



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

RICARDO BENVENHU

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:
O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL E A TUTELA
DOS DIREITOS INDISPONÍVEIS PELO MINISTÉRIO
PÚBLICO**

Londrina
2022

RICARDO BENVENHU

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:
O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL E A TUTELA
DOS DIREITOS INDISPONÍVEIS PELO MINISTÉRIO
PÚBLICO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Londrina
2022

Ficha catalográfica

Benvenhu, Ricardo.

Improbidade administrativa: o acordo de não persecução cível e a tutela dos direitos indisponíveis pelo ministério público / Ricardo Benvenhu. - Londrina, 2022.
253 f.

Orientador: Luiz Fernando Bellinetti.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2022.

Inclui bibliografia.

1. Improbidade Administrativa - Tese. 2. Acordo de não persecução cível - Tese. 3. Tutela de direitos indisponíveis - Tese. 4. Atuação do Ministério Público - Tese. I. Bellinetti, Luiz Fernando . II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

RICARDO BENVENHU

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:
O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL E A TUTELA
DOS DIREITOS INDISPONÍVEIS PELO MINISTÉRIO
PÚBLICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti - Orientador
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi
Universidade Estadual do Norte do Paraná -
UENP

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Londrina, 07 de julho de 2022

AGRADECIMENTOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BENVENHU, Ricardo. **Improbidade Administrativa: O Acordo de Não Persecução Cível e a Tutela dos Direitos Indisponíveis pelo Ministério Público.** 2022. 253 f. Trabalho de Conclusão do Curso de Mestrado em Direito Negocial – Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2022.

RESUMO

A persecução dos atos de improbidade administrativa deve necessariamente compatibilizar-se com os ditames constitucionais que regem o regime jurídico-administrativo, a fim de que seja garantida uma tutela efetiva, tempestiva e proporcional do patrimônio público. Ocorre que as ações judiciais destinadas a combater esses atos, por vezes, são marcadas pela absoluta ineficiência em prevenir e reprimir a improbidade administrativa, conquanto raramente se obtêm êxito no ressarcimento aos cofres estatais. Nesse contexto, pretende-se examinar os mecanismos utilizados pelo Ministério Público, como ente legitimado exclusivo, para assegurar a efetiva concretização dos valores constitucionais referentes à probidade administrativa. Sucede que o acordo de não persecução cível, instituto recém-disciplinado pela Lei 14.230/21 e influenciado pelo movimento normativo dialógico que permeia a Administração Pública nos últimos anos, apesar de normatizar alguns pontos importantes, deixou lacunas quanto a aspectos materiais relevantes, considerando a regulamentação insuficiente por parte do legislador. O estudo deste novel instrumento dar-se-á por meio do método dedutivo, com análise das principais referências constitucionais e legais relativas ao tema, assim como das orientações doutrinárias e jurisprudenciais que começam a despontar, além de pesquisa empírica a respeito das vantagens em aderir ao acordo de não persecução cível, como medida para reaver o patrimônio financeiro do Estado e responsabilizar o agente ímprobo. Pode-se constatar, conseqüentemente, que o estabelecimento de acordos de não persecução cível na tutela do patrimônio público apresenta-se como um extraordinário instrumento consensual capaz de alterar, pelo menos em parte, esse grave cenário de insuficiência de proteção de bens jurídicos fundamentais. Isso porque a construção dialogada na persecução de atos de improbidade administrativa, na grande maioria dos casos, além de preservar os direitos materiais indisponíveis, redundará na imediata e integral restituição aos cofres públicos, além de promover, de modo célere, a antecipação de algumas sanções existentes na Lei 8.429/92. No que concerne ao vácuo legislativo, mostrou-se plenamente possível supri-lo por intermédio da construção hermenêutica e do diálogo das fontes, com microssistemas normativos convergentes.

Palavras-chave: acordo de não persecução cível; consensualidade administrativa; ministério público; direitos indisponíveis; improbidade administrativa.

BENVENHU, Ricardo. **Administrative Misconduct: The Civil Non-Prosecution Agreement and the Protection of Unavailable Rights by the Public Ministry.** 2022. 253 p. Completion work of the Master's Course in Business Law – Center for Applied Social Studies, State University of Londrina. 2022.

ABSTRACT

The prosecution of the administrative improbity acts shall necessarily be compatible to the constitutional laws that rules the legal-administrative regime in order to guarantee an effective, timely and proportional protection of the public heritage. It happens that the lawsuits against these acts are sometimes completely inefficient in preventing and repressing the administrative improbity, taking into consideration that they rarely makes the compensation of the State coffers. In this context, this study aims to explore the mechanisms that are used by the Public Prosecutor as the exclusive legitimate to ensure the effective implementation of the constitutional values related to the administrative probity. It emerges that, although the civil non-prosecution agreement which was recently disciplined by Law 14.230/21 and influenced by the dialogic normative movement of the Public Administration in the last years, has standardized some important points, it left some gaps in relevant material aspects, due to the insufficient regulation by the legislator. The study about this new instrument will take place through the deductive method, with analysis of the main constitutional and legal references related to the theme, as well as the doctrinal and jurisprudential guidelines that are beginning to emerge. In addition, it was based in an empirical research regarding the advantages of joining the civil non-prosecution agreement as a measure to recover the financial patrimony of the State and make the dishonest agent responsible. Therefore, the protection of public property by establishing civil non-prosecution agreements shows itself to be an extraordinary consensual instrument capable of change, at least in part, this serious scenario of insufficient protection of the fundamental legal assets. This is because a dialogue-based solution in pursuing the administrative improbity acts in addition to protect unavailable material rights, usually allows the immediate and total refund of the public safes and can also anticipates the application of some sanctions by the Law 8.429/92. Regarding the legal vacuum, it has been shown to be fully possible to cover it through the hermeneutic construction and the application of the dialogue of the legal sources by converging different normative microsystems.

Keywords: civil non-prosecution agrément; administrative consensuality; prosecution counsel; unavailable rights; administrative improbity.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Penas de multa e perda de bens CNJ 2017.....	141
Tabela 2 – Ressarcimento ao erário e multas civis via acordos no MPPR a partir de 2021	142
Tabela 3 – Proposta de atuação a partir de Resolução Conjunta do CNPTC	207

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS	16
2.1	A EVOLUÇÃO DA INFLUÊNCIA DA CLASS ACTION NO BRASIL	16
2.2	CONCEITO	22
2.3	PROTEÇÃO LEGAL	30
2.4	LEGITIMIDADE ATIVA DE SUA PROTEÇÃO	39
3	PROTEÇÃO DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA	56
3.1	A PROIBIDADE ADMINISTRATIVA COMO INTERESSE DIFUSO	56
3.2	PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL: PRINCÍPIOS	62
3.3	PROTEÇÃO INFRACONSTITUCIONAL: DIPLOMAS LEGAIS	76
3.4	ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	80
4	CONSENSUALIDADE E DIREITO ADMINISTRATIVO	98
4.1	VISÃO TRADICIONAL: O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO	98
4.2	NOVO PARADIGMA: NEGÓCIO JURÍDICO E PODER PÚBLICO	100
4.3	PRINCIPAIS INSTITUTOS CONSENSUAIS	120
4.4	CONSENSUALIDADE: DEMOCRACIA, EFICIÊNCIA E ACESSO À JUSTIÇA À JUSTIÇA	131
5	O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL SOB A ÓTICA DO CÓDIGO CIVIL E CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	137
5.1	DA PROIBIÇÃO NEGOCIAL ENCARTADA NO ARTIGO 17, § 1º DA LEI 8.429/92: OBRIGATORIEDADE DA JUDICIALIZAÇÃO	137
5.2	NATUREZA JURÍDICA	152
5.3	NEGÓCIO JURÍDICO: MATERIAL E PROCESSUAL	163
5.4	DEVERES DOS NEGOCIANTES	169
6	O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL NA TUTELA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA	178

6.1	ASPECTOS GERAIS.....	178
6.2	PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO.....	187
6.3	ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL E INSTITUTOS CORRELATOS.....	208
6.4	GRADUAÇÃO E ESCOLHA DAS SANÇÕES: ADMISSIBILIDADE DE SUA ANTECIPAÇÃO E LIMITES.....	219
7	CONCLUSÃO.....	236
	REFERÊNCIAS.....	242

1 INTRODUÇÃO

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

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

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

Há, nesse viés, uma interconexão axiológica entre as atribuições conferidas ao Ministério Público, no artigo 127 da Constituição Federal, e a concretização do interesse público gizado na Lei de 8.429/92, já que, enquanto instrumento do Direito Administrativo Sancionador, a Lei de Improbidade Administrativa destina-se a coibir comportamentos ilícitos de agentes públicos, sendo considerada um dos principais referenciais normativos no combate à corrupção.

Diante desse panorama, é importante resgatar o problemático quadro que envolve as ações judiciais propostas contra os atos de improbidade administrativa. Em geral, estas são morosas, com múltiplas partes, além de uma demanda probatória complexa, possibilitando a apresentação de recursos em múltiplas instâncias, arrastando a duração do processo por anos ou décadas. Daí que, não

raramente, as sanções são impostas após longo período do fato, inviabilizando sua efetividade e concretização da justiça. Outra consequência frequente dessa situação é que se tornou regra o insucesso no ressarcimento aos cofres públicos, promovendo um sentimento de impunidade e descaso para com os bens da comunidade. Esses percalços, por evidente, inviabilizam a proteção do patrimônio público e da probidade administrativa.

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

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

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

Assim, entender as razões da proibição consensual na repressão de atos de improbidade administrativa, que vigorou por décadas na Lei 8.429/92, torna-se um passo preliminar do trabalho. Isso será realizado a partir de uma análise do contexto histórico e da evolução normativa em torno da solução negocial envolvendo o Poder Público, com destaque para avanço interpretativo acerca do estabelecimento de acordos e a inviolabilidade dos princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público.

Há de se ter em conta, dentro dessa perspectiva, a mudança paradigmática por parte do legislador, que inseriu, de forma paulatina e necessária, textos normativos concretizadores da atuação consensual do Estado. Consagra-se, assim,

o fenômeno dialógico da Administração Pública, projetado pela materialização dos valores constitucionais que guarnecem o Direito Administrativo Sancionador, espalhando efeitos a outras esferas do Direito.

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

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

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

Antes de adentrar, especificamente, nestes temas, que se constituem no problema principal do presente trabalho, convém melhor contextualizar o acordo de não persecução cível como instrumento protetivo dos bens jurídicos resguardados pela Lei 8.429/92.

Diante disso, no primeiro capítulo, serão tecidas considerações sobre a tutela dos direitos coletivos, a se iniciar pela evolução da influência, de potenciais semelhanças e das distinções da *class action* (de origem americana) com o sistema brasileiro. Reputa-se indispensável, nessa vertente, a construção de conceitos e

demais aspectos que envolvem o microsistema de tutela coletiva, notadamente, a normatividade protetiva e a correspondente legitimidade ordinária e extraordinária.

