Ms. Octahydes Ballan Junior

**PALMAS-TO
2019**

TERMO DE APROVAÇÃO

POSSIBILIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA ESTABELECIDNA LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ABRANGER ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Amarildo Oliveira Costa
Mirian Moura de Souza

Trabalho de Conclusão de Curso do programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Estado de Direito e Combate à Corrupção da Escola Superior da Magistratura Tocantinense, apresentado e aprovado como requisito final para obtenção do grau de especialista, defendido em _____ perante a banca examinadora composta por:

Mestre Octahydes Ballan Junior

POSSIBILIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA ESTABELECIDA NA LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ABRANGER ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Amarildo Oliveira Costa¹
Mirian Moura de Souza²

RESUMO: Busca-se com o presente trabalho realizar pesquisa da possibilidade da colaboração premiada, estabelecida na legislação brasileira abranger em seu escopo atos de improbidade administrativa cometidos pelo agente público diante da independência e interdependência das instâncias ou esferas civil, administrativa e criminal no ordenamento jurídico. Sendo indiscutível a natureza jurídico-criminal da colaboração premiada e da improbidade como ilícito civil-administrativo, observa-se a inserção de atos de improbidade administrativa em colaborações premiadas firmadas pelo Ministério Público, que requer estudo diante dos reflexos da medida da colaboração premiada abarcar atos que extrapolam o campo criminal. A principal questão reside na preocupação de que a colaboração premiada caminha para a utilização de um instituto jurídico idealizado com aplicação no âmbito penal para outras esferas sancionadoras, o que pode descaracterizar a essência do instrumento de combate a tipos estritamente penais. Em outro aspecto, encontra-se a vantagem de solucionar casos práticos de atos de improbidade administrativa cometidos por agentes públicos juntamente com crimes contra a administração pública por meio de organizações criminosas, além de eficiência do Sistema de Persecução Judicial ao aplicar sanções por meio de único processo, e garantindo a segurança jurídica processual para o agente. Para realização do trabalho será utilizada uma metodologia de pesquisa bibliográfica, e método hipotético-dedutivo para responder a hipótese e questão levantada.

Palavras-chave: Atos de improbidade administrativa. Colaboração premiada. Independência. Interdependência das instâncias.

Recebido em:

Aprovado em:

¹ Auditor Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União (CGU), especialista em Gestão Financeira. Lotado na CGU - Regional do Tocantins em Palmas.

² Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins, especialista em Direito Constitucional e Eleitoral, e Direitos Humanos. Lotada na Secretaria Judiciário do TRE/TO em Palmas.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho de pesquisa foi desenvolvido especificamente para responder às indagações acerca da validade jurídica da colaboração premiada estabelecida na lei de organização criminosa contemplar atos de improbidade administrativa, uma vez que nos crimes cometidos, por intermédio de organização criminosa, contra a Administração Pública brasileira, a exemplo de corrupção passiva, concussão, prevaricação, peculato, torna-se praticamente impossível, concomitantemente, não se realizar condutas que sejam enquadradas na legislação brasileira como atos de improbidade, seja por que importam enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao Erário ou, até mesmo atentam contra os Princípios da Administração Pública. Isso ocorre especialmente em razão de que agentes públicos são atores imprescindíveis para realização de crime dessa natureza, como autores ou partícipes.

A possibilidade de acordos de colaboração premiada conter obrigações que versam também sobre os atos de improbidade administrativa correlatos pode demonstrar, de plano, a busca de solução de casos complexos que envolvam o patrimônio público, conferindo maior efetividade na persecução dos atos de improbidade administrativa

Para tanto, necessário aprofundar os estudos doutrinários e jurisprudenciais que justificam a fundamentação dessa prática, seja para evitar a banalização da improbidade administrativa tanto quanto da colaboração premiada, construída como meio de obtenção de prova e com vistas a efetivar investigação criminal, em que se busca solucionar o fenômeno da macrocriminalidade, entendido para fins deste trabalho, como os crimes praticados por organizações criminosas no seio das entidades e órgãos públicos ou no sistema financeiro, decorrentes de mudanças tecnológicas e financeiras, ocasionadas pela globalização econômica, a partir do final do século XX.

2. CONCEITUANDO O ILÍCITO E A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA, CIVIL E CRIMINAL

Não há como explicitar o assunto sem passar pela conceituação de ilícito civil, criminal ou administrativa, consolidado no Direito Brasileiro, que tem com fundamento dogmático de disciplinar o Direito por interesse resguardado e o bem jurídico por ele protegido.

Nas palavras de Roberto Luis Luchi Demo:

O ato ilícito é uma conduta contrária ao Direito que traz para o seu agente uma determinada sanção jurídica, necessariamente institucionalizada. Especifica-se o ilícito conforme a natureza do interesse lesado, que, por sua vez, é determinada pela natureza da respectiva sanção abstratamente prevista no ordenamento jurídico. (DEMO, 2004, p. 3).

José Cretella Junior sinteticamente, leciona que:

[...] Ilícito é toda ação ou omissão humana, antijurídica, culpável, que envolve responsabilidades e sanções. O ilícito, assim definido categoricamente, é gênero, de que o ilícito penal, o ilícito civil, o ilícito

administrativo, o ilícito fiscal, o ilícito trabalhista são espécies. (CRETELLA JUNIOR, 1973, p. 138-139).

Nesse sentido, o direito penal tutela bem jurídico nas palavras de Álvaro Mayrink da Costa:

16. O bem jurídico é o bem ou valor considerado pela norma penal como merecedor e necessitado de proteção jurídica, diante do princípio de intolerabilidade do conflito, para garantir a paz social. Portanto, embora não requeiram qualquer tipo de classificação, pois todos têm sua origem na pessoa humana, segundo seu titular, a doutrina classifica: a) individuais (vida, integridade física, honra, liberdade, patrimônio); b) coletivos (incolumidade pública, meio ambiente, fé pública e paz pública); c) estatais (administração da justiça, soberania, ordem pública e econômica); segundo a percepção: a) concretos (vida, integridade física, patrimônio); b) abstratos (incolumidade pública, fé pública, paz pública); segundo a natureza: a) naturais (vida, integridade física); b) somáticos (patrimônio, administração pública e econômica). [...] (COSTA, 2011, p. 13).

No entanto, o direito civil cuida de proteger interesses privados, que violados ocasionam a sanção civil, que tradicionalmente resume na responsabilidade civil como dever de indenizar pelos atos ilícitos civis, no seu sentido clássico.

Finalmente, no tocante ao ilícito administrativo, é fundamental dizer que se tratam de condutas realizadas pelos agentes públicos, servidores públicos e até mesmo por cidadãos e pessoa jurídicas, que infringem leis e regulamentos administrativos, que ocasionam responsabilidade administrativa, sejam causadoras de danos ou não à Administração Pública, que são apuradas, notadamente, por meio de Processo Administrativo.

Sob esse ângulo, José Cretella Junior arremata:

[...] o ilícito administrativo empenha a responsabilidade administrativa, que tem por objeto a aplicação de penas que, entretanto, não fazem parte do direito penal, porque não são aplicadas pelo Estado, em sua função de justiça, mas no exercício de uma potestade administrativa. Por isso, a aplicação de tais penas é sempre da autoridade administrativa, cuja competência cabe também a entes públicos diferentes do Estado, enquanto titulares de direito protegidos com tal forma de responsabilidade [...] (CRETELLA JUNIOR, 1973, p. 141).

