



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

PGM/Coordenadoria Geral do Consultivo

Viaduto do Chá, 15, - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01020-900

Telefone:

Parecer PGM/CGC Nº 019178655

EMENTA N.º 12.022

Improbidade administrativa. Celebração de acordo com pessoa física (agente público ou terceiro). Possibilidade. Mitigação do artigo 17, § 1º, da Lei federal 8.429/92. Revisão da Ementa 11.829 desta Procuradoria Geral do Município. Estabelecimento de condições que garantam segurança jurídica ao ajuste.

INTERESSADOS:

[REDACTED]

ASSUNTO: Improbidade administrativa. Ação ajuizada pelo Ministério Público. Adesão do Município ao polo ativo. Proposta de autocomposição formulada pelos demandados. Parecer da Procuradoria Geral do Município vedando acordo em improbidade com pessoa física. Revisão.

Informação nº 1.054/2019-PGM.AJC

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

ASSESSORIA JURÍDICO-CONSULTIVA

Senhor Procurador Assessor Chefe

Trata-se de proposta de autocomposição formulada pelos interessados (o ex-auditor fiscal tributário municipal [REDACTED] e sua esposa, [REDACTED]), réus em ação de improbidade administrativa interposta pelo Ministério Público, que lhes imputou a conduta prevista no artigo 9º, VII, da Lei federal 8.429/92 (autos n.º 1015611-55.2016.8.26.0053, 1ª Vara da Fazenda Pública). No âmbito de tal demanda, o Município aderiu ao polo ativo.

Pronunciado-se a respeito, o Departamento de Procedimentos Disciplinares (PROCED) suscitou o entendimento desta Procuradoria Geral do Município vertido no parecer ementado sob o n. 11.829 (Informação 120/2018-PGM.AJC), no sentido da impossibilidade de acordo com pessoa física em improbidade administrativa.

PROCED aponta, contudo, que os termos da proposta já foram discutidos com o *Parquet*, que *admitiu a viabilidade jurídica do acordo*. Diante disso, o Departamento encaminha o presente, para ciência e deliberação.

É o relatório do quanto necessário.

Conforme apontado pelo PROCED, vige no âmbito da Procuradoria Geral do Município posição segundo a qual resta defesa a celebração de acordo com pessoa física, ante a vedação do artigo 17, §1º, da Lei federal 8.429/92. Trata-se de entendimento incorporado no parecer ementado sob o n. 11.829, *in verbis*:

Ementa 11.799. Improbidade administrativa. Mitigação da vedação prevista no artigo 17, §1º, da Lei Federal 8.429/92 pela edição da Lei Federal 12.846/13. Celebração de acordo com pessoa física. Impossibilidade. Ausência de fundamento legal.

Consigne-se que referido parecer decorreu da mesma ação tratada no presente (autos 1015611-55.2016.8.26.0053, 1ª Vara da Fazenda Pública), bem como das mesmas pessoas físicas (██████████ e sua esposa). A rigor, portanto, já houve deliberação por esta Procuradoria Geral do Município em relação ao presente expediente. No entanto, o Departamento de Procedimentos Disciplinares renova a pretensão dos interessados na concretização do ajuste, que detém o aval do Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio da Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social.

Convém, diante desse cenário, traçar um panorama dos entendimentos desta Procuradoria Geral a propósito da vedação contida no artigo 17, § 1º, da Lei 8.429/92. Em um primeiro momento, a Coordenadoria Geral do Consultivo, no âmbito do robusto e consistente parecer ementado sob o n.º 11.799, expediu posição pela qual a prescrição do artigo 17, § 1º, da LIA foi atenuada pelas Leis 12.846/13 e 13.140/15. É o que se extrai da ementa a seguir:

Improbidade administrativa. Proposta de acordo. Vedação prevista no artigo 17, § 1º, da Lei Federal nº 8.429/92. Mitigação pelas Leis Federais nº 12.846/13 e nº 13.140/15. Posicionamento favorável da doutrina e de entidades e órgãos públicos, como Ministério Público, Advocacias Públicas e órgãos de controle interno. Possibilidade de celebração de acordo de leniência e TAC. Vedação a acordo denominado. Observância dos critérios e métodos da Lei Federal nº 12.846/13.

Em síntese, a argumentação geral lançada girou na órbita da importância crescente da *Administração Consensual*, que vem reenquadrando diversos paradigmas do direito público, entre os quais a absoluta vedação de acordo em improbidade administrativa.

De modo específico, a consensualidade mostra-se integrada ao sistema, haja vista a sua assimilação pelo próprio direito penal, que alberga uma das manifestações mais contundentes do regime jurídico-repressivo. Conforme exposto por esta Coordenadoria Geral do Consultivo no aludido parecer:

Dentre todas as sanções, as penais são as mais graves justamente por se valer o ordenamento jurídico do direito penal apenas quando não se

mostrar capaz de tutelar certo bem jurídico por outros modos (por isso ser o direito penal *ultima ratio*).