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

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

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

Por fim, o quinto capítulo será dedicado ao acordo de não persecução cível, com a redação disciplinada pela Lei 14.230/21. De partida, almeja-se tratar dos aspectos gerais positivados e, especialmente, aprofundar alguns temas discutidos pela doutrina, como a legitimidade e o limite temporal para a celebração. Objetiva-se examinar, outrossim, os pressupostos de aplicação do acordo de não persecução cível, os quais foram insuficientemente inseridos pelo legislador. Serão enfrentados, ainda, outros pontos de fundamental importância que, inadvertidamente, não foram objeto de implementação. Dentre estes destacam-se: as hipóteses de cabimento; as sanções que podem ser convencionadas; e eventuais limites processuais e materiais do acordo.

Essa lacuna deixada pelo legislador, apesar de não inviabilizar a aplicação do acordo de não persecução cível, suscitou intenso debate no âmbito acadêmico, doutrinário e jurisprudencial, sendo necessário realizar a análise comparativa com

institutos correlatos, que integram o microssistema de proteção de bens jurídicos ligados à probidade da Administração Pública, cuja consecução pode-se dar por meio do diálogo das fontes ou mesmo por construção hermenêutica.

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

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

2 TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS

Este capítulo apresenta, inicialmente, uma breve retrospectiva histórica da tutela dos direitos coletivos no Brasil, a partir de uma análise comparativa dos instrumentos jurídicos disponíveis no ordenamento jurídico norte-americano e suas respectivas influências. Estabelece-se, posteriormente, a conceituação das ações coletivas, em especial, se há distinção entre estas e a ação civil pública, bem como a classificação dos interesses transindividuais. O estudo perpassa, ainda, pelo sistema de proteção legal dos direitos coletivos, segundo a normatização existente em torno do tema e sua aplicação integrada, com o escopo de atingir um microsistema constitucional de tutela coletiva. Por fim, pesquisa-se a legitimidade ativa dos direitos coletivos e suas respectivas controvérsias, abordando suas peculiares características.

2.1 A EVOLUÇÃO DA INFLUÊNCIA DA *CLASS ACTION* NO BRASIL

A origem das ações coletivas no mundo não encontra unanimidade na doutrina. Enquanto grande parte dos autores remonta ao sistema inglês do século XVII, por meio do *bill of peace*, outros, por sua vez, apontam períodos ainda anteriores, como o grego e o romano¹.

Talvez a expressiva contribuição do *bill of peace* ao processo coletivo, de forma geral, tenha sido a influência das *class actions*² (ações de classe), difundida no sistema norte-americano e que, reconhecidamente, representam um verdadeiro marco transformador da tutela coletiva no Brasil.

Assim, guardadas as devidas peculiaridades inerentes de cada cultura, conforme os sistemas *civil law* (adotado pelo ordenamento brasileiro) ou *common law* (adotado no regulamento anglo-americano), inequívoca a contribuição das *class*

¹José Afonso da Silva (1968, p. 19-20) traz as seguintes hipóteses, dentre outras: *sepulcro violato* (violação de sepulcro, coisa santa ou religiosa); *effusis et deiectis* (relacionado ao lançamento de objetos em via pública); *positis et suspensis* (contra quem não cuidava de objetos das casas que pudessem cair sob populares) e *albo corrupto* (edito pretoriano).

²Segundo Antônio Gidi (2007, p. 42), é historicamente impreciso traçar as raízes das modernas *class actions* apenas às *bill of peace das court of chancery da equity*, como faz a maioria dos autores. Uma forma primitiva de ação de grupo já existia muitos séculos antes, podendo ser encontradas na Inglaterra medieval do século XII, onde alguns grupos sociais litigavam em juízo representados pelos seus líderes.

actions, notadamente a partir da *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure de (EUA)*, de 1938 e a reforma de 1966.

Há bem da verdade, o presente trabalho não visa analisar, ainda que perfunctoriamente, o sistema de tutela coletiva norte-americano, quer porque seria tarefa quase impossível, quer porque desbordaria dos limites aqui propostos.

Pretende-se estabelecer, todavia, algumas aproximações e distinções entre os sistemas brasileiro e norte-americano, as quais, certamente motivaram doutrinadores e legisladores a concretizar a tutela coletiva no Brasil.

De início, é possível destacar que, segundo Antônio Gidi (2007, p. 42), a criação das *class action* deveu-se à necessidade e conveniência de “contornar” a regra de litisconsórcio necessário de todos os interessados, para possibilitar a justiça nas situações em que tal forma de litisconsórcio não fosse possível.

Frise-se que as *class actions* objetivavam, em linhas gerais, promover: i) a economia processual; ii) o acesso à justiça; iii) a aplicação voluntária e autoritativa do direito material (GIDI, 2007, p. 25).

No tocante aos seus requisitos, há de se destacar que: a) o grupo de interessados deve ser tão numeroso que o litisconsórcio de todos os seus membros seja impraticável; b) deve haver questões de direito ou de fato comuns aos membros do grupo; c) os pedidos ou as defesas dos representantes do grupo devem ser típicos dos pedidos ou defesas dos membros do grupo; e d) os interesses do grupo devem ser adequadamente representados em juízo (GIDI, 2007, p. 67).

De igual sorte, não basta a presença dos citados requisitos em conjunto mas, essencialmente, que a situação posta em litígio esteja efetivamente prevista no ordenamento jurídico norte-americano.

E, quanto às espécies, esclarece-se que o sistema norte-americano abarca as ações coletivas de responsabilidade civil em massa (*mass torts class actions*); ações coletivas em tutela de liberdades públicas e direitos civis (*civil rights class actions*); ações coletivas de consumo (*consumer class actions*), ações coletivas em tutela de violações das leis antitruste (*antitrust class actions*); ações coletivas indenizatórias (*class actions for damages*); ações de obrigação de fazer e não fazer (*injunctive class actions*); ações coletivas em tutela de direitos privados e em tutela de direitos públicos (*public interest class actions*); ações coletivas de pequenas causas (*small claims class actions*); ações coletivas cujas pretensões individuais dos membros do grupo são economicamente viáveis através de ações individuais; ações coletivas em

proteção de mercado de valores (*securities class actions*); ações coletivas ambientais (*environmental class actions*); ações coletivas ativas (*plaintiff class action*) e ações coletivas passivas (*defendant class actions*) (GIDI, 2007, p. 20).

Anote-se, por oportuno, que os estados americanos também têm competência e autonomia para ditar as suas regras em matéria coletiva, podendo empregar tratamentos díspares às respectivas ações, de modo que no âmbito federal prevalece a disciplina geral encartada pela *Rule 23*.

Evidentemente, existem pontos divergentes do sistema estadunidense com o modelo brasileiro de tutela coletiva³, notadamente em razão da potencial distinção entre os sistemas regidos pela *civil law* (prevalência da codificação do direito e a sua interpretação) e *common law* (baseia-se em decisões proferidas pelos tribunais).

Nesse contexto, enquanto o direito norte-americano exige questões de fato ou de direito, comuns aos integrantes do grupo, o legislador brasileiro, diferentemente, estabeleceu as espécies de direitos transindividuais merecedoras de proteção jurídica. Ademais, as divergências acentuam-se em relação a alguns institutos, como a legitimidade e a coisa julgada.

Atento a tais pontos, assevera Nelson Nery Júnior (2011, p. 240):

O nosso sistema de tutela jurisdicional dos interesses e direitos difusos e coletivos difere do regime das class actions do direito norte-americano. Enquanto no sistema da class action o juiz desempenha papel altamente relevante, cabendo-lhe a aferição, a qualquer tempo da representatividade da associação para representar em juízo o grupo, no Brasil os requisitos para que a associação ou sindicato possam estar legitimados a ajuizarem ação coletiva são determinados *ope legis* e não *ope judicis*, como no sistema das ações de classe do common law. Basta que sejam preenchidos os requisitos constantes da lei, isto é, esteja a associação constituída legalmente há pelo menos um ano e inclua entre suas finalidades institucionais a defesa de um dos direitos protegidos pela LACP, para que se a tenha por legitimada a agir coletivamente em juízo. A novidade trazida à LACP pelo CDC (LGL\1990\40) é a alteração parcial desse sistema, para permitir-se, ao juiz, não a aferição ampla da representatividade do autor junto à classe ou grupo titular do direito discutido em juízo, mas apenas a dispensa da pré-constituição nas hipóteses enunciadas em lei. O juiz brasileiro não tem o poder inquisitorial pleno do magistrado norte-americano na class action, mas pode, se verificadas as circunstâncias apontadas na lei, dispensar o requisito legal exigido para que a associação possa ajuizar a ação civil pública: estar constituída, há pelo menos um ano nos termos da lei civil. Há situações em que a associação é constituída.

³Segundo Antônio Gidi, exceto alguns pormenores técnicos, como a legitimidade para agir e a coisa julgada, não há diferenças substanciais entre as ações coletivas brasileiras e americanas. O abismo existente entre ambos os sistemas no que se refere a tutela coletiva dos direitos é consequência das diferenças existentes entre o direito, o processo civil e o sistema político, social e econômico do Brasil e dos Estados Unidos (Gidi, Op. cit., p. 17).

Em complemento, sistematizando as divergências entre as *class actions* e as ações civis públicas nacionais, Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2015, p. 83) destacam:

Ao contrário do sistema norte-americano, nossos cidadãos não têm legitimidade para propor as *class actions* brasileiras, mas apenas certos entes públicos e privados; Nas *class actions* a coisa julgada gera efeitos pro et contra; nas ações civis públicas, os efeitos são secundum eventum litis; Nas *class actions*, a representatividade adequada é verificada ope judicis; nas ações civis públicas pátrias, ela é ope legis; O Brasil, ao contrário do que ocorre nas *defendant class actions*, não admite a legitimação passiva coletiva.

De outro lado, cotejando o sistema norte-americano, fácil perceber que alguns instrumentos influenciaram decisivamente o modelo de tutela coletiva brasileira: 1) o requisito de comunhão de fatos ou direitos entre os interessados é presente tanto nas *class actions* quanto em nossas ações coletivas; 2) em ambas as tutelas, os autores atuam sem necessidade de autorização expressa dos interessados; 3) nos dois sistemas, os efeitos da coisa julgada podem atingir os membros da classe, categoria e grupos de pessoas que não participaram pessoalmente do processo; 4) nossas ações coletivas também adotaram um sistema de *fluid recovery* nos casos de interesses individuais homogêneos, embora com algumas diferenças em relação ao sistema norte-americano (ANDRADE, MASSON e ANDRADE, 2015, p. 83).

Nessa ótica, nota-se significativa aproximação da *class actions for damages*, do direito norte-americano, com o instituto do direito individual homogêneo, cuja definição surgiu com o advento do Código de Defesa do Consumidor em que os titulares do direito violado podem, de forma isolada, propor a correspondente ação individual com o fim de obterem a devida indenização; fundamentalmente, no entanto, em razão das vantagens (como a força coercitiva, publicidade e capacidade do ente legitimado), os titulares decidem participar de uma ação coletiva.