A doutrina brasileira é célebre em explicitar o ilícito penal, em relação aos ilícitos civil e administrativo, como o de natureza mais gravosa, o que comumente se diz como a *ultima ratio* (último recurso) por se traduzir como uma responsabilização pelo Estado que compromete e restringe a liberdade do cidadão direta ou indiretamente, sendo orientado pelos princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade. O que significa dizer que o Direito Penal será utilizado, tão-somente, quando as condutas não puderem ser controladas (preventivamente ou repressivamente) por meio do Direito civil, administrativo. Assim, como diz (HUNGRIA, 1945, p. 27) “[...] o ilícito administrativo de menor entidade não reclama a serenidade da pena criminal nem o vexatório *strepitus iudicii*].”

Nesse sentido, o controle exercido pelo direito penal é o mais impactante na vida do cidadão, uma vez que restringe a liberdade, garantia assegurada doutrinariamente como de 1ª geração de direitos fundamentais, que no Estado

democrático de Direito, como é caso de sociedades democráticas, a exemplo da brasileira, necessita estar em consonância com o substrato principiológico constitucional estabelecido no *caput* do artigo 1º da atual Constituição Republicana, que é o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o que em acepção ampla, pode ser assim entendido, nas palavras de Sarlet (2007, p. 62) citado por Jappur (2011, p. 117):

[...] dignidade da pessoa humana como a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

3. INDEPENDÊNCIA E COMUNICABILIDADE DAS INSTÂNCIAS CIVIL, ADMINISTRATIVA E CRIMINAL

O ordenamento jurídico brasileiro estruturou-se pela especialidade da responsabilidade em civil, administrativo, criminal, sendo a responsabilidade administrativa relacionada às aplicadas pelos órgãos e entidades do Poder Executivo, na função principal de gestão administrativa do interesse público, e ao Poder Judiciário as responsabilidades civis e criminais, na função jurisdicional.

Nesse sentido, tradicionalmente, foi assim codificada a lei civil e de processo civil, a lei penal e de processo penal, e, de sobra leis administrativas, leis do trabalho e de processo do trabalho.

Percebe-se a existência clara de regra de independência entre essas esferas de responsabilidade, com normas de princípios e de regras aplicáveis a cada um dos ramos, tanto é, que foram estabelecidos expressamente ao longo do texto da Constituição da República dispositivos que corroboram essa afirmativa, como também foi inteligentemente raciocinada a divisão interna do Poder Judiciário por criação de órgãos jurisdicionais especializados por competência cível e criminal, como constam dos artigos 53, “*caput*”, 114, inciso VII, 37, § 4º, todos da Constituição Federal de 1988.

No tocante aos diplomas legislativos infraconstitucionais, ressalte-se que o Código Civil é peremptório no assunto, confirmado a tese constitucional no sentido da independência da instância civil e criminal, porém, estabelecendo ponto de diálogo e de dependência entre as mesmas, o que consta literalmente do *caput* do seu artigo 935. Esse mesmo Código, no seu artigo 200, é assertivo ao estabelecer que não ocorrerá prescrição da Ação no cível quando o fato ainda dependa de decisão a ser apurada no âmbito criminal.

Os estatutos que regem o vínculo legal dos servidores, também, estabelecem claramente essa distinção, a exemplo da Lei n.º 8.112/90, de 11 de dezembro de 1990, (artigos 121 a 126) que define as espécies de responsabilidade que os servidores estatutários estarão submetidos, estabelecendo, outrossim, como no Código Civil, relação de dependência como exceção entre as instâncias, ao definir que respondem civil, penal e administrativamente, sendo que as sanções poderão acumular-se, porém, mantendo a independência entre as mesmas, porém, por último, sofrerá

influência quando houver absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

Já no tocante aos prazos de prescrição para fins de apuração de responsabilidade administrativa dos servidores públicos federais, a lei foi categórica ao estabelecer que sendo o fato também tipificado como crime, os prazos aplicados naquela esfera para a ação disciplinar serão os fixados no âmbito criminal (art. 142, § 2º, da Lei n. 8.112/90), esses sabidamente superiores àqueles que se dão no máximo de cinco anos contados da data do conhecimento do fato pela autoridade competente instauradora do processo administrativo disciplinar.

No que pertine à tripla responsabilização do servidor é relevante citar o que consta no Manual de Processo Administrativo da Controladoria-Geral da União:

3. RESPONSABILIZAÇÃO O servidor público federal que exerce irregularmente suas atribuições poderá responder pelo ato nas instâncias civil, penal e administrativa (art. 121 da Lei nº 8.112/90). Essas responsabilidades possuem características próprias, sofrendo gradações de acordo com as situações que podem se apresentar como condutas irregulares ou ilícitas no exercício das atividades funcionais, possibilitando a aplicação de diferentes penalidades, que variam de instância para instância. Dessa forma, o cometimento de condutas vedadas nos regramentos competentes ou o descumprimento de deveres funcionais dão margem à responsabilidade administrativa; danos patrimoniais causados à Administração Pública ou a terceiros ensejam a responsabilidade civil; e a prática de crimes e contravenções, a responsabilização penal. (CGU, 2019, p. 16).

Também figura no subitem 3.3, da normativa desse Órgão de Controle Interno do Poder Executivo Federal, o seguinte:

[...] de acordo com as circunstâncias do caso concreto, as sanções administrativas, civis e penais poderão ser aplicadas ao servidor (art. 125), sem que se considere dupla ou tripla punição para o mesmo fato irregular (princípio do “non bis in idem”). (CGU, 2019, p. 19).

Todavia, embora se consagre, em princípio, a independência das instâncias, há situações em que, uma vez decididas no processo penal, repercutem necessariamente nas instâncias civil e administrativa. Excepcionalmente, o resultado do juízo criminal produzirá efeitos no âmbito disciplinar. Nesse entendimento, assim diz ainda o Manual de PAD, antes citado, no mesmo subitem 3.3:

Todavia, embora se consagre, em princípio, a independência das instâncias, há situações em que, uma vez decididas no processo penal, repercutem necessariamente nas instâncias civil e administrativa. Excepcionalmente, o resultado do juízo criminal produzirá efeitos no âmbito disciplinar. Cabe registrar que o afastamento da responsabilidade administrativa ocorrerá nos casos de sentença penal absolutória que negue a existência do fato ou a autoria. Portanto, se inexistiu o fato não resta qualquer tipo de responsabilidade. “Da mesma maneira, a decisão penal que afasta a autoria não deve ser contrariada nas demais instâncias.”
[...] as provas produzidas no processo criminal podem ser insuficientes para a respectiva condenação, dadas as características próprias

daquele juízo. Entretanto, o conjunto probatório pode ser plenamente adequado para a apenação nas instâncias administrativa e/ou civil, até porque serão produzidas independentemente do andamento do processo penal. A conclusão de que o fato não caracteriza um crime também não inviabiliza o processo administrativo disciplinar, tendo em vista que esse mesmo fato pode configurar um ilícito funcional. Em outros termos, ainda que não presentes todos os elementos da definição legal do crime, o fato pode ser considerado suficientemente grave para a Administração e estar enquadrado nas descrições mais abrangentes da Lei nº 8.112/90. Dessa forma, o servidor público pode ser absolvido na esfera penal, mas serem encontrados nos autos elementos caracterizadores de uma infração disciplinar, que a doutrina denomina de falta ou conduta residual, conceito, inclusive, sumulado pelo STF (Súmula nº 18): “Pela falta residual não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”. (CGU, 2019, p.19-20).