Ora, compreendendo-se o ordenamento jurídico como um sistema , se sanções de tal gravidade podem ser objeto de transação ou acordo, não se mostra coerente a sua vedação em casos de menor gravidade e relacionados a sanções de natureza civil, como na hipótese de improbidade administrativa.[\[1\]](#)

Outros paralelos traçados por esta PGM, com assento em relevantes alterações normativas, foram os seguintes:

(a) a edição da Lei Federal nº 12.846/13, que previu a possibilidade de ser celebrado acordo de leniência em casos de prática de atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira por sociedades simples ou empresárias;

(b) a edição da Lei Federal nº 13.140/15, que trata da mediação entre particulares e da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público.

Para além dessas considerações, diversas instituições públicas passaram a admitir a celebração de compromisso de ajustamento de conduta em hipóteses configuradoras de improbidade administrativa. É o que se extrai da Resolução n.º 179, de 26 de julho de 2017 , editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, que condicionou a efetivação do respectivo ajuste com o ressarcimento ao erário e a aplicação de alguma sanção (art. 1º, § 2º)[\[2\]](#).

A Advocacia Geral da União - AGU e a Controladoria Geral da União - CGU, conforme Portaria Interministerial nº 2.278, de 15 de dezembro de 2016, igualmente disciplinaram a celebração de acordo de leniência nos casos de improbidade:

PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 2.278 DE 15 DE DEZEMBRO DE 2016.

Define os procedimentos para celebração do acordo de leniência de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, no âmbito do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU e dispõe sobre a participação da Advocacia-Geral da União.

O MINISTRO DE ESTADO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO - CGU e a ADVOGADA-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem, respectivamente, o inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição, o art. 18 da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e o art. 4º, incisos I e XIII, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o § 4º do art. 36 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, e tendo em vista o disposto no § 2º do art. 8º, no caput do art. 9º e no §10 do art. 16 da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e no art. 52 do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015,

R E S O L V E M:

(...)

Art. 2º O acordo de leniência será celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos previstos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e dos ilícitos administrativos previstos na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, na Lei nº 8.666, 21 de junho de 1993, e em

outras normas de licitações e contratos, com vistas à isenção ou à atenuação das respectivas sanções, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, devendo resultar dessa colaboração: (...) (destaque nosso).

Mencionem-se, em complementação, convenções internacionais que foram internalizadas no ordenamento pátrio, a exemplo da Convenção de Palermo ("Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional")^[3], incorporada pelo Decreto federal 5.015/2004, com expressa previsão de mecanismos de incentivo à colaboração ou cooperação dos infratores do esquema ilegal.

Também merece destaque a Resolução nº 3/2017, do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que regulamenta o Compromisso de Ajustamento de Conduta envolvendo atos ímprobos. Nos termos de seu artigo 1º, cabível "firmar termo de ajustamento de conduta, com pessoas físicas e/ou jurídicas, nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa (...)".

Verifica-se, logo, o reconhecimento de um verdadeiro "microssistema legal de tutela da probidade", garantia da segurança jurídica e à proteção da confiança legítima estabelecidas constitucionalmente"^[4]. A partir desta premissa convém verificar sua envergadura e sua extensão subjetiva, nomeadamente em relação às pessoas físicas submetidas ao regime da improbidade administrativa, seja aquelas inseridas na condição de agente público, seja na condição de terceiro.

Ora, as razões então vislumbradas por esta Coordenadoria Geral do Consultivo, que acabou por concluir no sentido da possibilidade de acordo com pessoas jurídicas, devem ser as mesmas a autorizar o firmamento de ajustes com pessoas físicas envolvidas em atos de improbidade administrativa. Trata-se de um corolário da isonomia, cujo conteúdo jurídico admite diferenciações, desde que o critério de *discrímen* esteja revestido de razoabilidade à luz da finalidade pública no caso concreto. Ocorre que parece inexistir justificativa para admitir, de um lado, a realização de ajustes com pessoa jurídica e, de outro, impedir a mesma prática para pessoa física. A condição *per se* da pessoa envolvida não pode se prestar a legitimar uma desigualdade desprovida de razão.

A própria lógica já consolidada na seara penal, no âmbito da qual se admitem acordos com pessoas físicas, reforça a incidência de solução idêntica. Aplicável a máxima segundo a qual a mesma razão autoriza a aplicação do mesmo direito (*ubi eadem ratio, idem jus*). Este o argumento suscitado pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, no sentido da admissibilidade da celebração de acordos pelo *Parquet* em sede de improbidade administrativa. É o que se extrai do voto n.º 9212/2016 expedido no Inquérito Civil 1.30.001.001111/2014-42^[5]:

Tem-se, pois, admitido a celebração de acordos pelo Ministério Público Federal, no âmbito da improbidade administrativa, que envolvam a atenuação das sanções da Lei 8.429/92, ou mesmo sua não aplicação, a fim de dar congruência ao microssistema de combate à corrupção e defesa do patrimônio público e da probidade administrativa, que já contempla a possibilidade de realização de acordos de delação ou colaboração premiada no âmbito criminal. Não faria, mesmo, sentido, que o Ministério Público, titular da ação penal e da ação de improbidade, pudesse celebrar acordos em uma seara e não em outra.