Sobre a influência das *class actions for damages* no desenvolvimento da tutela jurisdicional coletiva no Brasil, Ada Pellegrini Grinover (2001, p. 26) acrescenta:

Quando o Código de Defesa do Consumidor (LGL\1990\40), em 1990, introduziu no ordenamento brasileiro a ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos, inspirou-se sem dúvida nas *class actions for damages* norte-americanas, mas adotou uma disciplina original, como se pode ver, por exemplo, pela inexistência do opt out, pelo tratamento diverso à *fluid recovery*, pela adoção de uma coisa julgada erga omnes, mas só para beneficiar os titulares dos direitos individuais, que

ainda podem mover suas ações pessoais, após a improcedência da demanda coletiva.

Nesse esteio, a fim de, a um só tempo, compreender os pontos de contato entre as *class actions* e o modelo brasileiro e, ainda, apontar alguns referenciais de aplicação do sistema americano de tutela coletiva dos direitos, optou-se por realizar essa breve retrospectiva histórica para, adiante, tratar do surgimento das ações coletivas no Brasil.

É certo que, antes da década de setenta, inexistiam debates a respeito da tutela coletiva no país⁴. Entre os precursores do tema, destacaram-se os doutrinadores italianos, cujas obras utilizavam as *class actions* americanas como fonte inspiradora.

Recorde-se de que, nessa época, o referencial normativo para a tutela de direitos centrava-se tanto no Código Civil de 1916 quanto no Código de Processo Civil de 1973, com absoluta prevalência do pensamento individualista, cujo fim voltava-se à defesa da propriedade e à autonomia da vontade⁵. Nesse cenário, os instrumentos jurídicos disponíveis para reger as relações pessoais refletiam esses ideais, não contemplando qualquer espécie de tutela transindividual.

Não se olvidava que o modelo individualista não resguardava quaisquer direitos pertencentes à coletividade. Ressalvado o artigo 6º do Código de Processo Civil de 1973, somente o indivíduo titular do direito material violado poderia litigar. De igual sorte, inadmitia-se que os efeitos da coisa julgada atingissem sujeito estranho à relação jurídica processual⁶.

Como bem observa Luiz Fernando Bellinetti (2000, p. 01):

com a sociedade de massa é necessário outra perspectiva, que encara situações jurídicas, em que a preocupação não é propriamente estabelecer regras que protejam os direitos subjetivos das pessoas envolvidas, mas sim fixar normas que preservem determinados bens ou valores que interessam a um grupo (determinado ou indeterminado) de pessoas, estatuidando o dever jurídico de respeito a esses bens ou valores, e conferindo a determinados

⁴Muito embora a Lei de Ação Popular nº 4717 de 1965 já existisse à época e com inegáveis contornos de proteção coletiva, é fato que não se reconheceu, nesse diploma, a identidade necessária para ser considerada, na essência, o marco inicial na tutela coletiva. Dentre os problemas, cita-se a legitimidade ativa ao cidadão, reconhecidamente hipossuficiente para o manejo de demandas complexas.

⁵Oportuno observar, nessa ordem, que a partir do viés essencialmente privatista, os artigos 75 e 76 do Código Civil de 1916 dispunham que a todo o direito corresponde uma ação, que o assegura, ao passo que para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral.

⁶Assim, terceiro estranho a relação processual deveria propor a própria demanda para reparar a lesão a direito individual.

entes da sociedade o poder de acionar a jurisdição para fazer cumprir tais deveres.

Há de se ressaltar, nessa seara, que o diploma processualista fundava-se em normas fechadas desconectadas com a realidade social, distanciando de um sistema protetivo dos valores fundamentais do cidadão.

Nas palavras de Marcelo Abelha (2003, p. 12):

Numa singela leitura do CPC/73, não teremos dúvidas de que a nossa regra fundamental de direito processual civil foi montada num ideal individualista. A própria estrutura do processo de execução, do tipo credor e devedor, mostra-se clara na terminologia empregada pelo legislador brasileiro (art. 588). A regra dos limites subjetivos da coisa julgada (art. 472) dá o sabor inconfundível do individualismo do Código. As técnicas processuais coletivas do CPC/73 apontam, no máximo, para o instituto do litisconsórcio, mas, ainda aqui, o próprio sistema encontra dificuldades para resolvê-lo, mormente quando se está diante da proteção de um bem indivisível, cuja solução dever ser uniforme para todos os titulares do direito, estando ou não presentes na demanda. Portanto, o sistema da coisa julgada e o da legitimidade para agir no CPC, inclusive da dicotômica regra da legitimidade ordinária e extraordinária, são voltados, repita-se, para a proteção de direitos individuais ou com dimensões individuais.

Por outro lado, o desenvolvimento econômico e tecnológico da humanidade, com o incremento substancial das relações de consumo, criou um solo propício de propagação dos conflitos coletivos, pulverizados na sociedade diversificada, cujos regramentos existentes, repita-se uma vez mais, eram absolutamente ineficazes para atender à demanda de massificação social. Inexistiam instrumentos adequados para tutelar o litígio coletivo, quer porque foram idealizados sob outra perspectiva, quer porque ineficientes a quaisquer litígios que extrapolassem a órbita privatista.

Nessa ótica, vislumbrava-se evidente incoerência, na medida em que o Estado, na condição de real prestador da tutela jurisdicional, acometia-se de completa hipossuficiência ao não ofertar meios adequados e efetivos para resolução da lide de natureza coletiva. Por conseguinte, patente a violação à garantia de acesso à justiça, justamente por não proteger o titular do direito material lesado.

Daí porque a proeminente necessidade de normatizar os institutos processuais indispensáveis à tutela coletiva como a legitimidade, coisa julgada e competência, por intermédio de uma atuação séria e condizente com a relevância do tema. Não se duvida de que a lesão aos interesses transindividuais estão intimamente ligados aos direitos fundamentais inalienáveis do homem (ainda que indiretamente relacionados ao acesso à justiça, ao devido processo legal, à ampla defesa).

Assim é que, na década de setenta, os estudos da doutrina italiana, impulsionados pelas *class actions*, reverberaram no Brasil e influenciaram Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldermar Mariz de Oliveira Jr., José Carlos Barbosa Moreira, os quais prestaram valiosa contribuição para o surgimento das ações coletivas no país.

É de se destacar, ainda, que a reunião destes processualistas coincidiu com o dinamismo das relações econômicas, tanto no âmbito nacional como no internacional, com o potencial avanço dos direitos difusos e coletivos em diversas partes do mundo e com a redemocratização do país, o que naturalmente exigiu uma atuação destinada a concretizar os interesses transindividuais.

Em decorrência desse esforço, o Brasil ganhou papel de destaque no cenário internacional, na medida em que possuía um microssistema normativo de tutela coletiva avançado e eficiente⁷, cujos regramentos serão adiante tratados.

Tecidas estas considerações, pondere-se que a regulamentação legislativa em matéria de interesse transindividual galgou vagarosamente no âmbito nacional por meio de atos normativos esparsos. Contudo, antes de analisar o sistema normativo de tutela coletiva, impõe-se abordar as peculiaridades que envolvem a conceituação das ações coletivas.

2.2 CONCEITO

Calha destacar, de início, a distinção entre ação coletiva, tutela coletiva e processo coletivo. Nessa ordem, a ação coletiva pode ser definida como o instrumento jurídico colocado à disposição dos legitimados, que têm o poder exigir do Estado o exercício da atividade jurisdicional para a satisfação de interesses coletivos. A tutela coletiva, por sua vez, é a proteção conferida pelo ordenamento jurídico aos interesses metaindividuais, por intermédio da subsunção do fato às hipóteses abstratamente descritas pelo legislador. Por fim, o processo coletivo consiste no meio de obter a tutela jurisdicional, esteado na relação ou situação

⁷Nos dizeres de José Carlos Barbosa Moreira (2002, p. 345): O Brasil pode orgulhar-se de ter uma das mais completas e avançadas legislações em matéria de proteção de interesses supraindividuais, de modo que, se ainda é satisfatória a tutela de tais interesses, certamente não é a carência de meios processuais que responde por isso.

jurídica de natureza essencialmente coletiva, com o fim precípua de sujeitar determinada pessoa física ou jurídica ao dever estatuído pela norma.

Fredie Didier e Hermes Zanetti Jr. (2008, p. 46) conceituam processo coletivo:

[...] como aquele instaurado por ou em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo lato sensu ou se postula um direito em face de um titular de direito coletivo lato sensu, com o fito de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo ou um determinado número de pessoas.

Por outro lado, convém verificar se as expressões “ação coletiva” e “ação civil pública” podem ser utilizadas como sinônimas ou, em contrapartida, se possuem diferenças ontológicas. Essa dúvida, comumente levantada no meio acadêmico, não parece tão simples de ser dirimida.

Nesse aspecto, existem inúmeras orientações e, como afirma Marcos de Araújo Cavalcanti (2016, p. 76 e 77), foi possível identificar cinco correntes distintas sobre a questão:

- 1) a primeira defende que a expressão "ação coletiva" constitui-se em gênero que abrange todas as demandas que tenham por objeto a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Para essa corrente, são espécies de ações coletivas: a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, a ação popular, a ação de improbidade administrativa, o mandado de injunção coletivo, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental etc. Compartilham dessa posição o professor Sérgio Shimura e Pedro Lenza;
- 2) a segunda corrente entende que não é possível considerar a "ação coletiva" como um gênero do qual a "ação civil pública" seja uma das espécies. De acordo com esse entendimento, as expressões mencionadas são sinônimas e não há qualquer utilidade prática na divisão terminológica. Em que pese a existência de sinonímia, essa doutrina prefere a utilização do termo "ação coletiva" em detrimento da expressão "ação civil pública", porque a primeira revela o tipo de direito (o coletivo) que se pretende tutelar por meio da demanda. Integram essa corrente José Marcelo Menezes Vigliar e Ada Pellegrini Grinover;
- 3) a terceira posição doutrinária, embora também conclua que as referidas denominações são sinônimas e que não existe qualquer diferença, tampouco utilidade prática na divisão terminológica, prefere utilizar a expressão "ação civil pública", por ser aquela empregada em vários textos legais e na Constituição da República, mostrando-se consolidada na jurisprudência e na doutrina especializada. Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso e Pedro da Silva Dinamarco;
- 4) a quarta corrente entende existirem duas ações distintas, escolhendo por denominar de "ação civil pública" a demanda ajuizada pelo Ministério Público e de "ação coletiva" aquela proposta pelos demais colegitimados. O critério de distinção proposto por essa corrente é puramente subjetivo, ou seja, considera a qualidade da parte legitimada para agir. Dentre os que adotam essa posição, destaca-se Hugo Nigro Mazzilli; e
- 5) a quinta e última corrente sustenta a existência de duas ações diferentes. Contudo, o enfoque é objetivo, visto que apenas avalia a natureza do bem tutelado (direitos difusos, coletivo ou individual homogêneo). De acordo com

essa doutrina, a "ação civil pública" atua em um campo mais abrangente do que aquele previsto para a "ação coletiva", podendo ser utilizada, nos termos da Lei n. 7.347/1985, para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (estes últimos apenas quando houver relevância social). Já a "ação coletiva" somente pode ser utilizada para a defesa dos direitos individuais homogêneos, na forma do que estabelecem os arts. 91 a 100 do CDC, não sendo cabível para a defesa dos direitos difusos e coletivos. Fazem parte dessa corrente João Batista de Almeida, Cassio Scarpinella Bueno e Luiz Manoel Gomes Júnior.