A lei da Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992), no *caput* do seu artigo 12, quando trata das sanções possíveis de serem aplicadas confirma também a existência dessa tríade sancionatória, ao afirmar que sua aplicação não exclui outras sanções penais, civis e administrativas, com aplicação isolada ou cumulada, sempre levando em conta a gravidade do fato.

Seguindo a mesma conceituação, a lei conhecida como lei anticorrupção, n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, é dispositivo legal que estabelece as espécies de responsabilidade objetiva das Pessoas Jurídicas em administrativa e civil pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.”

No tocante às conexões entre as instâncias penal, administrativa, civil e de improbidade: prescrição e efeito vinculante (OLIVEIRA, 2019, [N.P.]) pontua bem o assunto quando menciona que “Há dois aspectos de conexão entre as instâncias a excepcionar o princípio da independência das instâncias: a suspensão da prescrição e a vinculação das decisões penais sobre as demais esferas.”

Nesse raciocínio, interessante notar que o legislador realizou uma espécie de superioridade da apuração no procedimento criminal, ao estabelecer que a existência de fatos e autoria ali definidos fazem uma espécie de coisa julgada no âmbito civil e administrativo, o que leva a uma conclusão lógica, que tão somente uma absolvição por insuficiência probatória não interferia nessas outras instâncias: civil e administrativa.

Assim, não se vislumbra a proibição pelo legislador brasileiro das instâncias se comunicarem, mas tão somente de se evitar decisões contraditórias entre as mesmas, no sentido de fortalecer a instância criminal, como a mais rigorosa, preservando ao mesmo tempo a civil e administrativa, na ideia de coerência e harmonia do ordenamento jurídico brasileiro.

4. COLABORAÇÃO PREMIADA COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL PERSONALÍSSIMO NO ÂMBITO CRIMINAL E A NATUREZA JURÍDICA CIVIL DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Para fins de entendimento do instituto, indispensável estabelecer que o conceito de colaboração premiada como negócio jurídico processual personalíssimo foi ditado no âmbito de precedente do Supremo Tribunal Federal, que assim estabeleceu:

[...] a colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito penal material (ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o imputado-colaborador, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal.[...]” (STF, Plenário, Habeas Corpus PR n.º 127.783, STF, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 26/08/2015).

Nessa mesma ação penal constitucional acima citada, fica claro que os efeitos produzidos por esta espécie de acordo podem abranger não apenas aqueles ditados exclusivamente no âmbito processual penal. Ao contrário sensu, pode-se abarcar os de natureza processual civil.

Também é nesse caminho o julgado abaixo mencionado do STJ:

A colaboração premiada é uma técnica especial de investigação, meio de obtenção de prova advindo de um negócio jurídico processual personalíssimo, que gera obrigações e direitos entre as partes celebrantes (Ministério Público e colaborador), não possuindo o condão de, por si só, interferir na esfera jurídica de terceiros, ainda que citados quando das declarações prestadas, faltando, pois, interesse dos delatados no questionamento quanto à validade do acordo de colaboração premiada celebrado por outrem. Precedentes do STF e STJ. 3. Recurso Ordinário em habeas corpus a que se nega provimento.” (STJ, Quinta Turma, RHC 69.988/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 25/10/2016).

Quanto à natureza jurídica da colaboração premiada, é importante o reforço da tese contratual do instituto, ao se verificar a seguinte assertiva:

A Lei 12.850/13 introduziu um procedimento, até então inédito normativamente, que foi a necessidade de se estabelecerem as bases de acordo de colaboração premiada na forma escrita, com cláusula claras e objetivas, ou seja, criando-se uma espécie de “contratualização” entre o Estado e o agente colaborador. (BORGES, 2018, p. 85).

Ressalta-se que o caráter personalíssimo do negócio jurídico é aquele entendido no sentido de exigir o cumprimento da obrigação tão somente de quem se tornou o sujeito devedor da prestação.

A doutrina de Guilherme de Souza Nucci ensina também que possui a essência de negócio jurídico:

[...] não se pode negar que, para a extração de delação premiada, haja um negócio jurídico entre órgãos persecutórios e o interessado, assistido por seu advogado. Então, a colaboração premiada, em si, é um meio de prova, captado por meio de um negócio jurídico, autorizado em lei. (NUCCI, 2019, p. 56).

No entanto, a improbidade administrativa possui natureza civil, como bem consta da publicação sobre Improbidade Administrativa, Definição de improbidade administrativa, da ESMPU:

Improbidade administrativa não é crime. Encontra-se hoje pacificada essa questão, embora ela já tenha sido objeto de discussão. A LIA é considerada uma lei de natureza cível em sentido amplo; as condutas e as sanções que ela estabelece não têm natureza penal, não ficando sujeitas, portanto, às normas gerais do Direito Penal. (ESMPU, 2013, p. 18-19).

A doutrina é esclarecedora nesse sentido:

[...] não obstante a realidade legislativa descrita, a doutrina, de forma amplamente majoritária, entende que a ação de improbidade tem natureza civil. É no mesmo sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Como lembra a melhor doutrina, o art. 37, § 4º, da CF, ao prever as sanções imputáveis ao ato de improbidade administrativa, expressa que sua aplicação em ação específica para tal fim não prejudica a ação penal, o que permite a conclusão de não ter a ação de improbidade administrativa natureza penal. (NEVES; OLIVEIRA, 2018, p. 183).

A jurisprudência estabilizada do Supremo Tribunal Federal esclarece que a ação de improbidade administrativa é de natureza civil, tanto é que não atrai competência penal daquela corte para fins de julgamento de autoridades que ali possuem fórum por prerrogativa de função quando supostamente praticam condutas classificadas como ímprobas, como consta:

[...] 2. O foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal em relação às infrações penais comuns não é extensível às ações de improbidade administrativa, de natureza civil. Em primeiro lugar, o foro privilegiado é destinado a abarcar apenas as infrações penais. A suposta gravidade das sanções previstas no art. 37, § 4º, da Constituição, não reveste a ação de improbidade administrativa de natureza penal. (STF, Plenário, Agravo Regimental na Petição DF n.º 3240, Rel. Teori Zavascki, julgado em 10/05/2018).

5.FUNDAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS DA INSERÇÃO DE ATOS DE IMPROBIDADE NOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA, SUPERANDO A DICOTOMIA ENTRE AS INSTÂNCIAS CIVIL E CRIMINAL

Não há posicionamento jurisprudencial no âmbito do STF e STJ, uma vez que não enfrentaram a questão pontualmente, em razão de não procederem análise de mérito das colaborações, daí a necessidade de estudos e pesquisa para se antecipar a discussão e os fundamentos para esse espécie de diálogo entre a Improbidade administrativa e a colaboração premiada, ocasionada em razão da omissão na lei de organização criminosa sobre a extensão dos efeitos dessa às ações civis e administrativas.