Na mesma direção a lição de Andrey Borges de Mendonça, referida pelo Ministro Alexandre de Moraes no julgamento que reconheceu repercussão geral no ARE 1.175.650 (tema

Não há sentido em fornecer benefícios para alguém colaborar no âmbito criminal e esse mesmo agente ser punido pela Lei de Improbidade, exatamente em razão dos mesmos fatos. A incoerência na atuação estatal - reconhecendo benefícios em uma seara e negando em outra - demonstra até mesmo deslealdade do Poder Público com aquele que contribuiu para a persecução dos agentes ímprobos, abrindo mão de seu direito a não se autoincriminar. Esta incoerência é reforçada quanto a Ação de Improbidade se baseia justamente nos elementos desvelados pelo colaborador.

Reafirma-se o contra-argumento utilizado para rebater tal posição: a expressa e literal vedação imposta legalmente pela Lei 8.429/92 (artigo 17, §1º). No entanto, conforme a construção hermenêutica vazada por esta Coordenadoria Geral do Consultivo na Informação 1.574/2017-PGM.AJC, vige um arcabouço normativo revestido de sistematicidade que acaba por incorporar a consensualidade no regime de tutela da probidade. Assim, "a vedação absoluta contida no art. 17, §1º, da Lei 8.429/92 encontraria, atualmente, seu primeiro óbice nos princípios constitucionais da consensualidade e da eficiência".

Para além dos argumentos já expostos por esta Procuradoria Geral do Município na Informação 1.574/2017-PGM.AJC, convém destacar prescrição superveniente incorporada na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Trata-se de seu artigo 26 (acrescido pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018), *in verbis*:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

- I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;
- II – (VETADO);
- III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;
- IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

O preceito representa permissivo geral para que o Poder Público celebre acordos, tendo conferido outro patamar à consensualidade na Administração. Até então prevaleciam normas esparsas e setoriais admitindo acordos na seara administrativa. Com o artigo 26 da LINDB, ganhou contornos não apenas genéricos, mas de amplo espectro. Sobre aludida generalidade, convém destacar o enunciado n.º 21, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA)[7]:

Os artigos 26 e 27 da LINDB constituem cláusulas gerais autorizadoras de termos de ajustamento, acordos substitutivos, compromissos processuais e instrumentos afins, que permitem a solução consensual de controvérsias.

Já em relação à ampla abrangência do dispositivo legal, assim se pronunciou a doutrina^[8]:

Qualquer prerrogativa pública pode ser objeto de pactuação, como a prerrogativa sancionatória, fiscalizatória, adjudicatória etc. Não há objeto interditado no compromisso. A LINDB sepultou qualquer ordem de discussão sobre a tal “indisponibilidade do interesse público” e o decorrente entendimento esposado por parte (minoritária) da doutrina no sentido de que os assuntos públicos são indisponíveis, negociáveis e transacionáveis.

Convém salientar o entendimento de Luciano Ferraz, para quem a "autorização legislativa dada pelo artigo 26 da LINDB suplanta a vedação existente no artigo 17, parágrafo 1º da Lei 8.429/92, em ordem a viabilizar uma solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais também no âmbito das ações de improbidade administrativa"^[9]. Assim, mais do que mitigar o artigo 17, §1º, da LIA, o novel preceito da LINDB teria revogado-o^[10].

Embora não se empreste eficácia revocatória ao artigo 26 da LINDB, entende-se que o artigo 17, §1º, da LIA encontra uma mitigação mais larga do que aquela sedimentada no parecer ementado sob o n.º 11.799, no sentido de abarcar, em determinadas situações, a celebração de acordo com pessoas físicas (agentes públicos ou terceiros) em sede de improbidade administrativa. A argumentação lançada na Nota Técnica n.º 01/2017 pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão-Combate à Corrupção, do Ministério Público Federal, evidencia o acerto da tese. Com assento no já referido reconhecimento de um "microsistema normativo anticorrupção brasileiro", destacam-se múltiplas esferas de responsabilização, cada qual com objeto, instrumentos e legitimados próprios, mas todos uníssonos na mesma finalidade. Com base nisso, as "esferas devem ser aplicadas de forma harmônica e a sua coexistência equilibrada é o que permite a extração da máxima efetividade constitucional do microsistema criado, que auxilie mutuamente o alcance de seu propósito."

É nesse contexto que os mecanismos consensuais inseridos no regime anticorrupção (colaboração premiada e acordo de leniência) afetaram todo o microsistema, extravasando seus efeitos para a seara da improbidade administrativa, "sob perspectiva dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da eficiência, da boa-fé, da confiança e da expectativa legítima". Com base na noção de "transversalidade", por meio da qual os acordos *lato sensu* devem de algum modo harmonizar-se com os múltiplos regime de responsabilidade e com as esferas fragmentárias de atuação, defende-se a possibilidade de "alcançar *pessoas físicas* envolvidas nos fatos ilícitos noticiados, inclusive para acolher o tratamento a ser dispensado na respectiva esfera de responsabilidade penal."^[11] A tese ministerial deu ensejo à Orientação Conjunta n.º 01/2018, expedida pelas 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, que trata do acordo de colaboração premiada, o qual irradia efeitos na seara da improbidade administrativa (item 35, "c" e "d").