Em primeiro plano, é preciso enfatizar que a expressão "ação civil pública" foi inicialmente instituída com o desiderato de diferenciar o modelo de ação proposta pelo Ministério Público, conforme o ramo do Direito. Logo, se na esfera criminal deveria propor a ação penal pública; na cível, evidentemente, seria a ação civil pública⁸. Com o advento da Lei de Ação Civil Pública, todavia, o legislador considerou a ação civil pública como o instrumento normativo destinado a tutelar interesse exclusivamente coletivo, além abranger outros legitimados ativos.

Em segundo, é fato que o sistema normativo brasileiro, muitas vezes, utiliza a terminologia "ação civil pública" como meio de tutelar interesse supraindividual. Veja-se o artigo 19 da Lei 7.347/85; artigo 129, III, da Constituição Federal, entre outros. Há que se ressaltar, contudo, que o CDC adotou o termo "ações coletivas" como referência das ações intentadas à defesa dos interesses transindividuais.

Assim, em decorrência da opção do legislador consumerista, em especial porque no capítulo II do CDC consta "das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos", existe orientação fulcrada na literalidade legal, no sentido de que a ação civil pública há de ser usada para a tutela dos interesse difusos e coletivos *stricto sensu*, ao passo a ação coletiva serviria exclusivamente à defesa dos interesses individuais homogêneos⁹.

Em terceiro, muito embora pareça mais acertada a orientação no sentido de considerar a ação coletiva como gênero, compreendendo todas as demandas que protejam os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, deixando a ação civil pública como espécie da ação proposta pelo Ministério Público, é certo que a celeuma criada em torno da diferenciação terminológica das expressões possui relevância prática ou teórica insignificante.

⁸Por essa ótica, qualquer ação no juízo cível proposta pelo Ministério Público seria ação civil pública, ainda que não tenha natureza coletiva.

⁹É a posição de Teori Albino Zavascki (2017, p. 61).

Nesse contexto, em que pese as diversas orientações dissonantes sobre o tema, inexistem utilidade em distinguir ações coletivas e ações civis públicas, as quais, podem ser, e rotineiramente são, empregadas como sinônimas, seja na prática jurídica, seja nos manuais acadêmicos. Exige-se, em verdade, que haja efetiva prestação jurisdicional para tutelar a violação de um interesse transindividual, independente da nomenclatura utilizada pelo proponente da demanda.

A rigor, desde que presentes os requisitos legais, trata-se de dever do magistrado analisar o mérito da ação que verse sobre interesse transindividual. Assim, o ato de renegar a apreciação da tutela coletiva meramente pela titulação “equivocada” da peça processual configura atentado ao próprio Estado Democrático de Direito, na medida em que os interesses defendidos representam, no plano jurisdicional, a concretização da legitimação democrática.

Ademais, segundo Marcelo Paulo Magio (2008, p. 98):

Escalonamente, podemos afirmar, ainda, que os interesses supra-individuais estão situados em um plano mais elevado que os interesses gerais ou público, eis que possuem conteúdo etéreo e são referentes à coletividade, onde há prevalência de interesses despidos de egoísmo e circunstâncias particulares, tornando-os aptos a encaminharem-se à obtenção do propósito comum.

É de se prescindir, portanto, da nomenclatura da demanda, isto é, seja sob o espectro de ação coletiva ou de ação civil pública; o que importa, em essência, é a descrição do direito coletivo violado.

Nessa vertente, pode-se concluir que o objeto das ações coletivas é a prestação jurisdicional adequada aos interesses metaindividuais. Esses interesses, também chamados de transindividuais ou coletivos, situam-se entre o público e o individual, tendo em vista que exorbitam a esfera privada das pessoas para assumir uma perspectiva ligada aos grupos sociais. Há, entretanto, sutil diferença frente aos interesses públicos primários¹⁰, na medida em que estes são percebidos pela ótica do Estado e os interesses transindividuais, pela ótica da sociedade.

A esse respeito, recorde-se que o valor resguardado pelo bem jurídico coletivo guarda correspondência com os direitos de segunda e terceira dimensão, com prevalência das questões sociais, culturais, trabalhistas, ambientais, humanas,

¹⁰O interesse público primário pode ser definido como o interesse geral da sociedade, ao passo que o interesse público secundário deve ser visto como a atuação estatal, representando a pessoa jurídica. O interesse particular, por sua vez, advém de ente particular para fins exclusivamente privado.

caracterizando-se por pertencer a grupo, categoria ou classe de pessoas e, em geral, indivisíveis e indetermináveis.

Na lição de Luiz Fernando Bellinetti (2005, p. 673), os transindividuais representam a síntese dos interesses individuais pulverizados pela sociedade.

Ada Pelegrini Grinover (2008, p.229), os define como aqueles:

Indeterminados pela titularidade, indivisíveis em relação ao objeto, colocados no meio do caminho entre os interesses públicos e privados, próprios de uma sociedade de massa e resultados de conflitos de massa, carregados de relevância política e capaz de transformar conceitos jurídicos estratificados, com a responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos. Como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação e do processo.

Emerge dúvida sobre a melhor terminologia adotada para acompanhar o termo “transindividuais”, se direitos ou interesses. Nesse ponto, defende-se a utilização de interesses porque, segundo Luiz Fernando Bellinetti (1997, p. 197), o ponto que está em foco não é o direito subjetivo das pessoas que eventualmente possam ser englobadas no seu âmbito, mas sim, o dever jurídico daquele que está perturbando tais interesses. Por isso, prefere-se utilizar o termo interesse e não o termo direito, este mais ligado a uma ótica individual.

No que pertine à classificação, observa-se que os interesses metaindividuais, são gênero, sendo suas espécies: interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Os interesses difusos, pela definição encartada no artigo 81, § único, I, do Código de Defesa do Consumidor, representam os transindividuais, de natureza indivisível e de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Esses interesses, porque indivisíveis, apenas podem ser fruídos e aproveitados de forma coletiva, não se podendo identificar a parcela que pertenceria a cada um dos interessados. As suas características elementares são: a) transindividualidade real e ampla; b) indeterminação dos sujeitos; c) indivisibilidade do bem jurídico (resultado ou beneficia ou prejudica a todos); d) inexistência de relação jurídica base; e) vínculo fático a unir os sujeitos; f) ausência de unanimidade social.

Exemplifica-se, como modalidade de interesse difuso, a defesa do erário nas ações de improbidade administrativa; defesa do meio ambiente; o combate à propaganda enganosa divulgada na rádio e TV, interesse tutelado pelo direito penal, etc.

Aliás, não é difícil constatar a impropriedade técnica do legislador ao utilizar o termo “titulares”, pois remete à concepção clássica e individualista, propondo que se leia o dispositivo como “os transindividuais, de natureza indivisível, que sejam pertinentes a um grupo indeterminado de pessoas, ligadas por circunstância de fato” (BELLINETTI, 2005, p. 670-671).

Os interesses coletivos *stricto sensu*, por sua vez, segundo o artigo 81, § único, II do Código de Defesa do Consumidor, são os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Assim, são interesses que compreendem uma categoria determinada de pessoas, unidas pela mesma relação jurídica e não por meras circunstâncias fáticas, como nos interesses difusos. Por serem indivisíveis, atendido o interesse de um dos integrantes do grupo, a todos beneficiará, simultaneamente. São características: a) transindividualidade real mas restrita a categoria, grupo ou classe de pessoas; b) determinabilidade dos sujeitos; c) indivisibilidade do bem jurídico (o resultado ou beneficia ou prejudica a todos); d) relação jurídica base entre os membros do grupo ou com a parte contrária; e) irrelevância de unanimidade social, vale dizer, não há necessidade de que todos estejam de acordo para que o ente legitimado ingresse em juízo.

Pode-se exemplificar os interesses coletivos *stricto sensu* como o direito dos alunos de uma escola em ter a mesma qualidade de ensino; ou o aumento das mensalidades escolares em rede privada de ensino; interesse dos moradores do mesmo condomínio, etc.

De igual sorte, semelhante ao dispositivo que trata de interesse difuso, houve imprecisão técnica por parte do legislador, que repetiu o termo “titulares”.

Quanto ao interesse individual homogêneo, o Código de Defesa do Consumidor, de forma pioneira e inovadora, descreveu no artigo 81, § único, III, como o decorrente de origem comum. Cumpre asseverar, nesse propósito, que os interesses individuais homogêneos também são coletivos porque atingem uma gama de pessoas determináveis, que possuem relação jurídica com a parte contrária, muito embora o vínculo entre eles não seja essa relação jurídica (como nos interesses coletivos), mas uma origem fática.

Nesse contexto, prepondera na doutrina¹¹ a orientação pela divisibilidade do bem jurídico tutelado. Contudo, razão assiste a Luiz Fernando Bellinetti ao definir os interesses individuais homogêneos como os interesses divisíveis de pessoas determináveis, que o ordenamento permite serem tratados coletivamente, como uma utilidade indivisa, por derivarem de uma origem comum, decorrente de relações jurídicas base que nascem posteriormente à lesão a um bem jurídico protegido por um interesse difuso ou coletivo. O seu objeto é o cumprimento do dever jurídico de recomposição dos interesses individuais de todos os prejudicados pela atividade danosa (que é indivisível), ainda que a execução do provimento positivo seja perseguida individualmente, por ser a mensuração dos danos divisíveis (BELLINETTI, 2005, p. 666/671). As suas características são: a) transindividualidade; b) indivisibilidade do bem jurídico (resultado ou beneficia ou prejudica a todos do grupo); c) divisibilidade da ofensa; d) determinabilidade dos indivíduos; e) origem comum.

Tem-se, como exemplos de interesse individual homogêneo, o grupo de pessoas que sofreram acidente automobilístico; os compradores dos veículos produzidos com o mesmo defeito em série; os adquirentes de um terreno sem rede de esgoto, etc.

Importante asseverar que a classificação dos interesses transindividuais em difusos, coletivos e individuais, muito embora adotada em larga escala no ordenamento jurídico nacional, não encontra unanimidade doutrinária.

Edilson Vitorelli Diniz Lima (2015, p. 75), por exemplo, traz perspectivas críticas a respeito da tricotomia difusos, coletivos e individuais homogêneos, que se resumem basicamente em ser: a) controversa na doutrina; b) aplicada de maneira equivocada pelos Tribunais, notadamente quanto à ausência de técnica em divisar os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, absolutamente fora do contexto enraizado no Código de Defesa do Consumidor; c) irrelevante na condução processual pelos legitimados ativos, que agem de forma idêntica, independente da espécie de interesse transindividual que se tutela; d) insuficiente para atender a todos os litígios coletivos, pois poderia proteger desnecessariamente situações simples ou minimizar a tutela de casos complexos.