No entanto, isso já está sendo praticado no âmbito do Ministério Público Federal ao firmar acordo de colaboração e com homologação, ao estabelecer as seguintes cláusulas padrão:

[...]§ 6º O MPF pleiteará nas ações cíveis e de improbidade administrativa que por ventura forem ajuizadas contra o COLABORADOR ou suas empresas em decorrência dos fatos revelados no presente acordo, que não lhe sejam aplicadas as sanções delas decorrentes, no caso da Lei n.º 8.429/92, aquelas previstas no art. 12, ressalvada a validade da presente cláusula à prévia homologação pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF. §7º o MPF não proporá ações cíveis ou de improbidade contra o colaborador ou suas empresas pelos fatos deste acordo, salvo se rescindido. (MODELO ..., 2014, [N.P.]).

Isso vem sendo firmado com base em orientação sobre Acordos de colaboração premiada, da 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção do Ministério Público Federal:

[...] 35.O acordo pode prever efeitos cíveis, no âmbito de atribuição do MPF, que devem ser homologados pela competente Câmara de Coordenação e Revisão, observado o princípio do promotor natural. Os efeitos cíveis poderão consistir, dentre outros, em: a) antecipação da reparação dos danos causados à vítima, ainda que parcial; b) compromisso de não propor ações civis públicas de reparação, da lei anticorrupção ou qualquer outra ação com pedido condenatório; c) compromisso de suspender o trâmite processual ou a execução das sentenças condenatórias obtidas em ações de improbidade administrativa, a partir do cumprimento e satisfação dos termos do acordo. d) estipulação de cumprimento voluntário de penalidades previstas na lei de improbidade administrativa ou na lei anticorrupção. (BRASIL, 2018b, p. 12).

No âmbito do TRF da 4ª região, o posicionamento é de validar acordos de colaboração premiada que contemplam atos de improbidade administrativa, pelas seguintes razões, como as expostas no seguinte precedente:

[...] ou seja, no entender da 3ª Turma do TRF4 não seria coerente que o mesmo sistema jurídico admitisse a transação na lei anticorrupção e a impedisse na lei de improbidade administrativa já que os atos de corrupção, em regra, seriam mais gravosos que determinados atos de improbidade administrativa (como aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública sem lesão ao erário ou enriquecimento ilícito).

Na mesma linha de raciocínio da decisão antes mencionada, não faria sentido admitir a colaboração premiada no processo penal (ultima ratio) - artigo 4.º da lei n.º 12.850/2013 - e não admitir o acordo de leniência na esfera da improbidade administrativa cujas sanções são, em tese, menos gravosas que as sanções penais.

O ordenamento jurídico brasileiro não obsta, portanto, que a celebração de acordos de leniência produza efeitos em ação civil pública por ato de improbidade administrativa

Na mesma linha de raciocínio da decisão antes mencionada, não faria sentido admitir a colaboração premiada no processo penal (ultima ratio) - artigo 4.º da lei n.º 12.850/2013 - e não admitir o acordo de leniência na esfera da improbidade administrativa cujas sanções são, em tese, menos gravosas que as sanções penais.

O ordenamento jurídico brasileiro não obsta, portanto, que a celebração de acordos de leniência produza efeitos em ação civil pública por ato de improbidade administrativa

O Supremo Tribunal Federal e os acordos de colaboração premiada
 O Supremo Tribunal Federal decidiu que a homologação de acordo de colaboração premiada não deve adentrar sobre o mérito do acordo, cabendo ao juiz verificar a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, sem qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador.” (TRF – 4ª REGIÃO, Agravo de Instrumento PR n.º 5034574-48.2019.4.04.0000, Rel. Des. Federal Vânia Hack de Almeida, julgado em 14/08/2019).

Nesse mesmo caminho, vale mencionar que já existe também doutrina para tanto, enfrentando a questão:

[...] c) Abrangência dos benefícios a persecuções e a outras esferas do direito: Seguramente, um ponto de extrema relevância é a abrangência da colaboração premiada às diversas esferas da resposta estatal ao ato praticado. Para Gilson Dipp, ela é um instituto essencialmente direcionada ao juízo penal e a seus propósitos, nos limites do específico universo das condutas ilícitas das organizações criminosas por isso qualificado pela lei como colaboração, com a investigação e com o processo penal. Entretanto, diante do cenário jurídico atual de expansão e diversificação das formas de resposta estatal às condutas incompatíveis com as disposições legais, a realização de acordos entre acusação e defesa inevitavelmente deverá tratar sobre as diversas possibilidades de sanção ao acusado, sob pena de esvaziamento de seus objetivos. Por certo, trata-se de problemática de extrema complexidade, que será objeto de futuras análises e discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Tendo em vista a prática atual de justiça criminal negocial brasileira, percebe-se uma tendência à expansão da abrangência da colaboração premiada. Em um primeiro momento, o modelo de acordo proposto no âmbito da Operação Lavajato não contemplava, de modo amplo, outras esferas jurídicas, pois assentou-se que “os benefícios propostos não eximem o colaborador de obrigações ou penalidades de cunho administrativo e tributário, eventualmente exigíveis (cláusula 5ª, § 9º, acordo na Pet. 5.210 STF). **Posteriormente, em outro acordo também na Operação Lavajato, ampliou-se a abrangência dos reflexos da colaboração premiada, determinando-se cláusula no sentido de que, em ações de improbidade administrativa relacionadas aos fatos abrangidos pelo pacto, o MPF irá se manifestar, como fiscal da lei, requerendo que a sentença produza efeitos meramente declaratórios (cláusula 10ª, caput, acordo na Pet. 6.138 STF).** Além disso, em eventuais procedimentos correlatos iniciados por empresas públicas, sociedade de economia mista ou ente público, que solicitem, ressarcimento por fatos relacionados, o MPF irá adotar medidas para incentivar o reconhecimento da satisfação indenizatória em razão de valores por causa da colaboração premiada (cláusula 10ª, § 3º, acordo na Pet. 6.138 STF). Ademais, mostra-se pertinente questionar os reflexos da colaboração premiada em termos de responsabilização civil e reparação dos danos causados a eventuais vítimas. Segundo Viegas e Murad a realização do acordo entre Ministério Público e imputado muitas vezes desconsidera os interesses das vítimas e, ainda que indiretamente “[...] embora não tenha havido a concessão

de imunidade em relação a terceiros, é possível notar que tais previsões podem representar barreiras à indenização, seja porque a atribuição de bens do colaborador a outros sujeitos pode configurar esvaziamento do patrimônio exequível". (VASCONCELOS, 2017, p. 155-156, grifo nosso)

Pode-se acrescentar a isso também o que diz Marcos Paulo Dutra Santos, na obra *Colaboração (delação) premiada*:

[...] 12. Colaboração premiada e comunicabilidade entre as esferas penal e administrativa [...] Os tribunais superiores assentaram que a interceptação telefônica, originariamente, só pode ser efetivada para fins penais, ex vi do art. 5º, XII, da Constituição da República, porém, uma vez ultimada as transcrições podem ser exploradas enquanto prova emprestada para objetivos não penais, desde que correlatos ao crime que ensejou a interceptação. Exemplificando determinada a interceptação telefônica para se apurar associação criminosa dedicada ao conhecimento de peculatos (art. 288 e art. 312 do código penal, respectivamente) nada impede que as gravações obtidas subsidiem também o procedimento disciplinar instaurado contra o funcionário público supostamente venal. Se o Estado-Juiz já teve acesso à intimidade e a vida privada do acusado, não faz sentido que somente possa utilizar essas informações para fins penais, devendo ignorá-los para fins civis e administrativos, embora concernentes ao mesmo fato delitivo. O Plenário do Supremo apenas exige que haja denúncia ofertada, do contrário, sobrevivendo o arquivamento, a interceptação telefônica seria exclusivamente explorada para fins não penais, uma total afronta à constituição. Com efeito, faleceria inclusive cientificidade a tal distinção, porquanto as instâncias penal, civil e administrativa não são compartimentos estanques, ao contrário, comunicam-se, afinal de contas a sentença penal condenatória transitada em julgado, cujo ratio decidendi se reporta à interceptação telefônica, traduz título executivo judicial à disposição da vítima (art. 63 do CPP c/c art. 91, I, do CP) e gera a perda do cargo nas hipóteses do art. 92, I, do CP. Dessa forma, em última análise, a interceptação telefônica ostenta natural repercussão civil e administrativa, inexistindo razão para não explorar como prova emprestada nessa searas. Se assim ocorre no tocante à interceptação telefônica, disciplinada inteiramente na Constituição, idêntico raciocínio alcança a colaboração premiada e as provas dela derivadas, cujo delineamento é infraconstitucional, há de ser genuinamente determinada para fins penais, mas, a partir daí, nada impede que o acervo probatório carreado seja compartilhado para fins não penais, desde que correlatos – ação civil pública. Ação de improbidade administrativa, procedimento administrativo disciplinar. Alguns autores contemplam a possibilidade de projetar as benesses advinda da colaboração premiada ao âmbito administrativo, por se tratar, em relação ao delator, de analogia "in bonam partem", estimulando-o a cooperar, potencializando, assim, a própria recomposição do erário. Nesse sentido, Vladimir Aras, Nicolau Dino, Cleber Masson e Vinícius Marçal. (SANTOS, 2017, p.184-185).

Não é outra a conclusão, a de que é juridicamente possível a inserção de atos de improbidade no bojo da colaboração premiada, em que pese ser instrumento de

natureza criminal, uma vez que o estágio atual do nosso ordenamento jurídico permite fazer diálogos entre as instâncias civil e criminal, nesse raciocínio já demonstrado, uma vez que o rigor do aspecto apuratório e penalizador do direito penal encontra-se pautado em um novo paradigma de justiça criminal a chamada justiça negociada, pautado pelo devido processo consensual (princípio do consenso e da autonomia da vontade), na busca de uma efetividade de resultado dos órgãos de persecução penal no país.

A responsabilidade administrativa subsiste, mesmo após a colaboração premiada conter atos de improbidade administrativa e eliminar a possibilidade de perda de cargo público ocupado pelo agente como sanção (previsão expressa no artigo 12, Incisos I a IV da Lei n.º 8.429/92) decorrente dessa conduta ímproba, diante da independência das instâncias, que inclusive pode aplicar as penalidades ali compatíveis, e que atualmente possui instrumentos como os termos de ajustamento de conduta para casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo a conduta punível com advertência, nos termos do art. 129 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou com penalidade similar, o que indica uma tendência de mitigação do interesse da Administração Pública de proceder apuração de toda e qualquer conduta considerada ilegal, quando não ocasionar dano material ou estiver classificada como crime.

Outro olhar que pode ser feito, reside na ideia de que o interesse público primário é o substrato que fundamenta o acordo de colaboração premiada, o que se casa exatamente com a concepção abaixo construída:

Item 2.5. [...] O verdadeiro interesse público primário (o do bem geral) identifica-se com o interesse social, o interesse da sociedade ou da coletividade. Do que vem afirmando, especialmente, no tocante ao Ministério Público como guardião dos interesses públicos ex vi da Constituição da República (art. 127, caput, c/c art. 129, II), **vale dizer que, em caso de conflito entre o interesse público primário e o interesse público secundário, o parquet deverá tomar as medidas cabíveis para que aquele venha a prevalecer.** Até porque a sua missão institucional reside precisamente nisto, não sendo exagero afirmar que o Ministério Público exerce verdadeiro controle sobre o interesse público. (MELLO JUNIOR, [20--], p. 297, grifo nosso).

O acordo de colaboração premiada busca-se perfeitamente isso: ao atender ao interesse público de solucionar a criminalidade organizada atual, uma vez que os métodos de obtenção de prova constantes do nosso Código de Processo Penal, tidos como tradicionais (prova testemunhal e documental) não permitem avançar, autoriza o Ministério Público a dispor do instrumento no combate às organizações criminosas.

Isso é bem explicado, nas seguintes palavras:

[...] as transformações da sociedade contemporânea trouxeram novas descrições típicas, e novas formas de cometimento dos delitos, as quais se furtavam aos meios tradicionais de prova, de modo que se faria até mesmo impossível alguma edificação de determinados fatos pretéritos investigados, sob pena de drástico distanciamento do processo penal ao alcance da verdade, o que além de refletir uma intensa insegurança jurídica, obsta o cumprimento de determinadas finalidades político-criminais do Sistema Jurídico-Criminal como um todo. Os mecanismos estabelecidos pela Lei n. 12.850/13, entre eles a colaboração premiada, refletem claramente o processo penal em

complementariedade funcional com o direito penal material, agora direcionado à criminalidade grave. Constata-se ainda que se antes se preocupava com a eficiência do processo penal dado o seu congestionamento, e a carência de celeridade do andamento processual; agora preocupa-se também com a dificuldade da própria investigação e, sendo assim, da própria possibilidade de edificação de fatos pretéritos que possam representar condutas delituosas taxadas como de maior gravidade.[...]" (AIRES; FERNANDES, 2017, p. 262-263).

No plano internacional vale citar que a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, da qual o Brasil é signatária, promulgada por meio do Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004 já estabelecia antes da Lei de organização criminosa brasileira (Lei 12.850/2013) o conceito de crime de organização criminosa, por meio da qual define crime transnacional no seguinte sentido:

[...] grupo estruturado de três ou mais pessoas existente há algum tempo e atuando conjuntamente para cometer um ou vários delitos graves com a intenção de obter um benefício econômico ou qualquer outro benefício material. Também já previa no seu bojo, art. 9, medidas contra a corrupção, onde perfeitamente se encaixa a colaboração premiada como instrumento de natureza legal para detectar e punir agentes públicos envolvidos em crimes de corrupção: Artigo 9 - Medidas contra a corrupção 1. Para além das medidas enunciadas no Artigo 8 da presente Convenção, cada Estado Parte, na medida em que seja procedente e conforme ao seu ordenamento jurídico, adotará medidas eficazes de ordem legislativa, administrativa ou outra para promover a integridade e prevenir, detectar e punir a corrupção dos agentes públicos. 2. Cada Estado Parte tomará medidas no sentido de se assegurar de que as suas autoridades atuam eficazmente em matéria de prevenção, detecção e repressão da corrupção de agentes públicos, inclusivamente conferindo a essas autoridades independência suficiente para impedir qualquer influência indevida sobre a sua atuação.(BRASIL, 2004, [N.P.]).