O cenário acima não elide a ainda subsistente controvérsia sobre o tema, seja no âmbito doutrinário, jurisprudencial ou mesmo institucional-público. Cite-se, por exemplo, a

divergência *interna corporis* observada no Ministério Público do Estado de São Paulo, conforme se extrai dos embargos declaratórios opostos pelo *Parquet* no âmbito do agravo de instrumento 2216000-33.2018.8.26.0000, em que se defendeu a vedação legal para a composição no âmbito da improbidade administrativa, *ex vi* do artigo 17, §1º, da Lei 8.429/92[12].[13].

Registre-se que a decisão embargada pelo *Parquet* foi prolatada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio de sua 4ª Câmara de Direito Público, para quem a "superveniência das Leis 12.850/2013 e 13.140/2015, bem como do artigo 190 do Código de Processo Civil, permitiu, a despeito da vedação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), a celebração de transação" (Agravos de Instrumento 2216000-33.2018.8.26.0000, Rel. Des. Osvaldo Magalhães, julg. em 05/11/2018).

Consigne-se, em reiteração, a existência de entendimentos jurisprudenciais contrários, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, conforme Acórdão decorrente do julgamento do REsp 1.654.462/MT, 1ª Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 14/06/2018 [14]. Quanto ao Supremo Tribunal Federal, pendente apreciação de Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do artigo 17, §1º, da Lei 8.429/92[15]. Além disso, encontra-se na pauta para julgamento o mérito de tese de repercussão geral reconhecida pelo STF (ARE 1.175.650)[16].

Confira-se destaque, porém, para recente Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (Agravos de Instrumento 2215087-51.2018.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Claudio Augusto Pedrassi, julg. em 10/05/2019), no qual restou assentado que o artigo 17, §1º, da Lei 8.429/92 encontra-se "superado pela evolução legislativa", tendo sido vislumbrada sua revogação, "por conta da edição da Lei 13.655/18, que deu nova redação a LINDB, inserindo o art. 26 em tal lei, tratando de temas referentes à improbidade administrativa". A decisão encontra-se assim ementada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Homologação de acordo celebrado antes do recebimento da petição inicial. Art. 17, § 1º da Lei nº 8.429/92 que a princípio veda o acordo em ações de improbidade. Questão superada. Vedação do art. 17, § 1º que estaria revogado, por conta da edição da lei nº 13.655/18, que deu nova a LINDB, inserindo o art. 26 em tal lei. Admissão de celebração de compromissos com os interessados nos casos que envolve o direito público. Viabilidade de celebração de TACs, bem como que tais termos sejam celebrados nos processos em curso, se viável for, podendo por fim a demanda. Resolução CNMP nº 179/17 que regulamentou a questão.

Outro Tribunal que compartilha o mesmo entendimento é o do Estado do Paraná, conforme recente decisão abaixo transcrita (Agravos de Instrumento 0010058-17.2018.8.16.0000, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Nilson Mizuta, julg. em 12/02/2019):

ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA QUE PREVÊ PEDIDO DE ISENÇÃO DE PENA NA ESFERA PENAL. EXTENSÃO DO PEDIDO À ESFERA CÍVEL. DECISÃO POR PRINCÍPIO. LÓGICA SISTÊMICA. ACORDO DE COLABORAÇÃO QUE POSSIBILITA ISENÇÃO DE PENA EM ÂMBITO PENAL. COERÊNCIA DA EXTENSÃO DOS MESMOS EFEITOS AO ÂMBITO CÍVEL. REVOGAÇÃO TÁCITA DO §1º, ART. 17, DA LEI Nº 8.429/92 (VEDAÇÃO À TRANSAÇÃO, ACORDO OU CONCILIAÇÃO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE) PELA LEI Nº 13.140/2015 (AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA).

Em suma, conforme exposto acima, ainda remanesce a polêmica em torno do artigo 17, §1º, da Lei 8.429/92, embora se vislumbre uma inclinação crescente - doutrinária, jurisprudencial e institucional - pelo seu abandono (seja pela perspectiva de sua revogação tácita, seja mesmo à luz de sua acentuada mitigação).

Verifica-se, portanto, e de um lado, um espaço hermenêutico que autoriza a celebração de compromissos em sede de improbidade administrativa, de modo a legitimar a revisão do entendimento vertido no parecer ementado sob o n.º 11.829.

Por outro, diante de um inafastável componente de insegurança jurídica que poderia ser gerada com aludida prática, entende-se prudente a adoção de condicionantes à sua efetivação.

Com efeito, nas hipóteses em que a improbidade administrativa *in concreto* também sofra os influxos da responsabilidade criminal, indispensável, para fins de firmamento de ajuste com o Município, a *prévia formalização de colaboração premiada* junto às autoridades competentes. Trata-se de requisito que guarda compatibilidade com a tese retro exposta, sobretudo com a transversalidade dos instrumentos consensuais inseridos no microssistema de tutela da probidade. A composição na improbidade funcionaria como verdadeiro corolário da delação firmada no âmbito penal, de modo a subsistir a coerência do sistema.