Desse modo, Edilson Vitorelli Diniz Lima (2015, p. 75-76) defende que:

¹¹ É a posição de Hugo Nigro Mazzili (2008, p. 56/557).

Os direitos transindividuais, enquanto íntegros, não compõem o patrimônio de pessoas específicas, não têm valor econômico, não podem ser transacionados ou apreendidos individualmente, nem usufruídos em cotas". [...] a intensidade com a qual os indivíduos são atingidos por sua lesão é empiricamente variável.

A conflituosidade, por sua vez, é um elemento que deve ser avaliado a partir da uniformidade das posições dos integrantes da sociedade em relação ao litígio. Quanto menor for a uniformidade do impacto sobre tais integrantes, ou seja, quanto mais variado for o modo como forem atingidos pela lesão, maior será a conflituosidade. Como as pessoas tendem a preferir soluções que favoreçam a suas próprias situações, a diversidade de impactos fará com que elas passem a divergir entre si acerca de qual o resultado desejável do litígio. Conflituosidade é, portanto, uma característica endógena ao grupo titular, enquanto a complexidade lhe é exógena.

Complexidade e conflituosidade são elementos variáveis nos litígios transindividuais. Empiricamente, eles estão relacionados, embora não sejam codependentes. Ambos tendem a aumentar, quanto mais graves forem as lesões e quanto mais duramente atingirem a população, porque, via de regra, lesões graves apresentam mais alternativas de tutela, gerando complexidade, ao mesmo tempo que tendem a impactar sobre os indivíduos de modos variados, acarretando potencial de conflito entre os envolvidos.

A partir daí, o autor propõe uma classificação em três tipos de litígios coletivos:

1- Litígios transindividuais globais: existem no contexto de violações que não atinjam, de modo particular, a qualquer indivíduo. Os direitos transindividuais subjacentes a tais litígios pertencentes à sociedade humana, representada pelo Estado nacional titular do território em que ocorreu a lesão;

2- Litígios transindividuais locais: têm lugar no contexto de violações que atinjam, de modo específico, a pessoas que integram uma sociedade altamente coesa, unida por laços identitários de solidariedade social, emocional e territorial. Os direitos transindividuais subjacentes a essa categoria de litígios pertencem aos indivíduos integrantes dessa sociedade, uma vez que os efeitos da lesão sobre ela são tão mais graves do que sobre as pessoas que lhe são externas, que tornam o vínculo destas com a lesão irrelevante para fins de tutela jurídica. Esta categoria inclui, em um segundo círculo, as situações em que, mesmo não havendo uma identidade tão forte entre os integrantes da sociedade, eles compartilham perspectivas sociais relativamente uniformes, pelo menos no que se refere à tutela do direito lesado;

3- Litígios transindividuais irradiados: são litígios que envolvem a lesão a direitos transindividuais que interessam, de modo desigual e variável, a distintos segmentos sociais, em alto grau de conflituosidade. O direito material subjacente deve ser considerado, nesse caso, titularizado pela sociedade elástica composta pelas pessoas que são atingidas pela lesão. A titularidade do direito material subjacente é atribuída, em graus variados, aos indivíduos que compõem a sociedade, de modo diretamente proporcional à gravidade da lesão experimentada. Com essa conceituação, perde relevância a distinção entre direitos difusos e coletivos. Tanto uns quanto outros poderão ser enquadrados em quaisquer das três categorias, de acordo com o perfil da lesão e o tipo de sociedade à qual o direito lesado pode ser atribuído. (LIMA, 2015, p. 99-100)

Nota-se, assim, que inexistente consenso quanto à classificação dos interesses transindividuais, todavia, por razões metodológicas e, considerando a utilização da

divisão clássica em larga escala pela doutrina majoritária, empregar-se-á neste trabalho a separação tradicional dos interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Estabelecidas algumas premissas conceituais em torno da tutela coletiva, passa-se à análise do sistema protetivo de tais direitos, a partir da evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial.

2.3 PROTEÇÃO LEAL

Não é demais recordar que a ação coletiva foi fortemente influenciada pelas *class actions* americanas, cujos parâmetros foram trazidos pelos juristas italianos ao Brasil ainda na década de setenta.

Poder-se ia argumentar que a Lei de Ação Popular, editada em 1965, destinava-se a proteger os interesses metaindividuais pertencentes à coletividade. Em verdade, a Constituição Federal de 1934, por intermédio do artigo 113, inciso 38, permitia a qualquer cidadão pleitear a declaração de nulidade ou anulação de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

Trata-se de instrumento normativo caracterizado pela participação democrática do cidadão no controle dos atos da Administração Pública, evidenciando a materialização do exercício da cidadania.

Não se olvida que a Ação Popular também contém traços transindividuais de tutela consistentes no controle dos atos lesivos ao meio ambiente, patrimônio histórico ou cultural. Nessa ordem de ponderação, reconhece-se alguns contornos de proteção coletiva na Lei 4.717/65; todavia, é fato que não se vislumbrou, neste diploma, a identidade necessária para ser considerado, na essência, o marco legislativo inicial de proteção coletiva.

É preciso destacar, nessa perspectiva, que a própria natureza jurídica da ação popular se apresenta como fator limitador, uma vez que somente poderia ser manejada para controlar ato do Poder Público, desguarnecendo, por consequência, as demais hipóteses de lesão metaindividual. Por outro lado, em 1965, vigia a fase de absoluta predominância individualista da tutela jurisdicional, com prevalência das questões privatistas sobre qualquer interesse coletivo, cuja proteção resguardava-se ao direito penal e administrativo. Vale dizer, inexistia direito de ação para a defesa

coletiva, senão para aqueles que possuíssem interesse pessoal. E, neste vértice, tanto a doutrina quanto a jurisprudência seguiam tal raciocínio.

Assim, muito embora se evidencie certa tutela de interesses metaindividuais na legislação popular, incontestemente que a previsão legal ainda se revelava essencialmente insatisfatória, diante das razões ora abordadas.

De igual sorte, apesar da Lei 6.938/81 instituir a Política Nacional do Meio Ambiente, legitimando o Ministério Público a atuar para constranger o poluidor a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, independentemente de culpa, é certo que os instrumentos gizados nesta disposição legal não se revelavam aptos a destinar um tratamento realmente condizente com a importância dos bens transindividuais. Há de se ponderar, ainda, que a cultura extremamente individualista da época contribuiu para a insuficiência da tutela ambiental.

Denota-se que a defesa do meio ambiente, assim como de outros interesses coletivos, passou a ser efetiva e ter a sua importância reconhecida com a edição da Lei 7.347/85 (Lei de Ação Pública). Nesse aspecto, convém apresentar um breve retrospecto histórico da Lei conectado com o contexto social, político e econômico do país.

Como já enfatizado, os conflitos sociais apresentavam-se como consequência natural da própria relação humana, cujos efeitos irradiavam para a absoluta ausência de proteção transindividual. Urgia a necessidade de normatizar sistemas jurídicos que, no plano abstrato, contemplassem os conflitos sociais, privilegiando instrumentos efetivos de resguardo dos interesses metaindividuais. Nesse viés, os institutos da legitimidade, competência e coisa julgada deveriam ser revistos.

Salienta-se que, nessa época, o processo de redemocratização do país, aliado aos estudos dos processualistas brasileiros e italianos, contribuiu decisivamente à aprovação da Lei de Ação Civil Pública.

Atribui-se a José Carlos Barbosa Moreira, Waldemar Mariz de Oliveira Jr., Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe a dinâmica de impulsionar a tutela coletiva em solo nacional, notadamente a partir do 1^a Congresso Nacional de Direito Processual Civil realizado em Porto Alegre, em julho de 1983, cujos debates convergiam sobre a proeminente necessidade de estender a outros interesses difusos a proteção conferida ao meio ambiente, por intermédio da Lei 6.938 de 1981. A esse respeito, a difusão de ideias resultou na elaboração de minuta sobre o processo coletivo

enviada ao então Deputado Federal Flávio Birrenbach, que posteriormente apresentou o Projeto de Lei 3034/1984¹², devidamente aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça em 08 de novembro de 1984.

Calha consignar ainda que em 1983 os Promotores de Justiça do Ministério Público de São Paulo Édis Milaré, Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Nelson Nery Junior, no XI Seminário Jurídico do Grupo de Estudos do Ministério Público paulista, na cidade de São Lourenço/SP, aperfeiçoaram o projeto apresentado ao Deputado Federal e o encaminharam ao Ministro da Justiça Abi Ackel que, por sua vez, o acoplou ao projeto original de Birrenbach. Essa fusão resultou, em 24 de julho de 1985, na aprovação da Lei 7.347, conhecida como “Lei de Ação Civil Pública¹³.”

Nessa linha, importante asseverar, logo no artigo 1º Lei 7.347/85, que o legislador estabelece diretriz finalística, ao definir, de forma expressa e exemplificativa, quais bens jurídicos devem ser tutelados pelo Estado com o escopo de conferir efetiva proteção dos interesses transindividuais¹⁴.

Observa-se, nesse ínterim, que a utilização da ação civil pública restringia-se à defesa do meio-ambiente (inciso I), do consumidor (inciso II), dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (inciso III)¹⁵.

Interessante anotar que a Lei de Ação Civil Pública consagrou diversos instrumentos normativos voltados à defesa coletiva como a competência para julgar os litígios (art. 2º); ampliou a legitimidade ativa a diversos órgãos, entidades ou associações (art. 5º); previu a possibilidade de instauração do inquérito civil pelo Ministério Público, destinado à colheita de elementos para a propositura responsável da ação civil pública (art. 8º, § 1º); disciplinou a coisa julgada (art. 16).

Assim, sensibilizado pela evolução legislativa cuja proteção ao direito coletivo deixou de conter simples conteúdo retórico, passando a ser dotado de expressiva

¹²Conforme ementa, o Projeto de Lei: Disciplina as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente previstas no parágrafo primeiro do artigo 14 da Lei nº 6.938/81 ou a valores artísticos, estéticos históricos, turísticos e paisagísticos e da outras providencias.

¹³Importante consignar que o anteprojeto idealizado pelo Ministério Público paulista continha o Inciso IV, do artigo 1º que dispunha sobre a proteção a quaisquer outros interesses difusos, todavia, o Presidente da República vetou esse ponto por considerar ampla e abrangente tal previsão.

¹⁴Evidente que a redação do “caput” do artigo 1º denota certa amplitude de tutela jurisdicional.

¹⁵Posteriormente foram inseridos os incisos IV “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990); V “por infração da ordem econômica;” (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011); VI “à ordem urbanística.” (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

densidade normativa, o constituinte de 1988 albergou a tutela dos interesses transindividuais em sua plenitude.

Nesse compasso, a Constituição Federal de 1988 prosperou com a idealização de um novo modelo, concretizado a partir do Estado Democrático de Direito e absolutamente intrincado aos direitos fundamentais do cidadão. Asseguraram-se os direitos sociais mais elementares ao ser humano, propondo uma ordem social mais conectada aos avanços econômicos e sociais.