Também, indispensável anotar que na ideia de se buscar mecanismos para resolução de problemas de corrupção no país, foi elaborada, no seio do Ministério Público Federal -5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção, Nota Técnica nº 01/2017, que expõe a existência de um microssistema normativo anticorrupção brasileiro, no qual também se insere a lei de organização criminosa, diploma legal que regulamenta atualmente a colaboração premiada:

Esta inequívoca preocupação constitucional com a resposta estatal e com a moralidade na Administração Pública - tanto no que diz com a garantia de seu patrimônio e princípios em que se assenta, quanto para dar-lhe contorno democrático e limitar seus atos perante o espaço de autoconformação individual - engendra o reconhecimento do verdadeiro microssistema normativo anticorrupção brasileiro, construído pelo manancial de princípios e regras que nascem em dispositivos da própria Constituição e de convenções internacionais internalizadas (v.g. Convenção de Palermo, Convenção de Mérida, Convenção OCDE, Convenção da OEA Contra a Corrupção), alcançando um vasto rol de normas infraconstitucionais e seus

desdobramentos. Este microssistema normativo anticorrupção abrange diversos diplomas legais, disciplinadores das consequências jurídicas de práticas corruptas, notadamente as sanções estatais produzidas em distintas esferas de responsabilização, na esteira da tradição normativa brasileira que atribui a órgãos ou entes públicos, com diferentes atribuições, as tarefas de controle e sanção de práticas ilícitas, sob a forma de múltipla incidência punitiva. As esferas devem ser aplicadas de forma harmônica e a sua coexistência equilibrada é o que permite a extração da máxima efetividade constitucional do microssistema criado, que auxilie mutuamente o alcance de seu propósito. Não por acaso, outros instrumentos de leniência existem e a sua aplicação simultânea é possível, com variação de acordo com a compreensão dos bens jurídicos protegidos em cada caso, que não podem ser relegados. É o caso das previsões da Lei Anticorrupção – LAC (Lei 12.846/2013), Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.259/2011, art. 35) e LIA – Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), que podem ensejar acordos coordenados, quando o Ministério Público, além da sua atuação autônoma, poderá contar com a atuação de outras instituições na preservação dos bens jurídicos tutelados, na medida de cada destinação funcional respectiva, a fim de que o Estado detenha mais mecanismos para melhor enfrentar a corrupção e suas manifestações novas e insidiosas. (BRASIL, 2017a, p. 2-3).

Do ponto de vista da segurança jurídica e de princípios da defesa efetiva não se pode questionar a extensão de sua amplitude no âmbito do processo penal, onde a colaboração premiada como meio de obtenção de prova encontra-se inserida, e sendo assim, respeitados todas garantias constitucionais do colaborador, válida, por consequência, os atos de improbidade administrativa ali despenalizados., uma vez que, em todas as fases do acordo de colaboração, será obrigatória a presença do defensor (art. 4º, §15, da Lei n. 12.850/2013). Ademais, é reforçado pelo ato jurisdicional homologatório, que pressupõe análise de regularidade no plano de existência e validade do negócio jurídico processual entabulado.

Nessa perspectiva também:

[...] a colaboração premiada é originalmente enquadrada no âmbito do Direito Penal Premial, sendo este uma perspectiva do estudo do Direito Penal focada, como o próprio nome infere, nas normas premiaias ou seja, naquelas normas ligadas à ideia de concessão de um benefício previsto na lei para àquele que cometeu o delito, mas realizada determinada contra-conduta valorizada pela lei, seja na abrangência do arrependimento substantivo (em que há a exigência de reintegração da própria ofensa típica, anulando a ofensividade ao bem jurídico), seja no que tange ao arrependimento processual (em que o arrependido se coloca à disposição para colaborar com a repressão penal).²¹ Com efeito, a colaboração premiada se enquadra no que se denominou arrependimento processual. [...] No caso brasileiro, a expressão do processo penal como instrumento de política criminal se deu, de início, no âmbito da criminalidade leve, com o implemento e mecanismos de natureza consensual, como a suspensão condicional do processo e a transação penal, trazidos pela Lei n. 9.099/95. (AIRES; FERNANDES, 2017, p. 263-264).

No aspecto ético da colaboração, Guilherme de Souza Nucci explicita:

[...] parece-nos que a delação premiada é um mal necessário, pois o bem maior a ser tutelado é o Estado Democrático de Direito. Não é preciso ressaltar que o crime organizado tem ampla penetração nas entranhas estatais e possui condições de desestabilizar qualquer democracia, sem que se possa combatê-lo, com eficiência, desprezando-se a colaboração daqueles que conhecem o esquema e se dispõem a denunciar co-autores e partícipes. No universo dos seres humanos de bem, sem dúvida, a traição é desventurada, mas não cremos que se possa dizer o mesmo ao transferirmos a nossa análise para o âmbito do crime. Cuida-se de um cenário desregrado, avesso à legalidade, contrário ao monopólio estatal de resolução de conflitos, regido por leis esdrúxulas e extremamente severas, totalmente distante dos valores regentes dos direitos humanos fundamentais. A rejeição à ideia da delação premiada constituiria um autêntico prêmio ao crime organizado e aos delinquentes em geral, que, sem a menor ética, ofendem bens jurídicos alheios, mas o Estado não lhes poderia semear a cizânia ou a desunião, pois não seria moralmente aceitável. Se os criminosos atuam com leis próprias, pouco ligando para a ética, parece-nos viável provocar-lhes a cisão, fomentando a delação premiada. A lei do silêncio, no universo criminoso, ainda é mais forte, pois o Estado não cumpre a sua parte, como regra, que é diminuir a impunidade, atuando, ainda, para impedir que réus colaboradores pereçam em mãos dos delatados. (NUCCI, 2014, p. 2).

Oportuno, também, ressaltar que o Ministério Público é órgão com competência concorrente e disjuntiva para ajuizamento da ação de improbidade, como abaixo:

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 pertencente 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. Na situação de ações já ajuizadas, mesmo pelos entes lesados, em razão da competência concorrente da ação de improbidade e diante da eficácia constitutiva da sentença condenatória, o MP, como fiscal da lei, solicitaria que o juiz produzisse sentença com efeitos meramente declaratório (cláusula 10^a, caput, acordo na Pet. 6.138 STF), realizando perfeita sintonia dos institutos, o que evitaria decisões conflitantes, entre as instâncias civil e criminal. Em ações não propostas judicialmente, do ponto de vista prático, o promotor de Justiça ou procurador da República que tutelam ações criminais e ações de proteção do patrimônio público firmariam conjuntamente o acordo de colaboração premiada. (ESMPU, 2013, p. 92).

Fundamental esclarecer que as sanções decorrentes da Lei de Improbidade Administrativa como a de reversão de bens e valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio individual, reparação de danos e pagamento de multa civil (art. 12, incisos I a V, da Lei n.º 8.429/92) expressam absoluta consonância com a colaboração premiada, que pode utilizar como parâmetros mais objetivos para cumprimento da exigência de recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa (art. 4º, inciso IV, da Lei n.º 12.850/2013). Assim, não apresentam inconsistências que possam desnaturar as penas estabelecidas nesse diploma legal.

Uma outra correlação pertinente que pode ser feita reside no perdão judicial, como instituto de direito criminal em que o juiz pode deixar de aplicar a pena taxativamente fixada pela lei a um autor de crime (fato típico e jurídico) e comprovadamente culpado, expressamente previsto na lei de organização criminosa (*caput* do art. 4º, inciso IV, da Lei n.º 12.850/2013) com a transação atualmente realizada por meio de termos de ajustamento de conduta (TAC), em ações que tutelam interesses difusos, interesses coletivos ou interesses individuais homogêneos, no sentido de mitigarem comportamentos ilícitos na busca de efetividade dos instrumentos processuais e jurídicos, conforme previsão expressa contida na Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85, com § inserido pela Lei n.º 8.078/90), aplicada cumulativamente com à ação de improbidade (Lei n.º 8.429/92).