Convém deixar expresso que o ajuste em sede de improbidade não pode ser utilizado pelo Município como meio de obtenção de provas, vez que se trata de regime legal próprio dos instrumentos da colaboração premiada e do acordo de leniência. Fazê-lo em outra seara seria instaurar mecanismo não previsto normativamente, de modo a infringir a legalidade.

Outro requisito, na direção da cooperação interinstitucional que deve nortear a atuação dos órgãos voltados à tutela da probidade, é a necessária participação nos ajustes do Ministério Público[18]. Demais, imprescindível a homologação judicial, o que pressupõe a necessária existência de ação de responsabilidade por improbidade administrativa.

Reitere-se que tais condições são extraídas do sistema jurídico de combate à corrupção, assumindo a relevante função de conferir *segurança jurídica* aos ajustes firmados.

No que se refere ao conteúdo específico do acordo, merece aplicação, no que couber, as práticas adotadas pelas demais instâncias que vêm adotando a solução consensual, inclusive nos ajustes firmados pelo Município com as pessoas jurídicas em razão do entendimento pretérito desta Procuradoria Geral do Município (Informação 1.574/2017-PGM.AJC - Ementa 11.799). Incidente também o regramento vertido na Resolução n.º 179/2017, do CNMP, que condicionou a efetivação do respectivo ajuste com o ressarcimento ao erário e a aplicação de uma ou algumas sanções previstas legalmente (art. 1º, § 2º).

Para além disso, convém sejam incorporados os parâmetros já sedimentados na já referida Resolução nº 3/2017, do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que estabelece as seguintes condições para o firmamento do termo de ajustamento de conduta, *in verbis*:

Art. 3º Na celebração do termo de ajustamento de conduta deverão ser observadas obrigatoriamente as seguintes condições:

- I - cessação do envolvimento do compromissário com o ato ilícito;
- II - compromisso de reparação integral do dano sofrido pelo erário;
- III - compromisso de transferência não onerosa, em favor da entidade lesada, da propriedade dos bens, direitos e/ou valores que representem

vantagem ou proveito direto ou indiretamente obtido da infração, quando for o caso;

IV - estabelecimento de multa cominatória para a hipótese de descumprimento das obrigações pactuadas;

V - oferecimento de garantias do cumprimento dos compromissos de pagamento de multa civil, do ressarcimento do dano e da transferência de bens, direitos e/ou valores, em conformidade com a extensão do pactuado.

Art. 4º Tendo como parâmetro a extensão do dano e/ou o grau de censura da conduta do compromissário, bem como visando assegurar a eficácia dos comandos da Lei n.º 8.429/1992 e o respeito aos princípios que norteiam a administração pública, o acordo de ajustamento de conduta preverá também uma ou mais das seguintes condições:

I - compromisso de pagamento de multa civil, cujo valor avençado não poderá ultrapassar os limites máximos estabelecidos no artigo 12 da Lei n.º 8.429/1992;

II - compromisso de não contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, por determinado período;

III - renúncia da função pública;

IV - compromisso de reparação de danos morais coletivos;

V - renúncia ao direito de candidatar-se a cargos públicos eletivos, por determinado período.

Não se trata, vale frisar, de uma estipulação *ex novo* de condições alheias à lei, mas sim de replicar as consequências já definidas pelo regime normativo da improbidade administrativa (Lei 8.429/92). É nesse sentido que se apresenta conveniente a sua adoção pelo Município de São Paulo.

Diante de todo o exposto, consolidam-se as conclusões no seguinte sentido:

(i) Existe espaço hermenêutico para revisão da conclusão alcançada por esta Procuradoria Geral do Município no parecer ementado sob o n.º 11.829 (Informação n.º 120/2018-PGM.AJC), de modo a se admitir a celebração de acordo com pessoa física - na condição de agente público ou terceiro - em sede de improbidade administrativa;

(ii) A fim de emprestar segurança jurídica aos respectivos ajustes firmados pelo Município de São Paulo, entende-se prudente a estipulação das seguintes condições: **(a)** Nas hipóteses em que o ato ímprobo também configura crime, indispensável a prévia formalização de colaboração premiada junto às autoridades competentes; **(b)** Necessária a intervenção do Ministério Público; **(c)** Imprescindível, demais, a homologação judicial.

(iii) Em relação ao conteúdo específico dos acordos, merecem aplicação, no que couber, as práticas adotadas pelas demais instâncias que vêm adotando a solução consensual, inclusive nos ajustes firmados pelo Município com as pessoas jurídicas em razão do entendimento pretérito desta Procuradoria Geral do Município (Informação 1.574/2017-PGM.AJC - Ementa 11.799), bem como o regramento vertido na Resolução n.º 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público e, notadamente, na Resolução nº 3/2017 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Minas

Gerais.

Caso acolhido o presente entendimento, sugere-se restituição ao PROCED, para análise do mérito da proposta formulada pelos ora interessados.

RODRIGO BORDALO RODRIGUES
PROCURADOR DO MUNICÍPIO ASSESSOR
OAB/SP nº 183.508
PGM/AJC

De acordo.