Em essência, consagra-se o Estado de Direito Democrático e Social cuja nota fundamental preceituada no art. 1º, caput, da CF é o compromisso assumido com o cidadão, de realizar prestações públicas fundamentais, muitas conexas aos interesses transindividuais.

Nesse cenário, o constituinte dotou o Ministério Público de instrumentos viabilizadores da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Além disso, o Promotor de Justiça deve zelar pelo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública, aos direitos constitucionalmente assegurados, bem como promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (arts. 127 e 129, I e II, CF). E, ainda, pela leitura do inciso III, do art. 129 da Constituição Federal, observa-se que a função de ajuizar a ação civil pública foi conferida ao Ministério Público.

Exatamente sob essa nova ordem jurídica, os interesses transindividuais ganharam status de direito fundamental, criando verdadeiro regime constitucional da tutela coletiva, espraiando os seus efeitos em diversos ramos para conceder máxima eficácia ao meio ambiente equilibrado, à probidade administrativa, à segurança pública, dentre outros, inclusive, com a proteção irrestrita dos interesses transindividuais, como se nota nos art. 5º, incisos XXI; XXXII; XXXV; LXX, LXXI; LXXIII; art. 6º, c.c. art. 8, III; art. 129, incisos III, IV e V e § 1º; art. 170, inciso VI; art. 225; art. 232; art. 227.

E, para exercer essa tutela, o constituinte conferiu legitimidade ao Ministério Público, que deve atuar com o compromisso de reduzir a desigualdade de acesso à justiça, assim entendido como um equalizador de oportunidades sociais. De igual sorte, admite-se que o Promotor de Justiça, evidenciando a lesão aos interesses metaindividuais por parte do Poder Público, deve atuar visando à promoção de políticas públicas voltadas à consecução dos objetivos fundamentais do Estado.

Nesse ambiente constitucional de proteção coletiva, o artigo 5º, XXXII¹⁶ referendou o diploma consumerista¹⁷, que foi editado em 11 de setembro de 1990, por intermédio da Lei 8.078.

Nesse aspecto, fácil constatar que o Código de Defesa do Consumidor inovou em matéria coletiva (Título III “Da Defesa do Consumidor em Juízo”) seja ao prever, de forma pioneira, os conceitos de interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, seja ao promover algumas pontuais e necessárias alterações na Lei de Ação Civil Pública,¹⁸ com o desiderato de, a um só tempo, amplificar a tutela transindividual e criar um microssistema integrativo de proteção.

Essas inovações foram abordadas com propriedade por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2008, p. 49-50), dentre as quais destaca-se:

- a) a possibilidade de determinar a competência pelo domicílio do autor consumidor (art. 101, I);
- b) a vedação da denunciação à lide e um novo tipo de chamamento ao processo (art. 88 e 101, II);
- c) a possibilidade de o consumidor valer-se, na defesa dos seus direitos, de qualquer ação cabível (art. 83);
- d) a tutela específica em preferência à tutela do equivalente em dinheiro (art. 84), note-se que à época ainda não existia o art. 461 do CPC com a atual redação;
- e) a extensão subjetiva da coisa julgada em exclusivo benefício das pretensões individuais (art. 103);
- f) regras de legitimação (art. 82) e de dispensa de honorários advocatícios (art. 87) específicos para as ações coletivas e aperfeiçoadas em relação aos sistemas anteriores;
- g) regulamentação da litispendência entre a ação coletiva e a ação individual (art. 104);
- h) alteração e ampliação da tutela da Lei 7347/85 (LACP), harmonizando-a com o sistema do Código.

Há de se ressaltar, nesse sentido, a importância¹⁹ do Código de Defesa do Consumidor para o sistema coletivo, tanto que o legislador o definiu, logo em seu artigo 1º, como norma de ordem pública e interesse social.

O Superior Tribunal de Justiça²⁰ não deixou de reconhecer a relevância do diploma consumerista:

O microssistema jurídico criado pela legislação consumerista busca dotar o consumidor de instrumentos que permitam um real exercício dos direitos a

¹⁶O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

¹⁷O artigo 48 do ADCT fixou o prazo de 120 dias para elaboração do CDC.

¹⁸Dentre as alterações, destaca-se a inserção do compromisso de ajustamento de conduta (LACP, art. 5º, § 6º) e o litisconsórcio entre os Ministérios Públicos (LACP, art. 5, § 5º).

¹⁹A Constituição Federal, em diversas passagens, referenda a proteção ao consumidor, como se verificam pelos artigos 24, V e VIII; 170, V.

²⁰REsp 1.032.876/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 09.02.2009.

ele assegurados e, entre os direitos básicos do consumidor, previstos no art. 6.º, VIII, está a facilitação da defesa dos direitos privados (BRASIL, 2009).

Outra normatividade, não menos relevante, destinada a tutelar o interesse difuso da coletividade, consistente em ter uma administração pública hígida e proba, surgiu com a edição da Lei 8.429/92, conhecida como a “Lei de Improbidade Administrativa”.²¹

Dessa forma, é correto afirmar que as principais referências normativas para a tutela da coletividade constituem-se na Lei de Ação Popular (Lei 4.717/65), Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), Constituição Federal de 1988, seguida do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.072/90) e Lei de Improbidade Administrativa, cujos regramentos compõem-se de verdadeiro microsistema protetivo. Forçoso reconhecer, entretanto, que o núcleo essencial dos interesses coletivos *lato sensu* é composto pelas Lei de Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor, sem as quais, por evidente, esvaziaria o seu conteúdo.

Não se desconhece, a propósito, outras legislações especiais, as quais, de igual modo, passaram a complementar e integrar o sistema utilizado para a proteção dos interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. São exemplos: Lei 7.853/89 (interesses das pessoas portadoras de deficiência); Lei 7.913/89 (danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários); Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste); Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade); Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso); mandado de segurança coletivo²², Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Como se percebe, inexistente codificação específica do processo coletivo nacional, de modo que o regramento sobre a tutela transindividual encontra-se esparso e pulverizado em inúmeros instrumentos legislativos.

Oportuno frisar, nesse aspecto, as diversas tentativas de aprovar num único diploma o Código de Processo Coletivo, almejando aglutinar todos os instrumentos voltados à defesa metaindividual. Assim é que surgiram o Código Modelo de Processo Coletivo para a Ibero-América; o Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual – CBPC-IBPD; o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos

²¹As especificidades da Lei 8.249/92, notadamente a construção tipológica e respectivas sanções, serão devidamente abordadas no capítulo seguinte.

²²Disciplinado pelo artigo 5º, LXIX e LXIX da CF/88 e Lei 12.16/2009. Teori Albino Zavasck posiciona-se contrariamente, no sentido de que o mandado de segurança não constitui instrumento para a tutela de direitos coletivos, mas sim para a tutela coletiva de direitos subjetivos individuais (ZAVASCK, Op. cit., p. 201)

Coletivos – CBPC-UERJ/UNESA), até chegar ao Projeto de Lei 5.139/2009 (Lei das Ações Coletivas).

Interessante pontuar que o PL 5139/2009 foi fruto de intensa reflexão e debate técnico entre os juristas especializados na matéria, mantendo os aspectos positivos já enraizados em outros diplomas e corrigindo eventuais omissões e falhas apresentadas ao longo dos anos, além de revogar expressamente a Lei 7.347/85.

Ressalte-se, contudo, que o PL 5.139/2009 não foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça sob a justificativa de suposta afronta ao texto constitucional. Atualmente, o respectivo projeto ainda aguarda deliberação do Recurso apresentado, em 24/3/2010 na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA), pelo Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia (PT/RJ)²³.

Dessa feita, pode-se afirmar que a atuação do Congresso Nacional, por intermédio das comissões constituídas, revelou-se desmedida porque, segundo grande parte da doutrina, as normas constantes no Projeto de Lei rejeitado foram modernizadas e aperfeiçoadas à luz do mandamento constitucional, exatamente para promover a máxima proteção dos bens jurídicos coletivos.

Oportuno citar que existem, ainda, outros Projetos de Lei cujos objetos circunscrevem-se a disciplina das ações coletivas, tais como os PL 8058-2014 (aguardando parecer do relator na comissão de finanças e tributação)²⁴; PL 4441-2020 (aguardando parecer do relator na comissão de constituição e justiça e de cidadania)²⁵ e PL 4778-2020 (apensado ao PL 4778/2020)²⁶.

Na esteira dessas ponderações, é fato que as disposições normativas que tratam da tutela coletiva no Brasil formam verdadeiro microsistema cujo objetivo é integrar e complementar os instrumentos transindividuais, dando-lhes amplitude, com o fim precípua de atingir a efetiva aplicação de seus vetores.

Repita-se, uma vez mais, que os diplomas principais dessa sistematização são a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor. Em verdade, a harmonização entre os institutos soa tão evidente que os próprios dispositivos 21 da

²³ Disponível no Portal da Câmara dos Deputados Federais: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>.

²⁴ Disponível no portal da Câmara dos Deputados Federais: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>.

²⁵ Disponível no portal da Câmara dos Deputados Federais: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>.

²⁶ Disponível no portal da Câmara dos Deputados Federais: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2263651>

Lei 7.47/85 e 90 da Lei 8078/90 determinam, simetricamente, a aplicação conjunta e recíproca.

É importante ressaltar que o microsistema coletivo não se esgota nessas duas legislações. Ao contrário, apesar de fundamentais, existem outros diplomas normativos, seja no âmbito material, seja no âmbito processual, que compõem esse arcabouço legislativo.

É fato que a Lei de Ação Popular, Lei de Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor, Lei de Improbidade Administrativa, Lei do Mandado de Segurança Coletivo, entre outras, permitem um intercâmbio de valores e princípios, precisando de constante “diálogo” no sentido de promover verdadeiras simbioses de eficazes instrumentos disponibilizados para a máxima tutela metaindividual.

Nessa vertente, parece que o Congresso Nacional, por meio da atuação legislativa, não envidou esforços para aglutinar todas as regras transindividuais num único diploma. Optou-se, portanto, pela vertente do microsistema coletivo.

É claro que, por ocupar a supremacia normativa, a Constituição Federal espraia efeitos ao legislador infraconstitucional, impondo um rígido sistema de proteção destinado à tutela metaindividual. Nesse contexto, a previsão dos interesses coletivos como direito fundamental do cidadão (art. 5º) corrobora tal assertiva.

Sobre os sistemas legislativos que compõem o microsistema, decidiu o então Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux²⁷:

A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei de ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar interpenetram-se e subsidiam-se (BRASIL, 2004).

Consequentemente, essas inúmeras legislações que tratam dos interesses coletivos, especialmente a Constituição Federal de 1988, como microsistemas que se interlaçam e irradiaram efetividade atingiram, inexoravelmente, o Código de Processo Civil de 2015²⁸.

²⁷STJ – REsp n.. 510.150/MA, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17-2-2004.