Necessário esclarecer que existe vedação expressa na Lei de Improbidade Administrativa, contida no art. 17, § 1º, de maneira que uma interpretação literal realizada nesse sentido poderá levar ao entendimento que o legislador não permite medidas de natureza conciliatória ou negocial que envolva atos de improbidade administrativa, que como já esclarecido nesse trabalho se trata de instituto civil e administrativo, o que impossibilitaria carrear para os acordos de colaboração premiada as obrigações decorrentes de atos de ímprobos cometidos pelos agentes públicos e terceiros.

No entanto é possível superar isso, como diz Lindolfo Andrade em artigo intitulado Autocomposição na esfera da Improbidade:

[...] uma segunda corrente, à qual me filio, admite a celebração de acordos na dimensão punitiva da LIA [iv]. É dizer, quando as circunstâncias do caso concreto evidenciarem que a solução negociada é a mais adequada para a efetiva tutela da probidade administrativa, este deverá ser o caminho a ser seguido pelo legitimado ativo à tutela de tal interesse. (ANDRADE, 2018, [N.P.]).

Para fundamentar suas conclusões, esse mesmo autor, explica:

A conclusão pela impossibilidade de acordo na dimensão punitiva da LIA parte da premissa de que a autocomposição por negociação importa, necessariamente, na disposição sobre o direito, amparada na concepção de transação que orienta o direito privado e está disciplinada nos arts. 840 a 850 do Código Civil. A premissa é equivocada. A solução consensual para os conflitos na esfera de improbidade administrativa não importa em disposição sobre os interesses difusos, isto é, sobre seu conteúdo normativo, residindo o equívoco fundamental na confusão entre essa negociação e a transação do direito civil. É preciso deixar bem claro esse ponto: essa negociação na esfera de improbidade não comporta, como na transação, concessões sobre o conteúdo dos direitos difusos (renúncias). A autocomposição em sede de tutela coletiva volta-se para a definição da interpretação do direito no caso concreto e das condições necessárias a sua efetividade, isto é, versará sobre a respectiva concretização e resultará, sempre, num negócio jurídico marcado pela nota da indisponibilidade dos direitos pelos legitimados coletivos, e não uma transação[v]. No âmbito da LIA, o objeto da composição consensual é, pois, a própria concretização da probidade administrativa, isto é, sua interpretação à luz do caso concreto e de todo o microsistema de defesa do patrimônio público, com a

especificação dos elementos necessários à sua efetivação. (ANDRADE, 2018, [N.P.]

Não menos diferente é o posicionamento cunhado a partir da ideia contida no intitulado trabalho “Improbidade e transação são institutos excludentes?”, que em síntese diz:

[...] o ordenamento nacional passou gradativamente a abandonar o dogma de uma impossibilidade absoluta de transação em demandas integradas pela administração pública e tendo por objeto direto ou indireto seu patrimônio. Esse movimento, influenciado sobretudo pelas técnicas de Justiça penal consensual inauguradas pela Lei 9.099/1995 (notadamente, a transação penal e a suspensão condicional do processo), teve como fase importante a aprovação das leis 12.846/2013 e 12.850/2013, que, junto à Lei 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 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^[2], estabeleceu em seu artigo 3º, parágrafo 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”. [...] O tema também já foi esgrimido na doutrina, merecendo abordagem de Fredie Didier Jr. e Daniela Bomfim^[8] já reconhecerem a incompatibilidade do artigo 17, parágrafo 1º, da Lei 8.429/1992 com o atual ordenamento jurídico: 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. (MUDROVITSCH; NÓBREGA, 2019, [N.P.]

Interessante demonstrar que já consta decisão da Justiça Federal do Paraná, em que supera a vedação legal constante do art. 17, §1º, da Lei 8.429/92, ao dar efeitos tão-somente declaratórios para fins de improbidade em Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa nos termos do que foi requerido pelo próprio Ministério Público Federal:

6.1 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. Cabe lembrar que o artigo 12, parágrafo único, da Lei 8.249/92 admite uma espécie de dosimetria da pena para fins de improbidade administrativa, sobretudo levando em conta as questões patrimoniais.

Portanto, os acordos firmados entre os réus e o MPF devem ser levados em consideração nesta ação de improbidade administrativa.”(4ª VARA DA JF, Despacho decisório em Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa nº 5006717-18.2015.4.04.7000/PR, Juíza Federal Substituta Giovanna Mayer, proferida em 14/11/2015)

Seguindo esse posicionamento, em hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) regulamentou a possibilidade de se firmar termo de ajustamento de conduta (TAC), por meio da resolução n.º 179, de 26 de julho de 2017, 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.

Os Ministérios Públicos estaduais de MG e TO, por exemplo, já possuem resolução que regulamentam também essa possibilidade de ajustamento em casos que envolvam atos de improbidade administrativa, o primeiro por meio da Resolução do Conselho Superior n.º 3, de 23 de novembro de 2017, e o segundo da Resolução n.º 5, 20 de novembro de 2018, todas do Conselho Superior respectivo.

Para reforçar a ideia da possibilidade de se firmar compromisso ou acordos em atos que implicam normas de direito público, como é o caso da Lei de Improbidade, necessário elucidar que as modificações contempladas na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, acerca de disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, contêm normas que indicam a possibilidade de celebrar compromisso com os interessados na busca de solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais (art. 26, Inciso I, da Lei 13.655, de 25 de abril de 2018).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo realizado, pode se afirmar que, ao realizar interpretação sistemática e harmônica do ordenamento jurídico, encontram-se pontos de justificativa para inserir no bojo da colaboração premiada os atos de improbidade administrativa cometidos pelos agentes, sem descaracterizar o instituto essencialmente despenalizador, do ponto de vista criminal.

Fica descartada, ainda, a banalização da improbidade administrativa quando se busca, por razões de política criminal trazê-la para o âmbito penal, e no instrumento probatório que busca solucionar casos complexos inseri-la, mesmo que seja para descartar cumprimento de sanções penais clássicas, pois assim além da efetividade da sanção de ressarcimento dos valores que foram usurpados do Erário público, busca-se eliminar organizações criminosas que praticam crimes notadamente no setor público, evitando-se, potencialmente novos delitos que prejudicam os recursos públicos financiadores das políticas públicas estritamente necessárias para manter o desenvolvimento econômico e social do país.

Por outro ângulo, dissemina a prática de se realizar diálogos inovadores entre as instâncias civil e criminal, fora os casos expressamente contidos na lei, sem se descuidar da segurança jurídica e das garantias constitucionais que dão validade ao processo judicial brasileiro, configurando o atual Estado Democrático de Direito, balizador do ordenamento jurídico.

Por final, também se evita a possibilidade de firmar acordo de colaboração premiada e posteriormente esse agente vir a figurar como réu em ações de improbidade administrativa, o que pode ocasionar inconsistência no ordenamento

jurídico e até mesmo diminuir interesse no acordo ao saber que pode sofrer sanções, ainda, decorrentes dessa espécie de ação, ainda que as penas não sejam privativas de liberdade.

Também pode se acrescentar aspectos de economia processual e efetividade do sistema de persecução criminal brasileiro, ao optar por se utilizar de um instrumento de obtenção de prova no penal para solucionar os casos de improbidade administrativa.