TICIANA NASCIMENTO DE SOUZA SALGADO
PROCURADORA ASSESSORA CHEFE
OAB/SP 175.186
PGM / AJC

[\[1\]](#) Nesse sentido entendem alguns doutrinadores, como Fredie Diddier e Daniela Bomfim, *in verbis*: "Mas isso não é obstáculo a que se reconheça a possibilidade de autocomposição no processo da ação de improbidade administrativa. O §1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 já estava obsoleto. A proximidade entre a ação penal e a ação de improbidade é evidente e inquestionável, em razão das sanções decorrentes, muito embora os regimes jurídicos sejam distintos, um de direito administrativo (civil em sentido amplo), outro de direito penal".

À época da edição da Lei nº 8.429/1992, o sistema do Direito Penal brasileiro era avesso a qualquer solução negociada. Não por acaso, falava-se em indisponibilidade da ação penal e em indisponibilidade do objeto do processo penal.

Sucedem que, a partir de 1995, com a Lei nº 9.099/1995, instrumentos de justiça penal negociada começaram a ser previstos no Direito brasileiro. Desenvolveram-se técnicas de justiça penal consensual. São exemplos a transação penal (art. 76, Lei nº 9.099/1995) e a suspensão condicional do processo penal (art. 89, Lei nº 9.099/1995). Em ambos os casos, há negociação que produz consequências no âmbito do Direito Penal material.

O processo penal também sofreu transformações com a ampliação das possibilidades de negociação entre autor e réu. A “colaboração premiada”, negócio jurídico material e processual previsto em algumas leis (embora prevista em diversas leis, a regulamentação mais completa está na Lei nº 12.850/2013) é o principal exemplo desse fenômeno. Ao lado da “colaboração premiada”, surgem institutos de *compliance* das empresas envolvidas, como é o caso do acordo de leniência (Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013).

A proibição de negociação prevista na Lei de Improbidade Administrativa era, na verdade, um reflexo da proibição no âmbito penal. Não havia sido admitida na improbidade em razão do princípio da obrigatoriedade para o Ministério Público e da visão que a tutela do interesse público era absolutamente indisponível, não admitia graus de tutela. Se agora é possível negociar as consequências penais, mesmo nas infrações graves, não haveria razão para não ser possível negociar

as sanções civis de improbidade. Pode-se estabelecer a seguinte regra: a negociação na ação de improbidade administrativa é possível sempre que for possível a negociação no âmbito penal, em uma relação de proporção.

A interpretação literal do comando do §1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 levava a uma situação absurda: seria possível negociar sanções tidas como mais graves pelo sistema porque decorrente da prática de crimes (por definição, o ilícito mais reprovável), mas não seria possível negociar no âmbito de uma ação de improbidade administrativa. Além de absurda, a interpretação desse texto ignoraria completamente a diferença entre os contextos históricos da promulgação da lei (1992) e de sua aplicação." (trecho doutrinário extraído da Informação 1.574/2017-PGM.AJC).

[2] A mitigação da vedação do artigo 17, §1º, da Lei 8.429/92 teria decorrido, conforme se extrai do ato normativo do CNMP, da previsão do artigo 36, § 4º, da Lei 13.140/15, bem como a autocomposição como uma diretriz a ser seguida na solução de controvérsias pelo Poder Público.

[3] Outros exemplos são a Convenção de Mérida e a Convenção da OEA contra a corrupção.

[4] Cf. consta na Informação 1.574/2017-PGM.AJC.

[5] A mesma Câmara Técnica expediu posteriormente a Nota Técnica 01/2017, na qual foi reafirmada a mesma tese.

[6] Tema: "A utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §§ 4º e 5º) e da legitimidade concorrente para a propositura da ação (CF, art. 129, § 1º)."

[7] Os enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no Direito Administrativo decorreu da deliberação de inúmeros juristas, entre os quais Clóvis Beznos, Cristiana Fortini, Emerson Gabardo, Florivaldo Dutra de Araújo, Raquel Urbano de Carvalho, Irene Nohara e Luciano Ferraz.

[8] GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB – novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº. 13.655/2018), nov. 2018, p. 150.

[9] FERRAZ, Luciano. LINDB autoriza TAC em ações de improbidade administrativa. Revista Consultor Jurídico, 9 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-09/interesse-publico-lindb-autoriza-tac-acoesimprobidade-administrativa>>

[10] Antes mesmo do acréscimo legislativo sofrido pela LINDB, alguns autores defendiam a revogação do artigo 17, §º, da LIA pelo artigo 36, §4º, da Lei de Mediação (11.340/2015). Nesses sentido posiciona-se Luciano Godoy: "É certo que o dispositivo referido menciona a "conciliação de que trata o caput", fazendo referencia às hipóteses de composição de litígios entre órgão da Administração Pública Federal, quer direta, quer indireta. No entanto, certo é que a nova Lei da Mediação trouxe expressamente a possibilidade de composição, acordo, transação e mediação no âmbito das ações de improbidade administrativa, revogando implicitamente o artigo 17, § 1º, da Lei 8.429/1992." (Acordo e mediação na ação de improbidade administrativa. 3 ago. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/acordo-e-mediacao-na-acao-de-improbidade-administrativa>>).

[11] Reproduza-se outro trecho da Nota Técnica n.º 01/2017: "A extensão subjetiva da negociação às pessoas físicas, para incluí-las nas tratativas acertadas com a pessoa jurídica, envolvida ou beneficiada pelas práticas ilícitas e qualificada para a colaboração, mostra-se relevante e útil, conforme o caso. Embora possa integrar estratégia adotada pela(s) parte(s) em cada caso, tal elastecimento move-se por razões de ordem prática e jurídica. Reafirme-se aqui, por oportuno, o que já exposto quanto à configuração do Ministério Público enquanto legitimado exclusivo da ação penal pública. Primeiramente, referida extensão subjetiva da negociação projeta uma efetivação concreta do direito

à ampla defesa. É certo que a custódia de documentação referente a transações e pagamentos espúrios imputados a pessoas jurídicas pertence à pessoa jurídica responsável; no entanto, a efetivação física e concreta dos ilícitos, no mundo material, em benefício da pessoa jurídica, ocorre com a imprescindível atuação de pessoas físicas, como acionistas, executivos, empregados, prepostos ou contratados, os quais igualmente detêm conhecimento de detalhes e informações em função da prática concreta dos atos ilícitos. Portanto, quando for o caso, em homenagem à ampla defesa – na projeção da dignidade da pessoa humana que a fundamenta – deve-se no mesmo processo de negociação, simultaneamente, considerar os benefícios cabíveis em função de colaborações da pessoa jurídica e pessoa física, o que redundará, do ponto de vista formal, na celebração de acordo de leniência, no plano civil; e de delação ou colaboração premiada, no campo penal. Se assim não for, pode-se limitar o exercício da defesa em matéria criminal de pessoas físicas envolvidas nos ilícitos, muitas vezes influenciadas em sua conduta pela organização empresarial infratora a que serviram, a partir da relação jurídica com ela mantida. Afigura-se injusto permitir à empresa, que auferiu ganhos relevantes com as práticas lesivas, obter vantagens por acionar os instrumentos cooperativos de defesa aceitos pelo sistema jurídico, mas impedir pessoas naturais, que também serviram ao ente moral e envolvidos nos ilícitos, de se valerem de meio similar em relação ao mesmo conjunto fático infracional." Conquanto refira-se às pessoas físicas integrantes das pessoas jurídicas celebrantes de acordos de leniência, o raciocínio é extensível a qualquer pessoa natural que potencialmente tem a aptidão para firmar colaboração premiada.

[12] A divergência institucional interna é acentuada na seguinte passagem dos embargos, subscritos pela Procuradora de Justiça Maria Cristina Barreira de Oliveira: "A autocomposição celebrada entre a Promotoria de Justiça do Patrimônio Público da Capital [do Ministério Público do Estado de São Paulo] e a Odebrecht S.A. viola a legislação federal especial que disciplina a improbidade administrativa".

[13] Registre-se em equívoco na argumentação lançada pelo Ministério Público, ao afirmar que a Resolução 179/2017, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, decorreu da elaboração da Medida Provisória 703/2015, a qual revogou o §1º do artigo 17 da LIA, mas que posteriormente perdeu sua eficácia, ante a não conversão da MP pelo Congresso Nacional. No entanto, a Resolução 179, de 26 de julho de 2017, foi expedida posteriormente à perda da eficácia da MP 703/2015, ocorrida em 29 de maio de 2016 (cf. Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional n.º 27/2016). Ou seja, referida resolução do CNMP decorreu de um cenário em que já vigorava o artigo 17, §1º, da LIA.

[14] Assim ementado: "1. Prevalece em nosso sistema jurídico o princípio da especialidade, segundo o qual, diante de um eventual conflito aparente entre normas, a lei especial deverá prevalecer em relação à norma geral. Precedentes: AgRg no REsp 1.359.182/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 10/06/2013; AgRg no Ag 1.327.071/SP, Rel. Ministro BENEDIT GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 08/04/2011.

2. Conforme Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 27, de 30/05/2016, publicado no DOU de 31/05/2016, a MP 703, de 18/12/2015, publicada no DOU de 21/12/2015, teve seu prazo de vigência encerrado no dia 29/05/2016, o que importou no restabelecimento da vigência do art. 17, § 1º, da Lei 8.429/1992, que veda a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa.

3. É inviável o acolhimento do pedido de suspensão do processo, a fim de que sejam buscados os meios de compensação da conduta ímproba praticada, à luz da Lei 13.655/2018, uma vez que deve prevalecer a regra especial contida no art. 17, § 1º, da Lei 8.429/1992.

4. Na forma da jurisprudência do STJ, "tratando-se de ação de improbidade administrativa, cujo interesse público tutelado é de natureza indisponível, o acordo entre a municipalidade (autor) e os particulares (réus) não tem o condão de conduzir à extinção do feito, porque aplicável as disposições da Lei 8.429/1992, normal especial que veda expressamente a possibilidade de transação,

acordo ou conciliação nos processos que tramitam sob a sua égide (art. 17, § 1º, da LIA)" (REsp 1.217.554/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 22/08/2013)".

[15] Trata-se da ADI 5.980, ajuizada em julho de 2018, distribuída ao Ministro Celso de Mello. Até a presente data, não houve apreciação do pedido liminar.