Atualmente, há um óbice do avanço da jurisprudência acerca do tema, ao considerar a natureza contratual da colaboração, e os limites de análise jurisdicional fixados pela lei, tão-somente de regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo firmado, exigindo-se das partes rigor na formalização e motivação transparente de instrumentos dessa natureza. Nesse sentido, porém, há uma tendência dos Ministérios Públicos de firmarem acordos que abrangem atos de improbidade administrativa por meio de termos de ajustamento de conduta.

REFERÊNCIAS

AIRES, Murilo T.; FERNANDES, Fernando A. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *In: Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/454114>. Acesso em: 20 set. 2019.

ANDRADE, Lindolfo. Autocomposição na esfera administrativa. *genjuridico.com.br.*, 11. abr. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/04/11/autocomposicao-na-esfera-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 9 out. 2019.

BORGES, Dandy Jesus Leite. Visão contemporânea das provas no processo penal e a importância da colaboração premiada no combate à corrupção e ao crime organizado. *In: AZAMBUJA, Edson; BALLAN JUNIOR, Octaydes; SILVA, Vinícius de Oliveira. Combate à corrupção na visão do Ministério Público*. São Paulo: JH MIZUNO, 2018. v. III, p. 69-94.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1985]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 2 set. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm. Acesso em: 26 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** 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 e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm. Acesso em: 26 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 26 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Brasília, DF: Presidência da República, [2004]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5015.htm. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm. Acesso em: 26 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 127.483.** Paciente: Erton Medeiros Fonseca Impetrante: José Luiz Oliveira Lima e outros. Coator: Relator da Pet 5244 no Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308597935&ext=.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 69.988.** Recorrente: Ricardo Coutinho Pacheco e outros. Recorrido: Ministério Público do estado do Rio de Janeiro Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 27 de agosto de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601054050&dt_publicacao=07/11/2016. Acesso em 26 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Petição DF nº 3.240.** Agravante: Eliseu Lemos Padilha. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 10 de maio de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315062116&ext=.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Seção Judiciária do Paraná. 5ª Vara Federal de Curitiba. **Despacho decisório em Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa nº 5006717-18.2015.4.04.7000/PR**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Sanko Sider Com. Imp. Exp.Prod.Sid.Ltda e outros. Curitiba, 17 de novembro de 2015. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50067171820154047000. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção **Nota Técnica MPF n.º 01/2017 – 5ª CCR**. Nota Técnica sobre Acordo de Leniência e seus efeitos, elaborada pela Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada, vinculada à 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Brasília, 2017a. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. **Instrução Normativa CGU n.º 02, de 30 de maio de 2017**. Disciplina a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, no âmbito do Poder Executivo Federal. Brasília, 2017b. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/normas-e-pareceres-do-orgao-central-do-siscor/arquivos/in-2-30-de-maio-de-2017.pdf>. Acesso em: 9 set. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução CNMP n.º 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, 2017c. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>. Acesso em: 9 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de agosto de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção. **Orientação conjunta MPF nº 1/2018 - Acordos de colaboração premiada**. Brasília, 2018b. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Federal da 4ª Região. **Decisão monocrática em Agravo de Instrumento PR n.º 5034574-48.2019.4.04.0000**. AGRAVANTE: PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRÁS. Agravado: ROGERIO SANTOS DE ARAUJO e outros Relator. Des. Federal Vânia Hack de Almeida, Porto Alegre, 14 de agosto de 2019. Disponível em:

https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa&seq=166|868. Acesso em: 29 ago. 2019.

CGU. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar**. Brasília, maio 2019.

Disponível em: https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual_pad_mai-2019.pdf. Acesso em: 17 ago, 2019.

COSTA, Alvaro Mayrink da. Direito Penal e Proteção dos Bens Jurídicos. *In: Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 53, p. 7-15, jan./mar. 2011 Disponível em:

http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista53/Revista53_7.pdf. Acesso em: 13 ago. 2019.

CRETELLA JUNIOR, José. Do ilícito administrativo. *In: Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 68, n. 1, p. 135-159, jan. 1973. Disponível em:

<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66693>. Acesso em: 15 ago. 2019.

DEMO, Roberto Luis Luchi. Direito Penal e outros ramos do Direito.

Interdependência, comunicação, encontros e desencontros. Uma visita holística aos diversos planos do Direito a partir do Direito Penal. *In: Revista de Doutrina do TRF da 4ª região*, Porto Alegre, dez. 2004. Disponível em:

http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao004/roberto_demo.htm. Acesso em: 13 ago. 2019.

ESMPU. **Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa:**

incidência e aplicação da Lei n. 8429/1992. 2. ed., rev. e atual. Brasília: ESMPU, 2013. 133 p. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/cem-perguntas-e-respostas-sobre-improbidade-administrativa-2a-edicao-revista-e-atualizada>. Acesso em: 29 ago. 2019.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito Administrativo e Ilícito penal. *In: Revista de Direito Administrativo da FGV*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 24-31, 1945. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8302>. Acesso em: 15 ago. 2019.

JAPPUR, Cynthia Feyh. O Ministério Público como garantidor da Dignidade da

pessoa humana na execução penal. *In Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, set./dez 2011. Disponível em

http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325164777.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

MINAS GERAIS (Estado). Ministério Público do Estado de Minas Gerais. **Resolução CSMP nº 3, de 23 de novembro de 2017**. Regulamenta, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o Compromisso de Ajustamento de Conduta envolvendo hipóteses configuradoras de improbidade administrativa (definidas na Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992). Belo Horizonte, 23 de novembro de 2017. Disponível em: https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-CA28-28-res_csmp_03_2017.pdf. Acesso em: 16 out. 2019.

MODELO de cláusulas de acordo de colaboração premiada do MPF. Curitiba, 2014.

MELLO JUNIOR, João Câncio. O conceito polêmico de interesse público. *In: Revista do Ministério Público*, Rio Grande do Sul, p. 286-329, [20--]. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1275672471.pdf. Acesso em: 9 set. 2019.

MUDROVITSCH, Rodrigo Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe. Improbidade e transação são institutos excludentes? **Consultor Jurídico**, 7 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-07/opiniao-improbidade-transacao-sao-institutos-excludentes>. Acesso em: 14 out. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa: direito material e processual**. 6. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

NUCCI, Guilherme. **PP A delação no processo penal**. 19 mar. 2014. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/sem-categoria/delacao-processo-penal>. Acesso em: 10 out. 2019

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Conexões entre as instâncias penal, administrativa e civil e de improbidade: prescrição e efeito vinculante**. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2018. 11 p. (Textos para Discussão; 251). Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/548005_. Acesso em: 29 ago. 2019.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

TOCANTINS (Estado). Ministério Público do Estado do Tocantins. **Resolução CSMP Nº 5, de 20 de novembro de 2018**. Institui normas que regulamentam a instauração e tramitação dos procedimentos extrajudiciais na área dos interesses ou direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis, o compromisso de ajustamento de conduta, a recomendação, a audiência pública e a carta precatória no âmbito do Ministério Público do Estado do Tocantins e dá outras providências. Palmas, 20 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.mpto.mp.br/conselho-superior/2013/04/08/resolucoes-csmp>. Acesso em: 16 out. 2019.

VASCONCELOS, Vinícius Gomes. **Colaboração premiada no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.