[16] Tema: "A utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §§ 4º e 5º) e da legitimidade concorrente para a propositura da ação (CF, art. 129, § 1º)."

[17] Conforme o ato normativo, atos ímprobos de menor potencial ofensivo são "aqueles em que, com base nos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência, a aplicação de sanções reduzidas, seja sob o aspecto quantitativo, seja sob o aspecto qualitativo, mostra-se suficiente para sua prevenção e repressão".

[18] Trata-se de aspecto salientado por esta Procuradoria Geral do Município no âmbito do parecer ementado sob o n.º 11.799: "(...) dada a legitimação do Ministério Público para a propositura da ação de improbidade, acreditamos pertinente a sua concordância em eventuais acordos celebrados entre o ente público e a sociedade que venha a praticar atos de improbidade."



Documento assinado eletronicamente por **Rodrigo Bordalo Rodrigues, Procurador do Município**, em 14/08/2019, às 11:55, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015



Documento assinado eletronicamente por **TICIANA NASCIMENTO DE SOUZA SALGADO, Procurador Chefe**, em 14/08/2019, às 15:01, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.prefeitura.sp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **019178655** e o código CRC **0E870849**.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

PGM/Coordenadoria Geral do Consultivo

Viaduto do Chá, 15, - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01020-900

Telefone:

Encaminhamento PGM/CGC Nº 019179504

INTERESSADOS: [REDACTED]

ASSUNTO: Improbidade administrativa. Ação ajuizada pelo Ministério Público. Adesão do Município ao polo ativo. Proposta de autocomposição formulada pelos demandados. Parecer da Procuradoria Geral do Município vedando acordo em improbidade com pessoa física. Revisão.

Cont. da Informação nº 1.054/2019 - PGM-AJC

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Senhor Procurador Geral

Encaminho o presente com a manifestação da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Coordenadoria Geral do Consultivo, que acompanho integralmente.

A Superior Administração poderá avaliar a respeito da expedição de regulamento, que estabeleça as condições gerais para a celebração dos ajustes em referência, o que nos parece recomendável.

TIAGO ROSSI

COORDENADOR GERAL DO CONSULTIVO

OAB/SP 195.910

PGM



Documento assinado eletronicamente por **TIAGO ROSSI, Coordenador(a) Geral**, em 14/08/2019, às 15:13, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.prefeitura.sp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **019179504** e o código CRC **1C77123C**.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

PGM/Coordenadoria Geral do Consultivo

Viaduto do Chá, 15, - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01020-900

Telefone:

Encaminhamento PGM/CGC Nº 019179766

INTERESSADOS: [REDACTED]

ASSUNTO: Improbidade administrativa. Ação ajuizada pelo Ministério Público. Adesão do Município ao polo ativo. Proposta de autocomposição formulada pelos demandados. Parecer da Procuradoria Geral do Município vedando acordo em improbidade com pessoa física. Revisão.

Cont. da Informação nº 1.054/2019-PGM.AJC

SECRETARIA MUNICIPAL DE JUSTIÇA

Senhor Secretário

À vista da manifestação da Assessoria Jurídico-Consultiva da Procuradoria Geral do Município, que endosso, conclui-se que existe espaço hermenêutico para revisão da conclusão alcançada por esta Procuradoria Geral do Município no parecer ementado sob o n.º 11.829 (Informação n.º 120/2018-PGM.AJC), de modo a se admitir a celebração de acordo com pessoa física - na condição de agente público ou terceiro - em sede de improbidade administrativa.

A fim de emprestar segurança jurídica aos respectivos ajustes firmados pelo Município de São Paulo, entende-se prudente a estipulação das seguintes condições: (a) Nas hipóteses em que o ato ímprobo também configura crime, indispensável a prévia formalização de colaboração premiada junto às autoridades competentes; (b) Necessária a intervenção do Ministério Público; (c) Imprescindível, demais, a homologação judicial.

Por fim, em relação ao conteúdo específico dos acordos, merecem aplicação, no que couber, as práticas adotadas pelas demais instâncias que vêm adotando a solução consensual, inclusive nos ajustes firmados pelo Município com as pessoas jurídicas em razão do entendimento pretérito desta Procuradoria Geral do Município (Informação 1.574/2017-PGM.AJC - Ementa 11.799), bem como o regramento vertido na Resolução n.º 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público e, notadamente, na Resolução nº 3/2017 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Em havendo concordância dessa Pasta, peço remessa a PROCED, para análise do caso concreto.

Recomenda-se, por fim, a expedição de ato normativo regulamentando a matéria e estabelecendo as condições gerais para a formalização de ajustes como o aqui tratado, o que poderá ser objeto de procedimento próprio.

GUILHERME BUENO DE CAMARGO
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
OAB/SP 188.975



Documento assinado eletronicamente por **Guilherme Bueno de Camargo, Procurador Geral do Município**, em 14/08/2019, às 16:55, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site
https://sei.prefeitura.sp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **019179766** e o código CRC **419B388E**.

Referência: Processo nº 6021.2019/0001309-7

SEI nº 019179766