²⁸Os reflexos do Código de Processo Civil de 2015 no acordo de não persecução civil serão abordados adiante, no capítulo cinco do trabalho.

Desta feita, pode-se concluir que o diploma processual também integra o microssistema coletivo. Há, todavia, posição contrária²⁹ no sentido de se aplicar o Código de Processo Civil apenas de forma supletiva, ou seja, somente se inexistir regulamentação. Essa tese encontra respaldo no artigo 15 do CPC/2015: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente” (BRASIL, 2015).

Esse argumento, todavia, não convence. É pacífico que o Código de Processo Civil avançou significativamente na defesa metaindividual. Aliás, diversos mecanismos de proteção coletiva foram ali consagrados, entre eles, o processo negocial, decisões de cunho estrutural, audiências públicas, procedimento de recurso especial e extraordinário repetitivo (art. 1036 a 1041), incidentes de resolução de demandas repetitivas (art. 976 a 987), procedimento de causas repetitivas (art. 928).

Verifica-se, assim, que o legislador optou por prever, nos dispositivos do CPC, inúmeras causas e instrumentos de cunho coletivo, tornando-o como parte integrante do microssistema, exatamente com o escopo de cumprir a efetiva proteção concebida pela Constituição Federal de 1988. Defende-se, portanto, a eficácia direta das normas processuais nos interesses metaindividuais, formando um sistema conglobado de suporte jurídico a tais interesses, por intermédio do diálogo das fontes³⁰.

Neste esteio, reputa-se essencial considerar o Código de Processo Civil de 2015 como instrumento de tutela coletiva, justamente por trazer princípios e regras absolutamente conectadas com o dinamismo social, sendo que os valores nele idealizados refletem o tratamento constitucional sobre tema, consoante a previsão encartada já em seu artigo 1º.

Entender de forma diversa seria retroceder ao Código de Processo Civil de 1973 cuja aplicação ao processo coletivo evidenciava-se, de fato, apenas de forma residual.

²⁹É a opinião de Ricardo de Barros Leonel. “LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do Processo Coletivo, 2ª edição, RT, 2011”.

³⁰A teoria do diálogo das fontes, desenvolvida por Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg, e trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques, propõe que as normas jurídicas, mesmo que pertencentes a ramos jurídicos distintos, não devem se excluir, mas se complementar.

Nessa linha, esclarecem Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2008, p. 61-62):

[...] o CPC-15, diferentemente do CPC-1973, passou a dialogar de outra maneira com o microsistema do processo coletivo, seja porque o pressupõe expressamente, seja porque incorporou a esse microsistema novas normas jurídicas. A relação com o microsistema passou a ser de mão dupla, em um vaivém do núcleo para a periferia (centrífuga) e da periferia para o núcleo (centrípeta). A eficácia do CPC sobre esse microsistema deixou de ser exclusivamente supletiva, subsidiária ou residual e passou a ser, também, direta.

Poder-se-ia questionar se os códigos, de forma geral, e microsistemas possuem incompatibilidade entre si. Mais uma vez, recorrem-se aos ensinamentos de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr, (2008, p. 70-71) que sustentam a perfeita coexistência entre ambos, pois o valor dos códigos nos ordenamentos jurídicos atuais é anunciar princípios, cláusulas gerais e regras para harmonizar a legislação infraconstitucional com os objetivos da Constituição Federal e dos direitos fundamentais nela estatuídos. Os microsistemas, por sua vez, são caracterizados por tratarem de matéria específica, dotada de particularidades técnicas e importância que justificam uma organização autônoma, de modo que não se incompatibilizam com cláusulas gerais ou princípios.

Bem definida a ideia de microsistema e os diplomas que gravitam no entorno dos bens jurídicos transindividuais, resta analisar quais são os legitimados dele decorrentes para a efetiva tutela dos interesses metaindividuais, vale dizer, quais os órgãos e classes escolhidos pelo legislador para atuar em prol dos interesses coletivos.

2.4 LEGITIMIDADE ATIVA DE SUA PROTEÇÃO

Talvez o tema de maior relevância e controvérsia no âmbito coletivo seja o que remete à legitimidade. Há, de fato, inúmeras orientações e divergências tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, as quais serão adiante abordadas. Por certo, a questão poderia ser dirimida com a aprovação do Código de Processo Coletivo, com o fim de, a um só tempo, padronizar e uniformizar entendimentos, além de obter segurança jurídica.

Observe-se que a legitimidade, ao lado do interesse de agir, fazia parte das condições da ação. É preciso enfatizar que o Código de Processo Civil de 2015 não mais fez referência expressa às condições da ação, ao passo que o artigo 17 dispõe que “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. Note-se, portanto, que a possibilidade jurídica do pedido³¹, constante como um dos requisitos no Código de Processo Civil de 1973³², restou suprimida no diploma processual, evidenciando que o instituto passa a ser analisado no mérito e não mais de forma preliminar.

Pode-se constatar, portanto, que o motivo de o legislador silenciar quanto às condições da ação no CPC/2015 foi justamente considerá-las como pressupostos processuais, consoante orientação de Fredie Didier Jr. (2015, p. 05):

(...) a legitimidade e o interesse passarão, então, a constar da exposição sistemática dos pressupostos processuais de validade: o interesse, como pressuposto de validade objetivo intrínseco; a legitimidade, como pressuposto de validade subjetivo relativo às partes. A mudança não é pequena. Sepulta-se um conceito que, embora prenhe de defeitos, estava amplamente disseminado no pensamento jurídico brasileiro. Inaugura-se, no particular, um novo paradigma teórico, mais adequado que o anterior, e que, por isso mesmo, é digno de registro e aplausos.

Relevante destacar, nesse sentido, que tanto a legitimidade de agir, considerada como pressuposto de validade relacionado às partes, quanto o interesse processual, tido como pressuposto de validade objetivo intrínseco, continuam a ser analisados em fase pré-processual enquanto pressupostos da ação.

Feitas tais ponderações, sobreleva anotar que o interesse de agir na esfera transindividual seria a afetação do objeto litigioso com a coletividade. E, exatamente por inexistir vínculo jurídico entre os sujeitos beneficiários da tutela coletiva - os quais estão conectados por um fato social, por exemplo, em razão de pertencerem a mesma região ou a determinado grupo étnico, seja por consumirem determinado produto impróprio - que o interesse deve ser vislumbrado sob perspectiva diversa da seara individual (esta conectada ao fator subjetivo). Há, inequivocamente, diferença da natureza do direito que se pretende tutelar na seara metaindividual.

³¹ Clássico exemplo utilizado por Liebman (1983, p. 154-155) de impossibilidade jurídica do pedido é o de divórcio nos países que inadmitem tal possibilidade.

³² Artigo 267, VI, do CPC 1973.

Evidentemente que a clássica decodificação do interesse processual no binômio *necessidade x possibilidade* perde coerência, pois, segundo Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 410):

[...] no processo coletivo se obrigam, de um lado, interesses (absoluta ou relativamente) indivisíveis e, de outro, sujeitos (absoluta ou relativamente) indeterminados, e assim, o que configuraria o interesse processual, numa lide intersubjetiva, pode não ter exata correspondência e aplicação no campo dos megaconflitos que afluem à jurisdição coletiva.

Ressalte-se, por oportuno, que o interesse de agir não se confunde com a legitimidade, muito embora os institutos estejam absolutamente associados entre si, especialmente a partir da redação descrita no artigo 17 do Código de Processo Civil de 2015.

Inspirado nas ideias de Kelsen, a partir das modificações conceituais vinculados ao direito material, Luiz Fernando Bellinetti (2000, p. 129) preconiza:

Assim, no âmbito do direito material, a titularidade passa a ser apenas a vinculação do sujeito (ativo ou passivo) ao ordenamento; a legitimidade passa a significar o poder conferido pelo ordenamento para influir na criação ou aplicação da norma (ativa) ou para sujeitar-se ao dever jurídico nela estatuído (passiva); o interesse passa a significar as vantagens e desvantagens que a criação ou aplicação da norma podem trazer ao titular do poder ou do dever; a capacidade passa a significar a aptidão conferida pelo ordenamento para o efetivo cumprimento pessoal do dever ou a para efetiva influência pessoal na criação ou aplicação da norma; a possibilidade física ou jurídica passa a ser não do objeto, mas do fato determinado pela norma; finalmente, a forma adequada deve ser vista como o conjunto de requisitos materiais ou extrínsecos que devem estar presentes para que a atividade dos indivíduos possa existir ou ter eficácia perante o ordenamento.

Com efeito, o interesse de agir nas ações transindividuais demanda, invariavelmente, uma nova percepção, no sentido de conferir amplitude ao instituto, mais conectado aos interesses sociais e voltados para a concessão de tutela justa, tempestiva e efetiva à coletividade, com esteio no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor: “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela” (BRASIL, 1990).

Ainda, dentro da temática interesse processual, exsurge outro instituto denominado “pertinência temática”. Não se olvida que alguns autores preferem tratar do tema inserido no contexto da legitimidade; contudo, denota-se, com a devida vênia, que melhor se compatibiliza com o interesse de agir, já que vinculado ao elemento subjetivo, ou seja, deve ser averiguado no caso concreto se há pertinência

com o objeto tutelado da ação coletiva. A rigor, assemelha-se ao próprio conceito de interesse processual. A legitimidade, ao contrário, é tratada de forma objetiva, uma vez que está previamente inserida no texto legal.

Firmada essa premissa, evidenciam-se que existem dois sistemas de controle da pertinência temática: a) *ope legis* em que a Lei determina previamente quais entidades podem conduzir o processo coletivo e; b) *ope iudice*³³ em que o controle se opera no decorrer da relação jurídica processual pelo magistrado, cuja função recai na verificação da relevância da atuação do ente legitimado com o objeto postulado à luz do caso concreto. Neste caso, se o juiz vislumbrar que a condição jurídica do legitimado revela-se precária para atuar na defesa de interesses alheios, por certo, inviabilizará sua permanência no polo ativo da ação.

No Brasil, prevalece a orientação doutrinária de que o controle seria *ope legis*, bastando que o representante do grupo seja um dos legitimados encartados no artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública ou 82 do Código de Defesa do Consumidor.

Nelson Nery Júnior (2004, p. 1427) preceitua que controle é feito *ope legis*, ou seja, apenas o legislador pode definir os requisitos necessários para as condições da ação coletiva.

Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 327) acresce que, quando a lei confere legitimidade ao Ministério Público, presume-lhe o interesse de agir, pois a instituição está identificada por princípio como defensora dos interesses indisponíveis da sociedade como um todo.

Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 515-516) assevera que:

O perfil constitucional do Ministério Público, como instituição vocacionada para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, revela que, na defesa dos interesses massificados, este atua legitimado por um princípio constitucional, que constitui o *princípio da presunção constitucional de legitimidade pela afirmação do direito*. Basta que haja afirmação de direito difuso, coletivo ou individuais homogêneos, para que esteja legitimado o Ministério Público para agir, seja no campo jurisdicional seja no extrajurisdicional. É o que se extrai dos arts. 127, caput, e 129, II, III e IX, da CF/1988.

Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Jr. (1984, p. 35), ao citarem Francesco Carnelutti, destacam:

³³No sistema das *class actions* estadunidense a aferição da representação adequada é feita pelo juiz, para garantir um processo que efetivamente tutele os interesses coletivos.

No que pertine ao Ministério Público, entende o mestre que o interesse processual deriva do poder (legitimidade) que o legislador lhe outorgou para o exercício da ação civil. Em outras palavras, o interesse está pressuposto (*in re ipsa*) na própria outorga da legitimação; foi ele identificado previamente pelo legislador, o qual, por isso mesmo, conferiu a legitimação.

Em que pese tais orientações, vislumbra-se a possibilidade do magistrado averiguar, à luz da casuística, se há representatividade adequada pelo ente legitimado. Poder-se ia argumentar, em contrapartida, indevida ingerência judicial na escolha prévia e democrática do legislador. O argumento, todavia, padece de coerência, na medida em que o Poder Judiciário busca, tão somente, averiguar as reais condições e intenções do órgão proponente da demanda, exatamente para aferir se os interesses metaindividuais pertencentes a terceiros estarão, no plano jurídico, bem representados.

Calha anotar, nessa linha de raciocínio, que o *status* de legitimado, ofertado pelo legislador à determinada entidade, não lhe confere atuação indiscriminada na tutela coletiva, sendo importante reforçar a necessidade de averiguação de sua finalidade com o objeto do direito material defendido. Sustenta-se, portanto, que a legitimidade ativa acarreta apenas presunção relativa da representatividade adequada, jamais a presunção absoluta, sob pena de subverter a essência do instituto.

Oportuno observar os ensinamentos de Antônio Giddi (2007, p. 134):

Apesar de não estar expressamente previsto em lei, o juiz brasileiro não somente pode, como tem o dever de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo. Se o juiz detectar a eventual inadequação do representante, em qualquer momento do processo, deverá proporcionar prazo e oportunidade para que autor inadequado seja substituído por outro adequado. Caso contrário, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito. Se o juiz, inadvertidamente, atingir o mérito da causa, a sentença coletiva não fará coisa julgada material e a mesma ação coletiva poderá ser proposta por qualquer legitimado. Esta proposta, porém, não é de *lege ferenda*, mas de *lege data*. Ou seja, é independente de reforma legislativa. Basta um juiz competente e interessado.

Enfatiza-se que os projetos legislativos em trâmite no Congresso Nacional que versam sobre a tutela coletiva privilegiam o sistema *opi iudice*, possibilitando o controle de representatividade pelo magistrado. Há, de fato, certa tendência judicial³⁴ nesse sentido, notadamente quanto ao papel desempenhado pelas associações.

³⁴A matéria foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 573.23245, em que foi reconhecida a sua repercussão geral, tendo sido firmadas duas teses, quais sejam: "O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos

Nesse aspecto, tem-se o exemplo da Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal ao postular benefício tanto aos auditores filiados quanto aos que, porventura, venham a se associar no decorrer do processo. Contudo o Superior Tribunal de Justiça³⁵ entendeu que se faz necessária a autorização prévia e expressa dos associados, com a respectiva listagem desde a propositura da ação, sob pena de ilegitimidade (BRASIL, 2016).

De igual sorte, o Superior Tribunal de Justiça³⁶, nos casos em que não verifica o relevante interesse social, não tem reconhecido a legitimidade do Ministério Público (BRASIL, 2014):

Por se tratar de interesse individual disponível e não caracterizada a relação como consumerista, carece o Ministério Público de legitimidade para ajuizar ação civil pública com o intuito de assegurar a aplicação do regime estatutário a inativos e pensionistas originários do regime celetista. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

Em contrapartida, inadmitindo o requisito da pertinência temática ao Ministério Público, alerta Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 307):

Só não tem sentido exigir pertinência temática do Ministério Público, da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal. Em vista de sua vocação para a defesa de interesses públicos e interesses coletivos lato sensu, presumem-se possam, em tese, defender interesses transindividuais de qualquer natureza.

Na prática, denota-se que o sistema coletivo brasileiro adota um sistema misto porque, num primeiro momento, avalia-se a prévia autorização legal e, em seguida, a pertinência temática.

Com a costumeira propriedade, Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2015, p. 88-89) destacam:

Anote-se, contudo, que, embora implicitamente, e sem deferir ao julgador o mesmo grau de liberdade que os magistrados norte-americanos possuem para aferir o caso a caso, nosso legislador preocupou-se, de certo modo, com a *representatividade adequada* dos autores, pelas seguintes razões:
1) apenas os entes previstos na lei – e não qualquer pessoa ou entidade – estão legitimados à propositura das ações civis públicas, que não deixa de consistir um filtro a eliminar, de antemão, aqueles que não teriam condições

associados” e “As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial”

³⁵Superior Tribunal de Justiça. Acórdão REsp1.468.734/SP, Segunda Turma. Relator: Min. Humberto Martins, j. 01.03.2016.

³⁶ Resp. 739.742/PB

técnicas, econômicas ou mesmo liberdade para litigar na defesa dos complexos interesses supraindividuais, e atuar com desenvoltura em face de legitimados com grande poder político e/ou econômico;

2) em relação às associações, impuseram-se uma série de requisitos:

a) elas devem estar *legalmente constituídas* (requisito da constituição legal) – o que afasta a legitimidade das entidades informais, sem personalidade jurídica, e que, por tais razões, costumam ser econômica e tecnicamente precárias;

b) devem existir há pelo menos um ano antes da propositura da ação (requisito da pré-constituição) – o que, de certo modo, garante um mínimo de experiência da entidade, e combate a criação de instituições oportunistas, ou seja, aquelas constituídas com o único propósito de ajuizar uma determinada ação civil pública; e

c) devem ter em seus fins institucionais a defesa dos mesmos tipos de interesses objeto da ação (requisito da pertinência temática), visando-se a garantir um mínimo de idoneidade e familiaridade com o interesse a ser protegido em juízo (art. 5.º, V, a e b, da LACP; art. 82, IV, do CDC);

d) nas ações em face da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, e suas autarquias e fundações, deve haver expressa autorização da assembleia dos associados, e a petição inicial deve vir acompanhada da respectiva ata, bem como da relação nominal dos associados e indicação dos respectivos endereços (Lei 9.494/1997, art. 2.º-A, parágrafo único).

Essas são, em linhas gerais, algumas premissas sobre o interesse processual nas ações coletivas. A legitimidade de agir, por sua vez, constitui pressuposto de validade conectado às partes e pode ser definida como a aptidão para conduzir o pólo ativo ou passivo do processo.

Nesse prisma, a legitimidade ordinária ocorre quando há identidade entre o titular do direito material lesado e o titular do direito processual, isto é, determinado sujeito ingressa em juízo para pleitear algum direito pertencente a si próprio. A legitimidade extraordinária³⁷, por sua vez, caracteriza-se por um terceiro defender, em juízo, direito alheio, não se identificando a atuação judicial com a titularidade do direito material. Grande parte da doutrina a considera como sinônimo da substituição processual³⁸.

Calha repetir, uma vez mais, que existem diversas posições a respeito da natureza jurídica da legitimidade ativa no processo coletivo. Como se percebe, o instituto da legitimidade, quando estudado no âmbito individual, não acarreta maiores reflexões; contrariamente, na esfera transindividual há inúmeras controvérsias³⁹.

³⁷Artigo 18 do CPC: Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico

³⁸Minoritariamente, há posição no sentido de que a substituição processual seria espécie da legitimidade extraordinária e ocorre quando este propõe a demanda isoladamente, sem litisconsórcio.

³⁹É amplamente majoritário o entendimento judicial de que a legitimação nas ações coletivas é extraordinária.

Nesse sentido, a primeira orientação defende que a legitimidade decorrente dos interesses metaindividuais seria ordinária, tendo em vista que entes legitimados atuariam na defesa de suas finalidades institucionais, como titulares do direito alegado. Assim, em razão do objeto ser indivisível, sem pertencer a um sujeito individualizado, inexistente substituição processual condicionada à divisibilidade e identificação do sujeito beneficiado. São adeptos Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 124-125) e Ada Pellegrini Grinover (1990, p. 101).

Entendendo tratar-se de legitimação ordinária, ainda que sob diversa ótica, Luiz Fernando Bellinetti (2000, p. 127-130), perfilhado no entendimento de que a legitimidade decorre da Lei, aduz que os conceitos de legitimidade e titularidade devem ser vistos sob outra perspectiva. Afinal, como o ordenamento impõe um dever jurídico de respeito a determinado grupo, categoria ou classe de pessoas, titular é aquele que pode exigir o cumprimento desse dever, sendo que a legitimidade não deriva de uma vinculação entre os sujeitos, mas do próprio ordenamento. E complementa que, no âmbito do direito material, os legitimados são vinculados às normas, o que autoriza a afirmar que nas ações coletivas não há que se falar em legitimidade extraordinária ou substituição processual porque estes são termos relativos à concepção individualista da relação jurídica. Daí a razão de se acreditar, nessa linha argumentativa, que a legitimidade será sempre ordinária na defesa dos interesses coletivos. Essa posição, a que tudo indica, melhor explica o fenômeno da legitimidade na esfera transindividual.

Nessa seara, também aderindo à corrente de legitimidade ordinária, Marcelo Paulo Maggio (2008, p. 149) esclarece que a idoneidade da legitimidade afirmada não é aferida em cada caso concreto, mas decorre da Lei. E acrescenta que a qualidade ordinária da legitimidade se motiva, como regra, na compreensão inferida da Constituição e das Leis de que as entidades legitimadas, diante da sua própria natureza, reúnem condições e são aptas a agir na defesa dos interesses difusos.

A segunda orientação, por sua vez, afirma tratar-se de legitimação extraordinária, na medida em que os legitimados ingressam em juízo, previamente autorizados por lei, para satisfazer o interesse de indivíduos, pertencentes a grupo, categoria ou classe de pessoas indeterminados, determinados ou determináveis, de acordo com o interesse tutelado (difuso, coletivo ou individual homogêneo). É a posição de Teori Albino Zavascki (2017, p. 70), Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 67), Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2008, p. 213).

A terceira posição é defendida por Ricardo de Barros Leonel (2002, p. 159) e Nelson Nery Júnior⁴⁰ (2014, p. 230-231) no sentido de considerarem legitimidade autônoma para a condução do processo coletivo:

A figura da substituição processual pertence exclusivamente ao direito singular, e, no âmbito processual, ao direito processual civil individual. Só tem sentido falar-se em substituição processual diante da discussão sobre um direito subjetivo (singular), objeto da substituição: o substituto substitui pessoa determinada, defendendo em seu nome o direito alheio do substituído. Os direitos difusos e coletivos não podem ser regidos pelo mesmo sistema, justamente porque têm como característica a não individualidade. Não se pode substituir coletividade ou pessoas indeterminadas. O fenômeno é outro, próprio do direito processual coletivo. Por essa legitimação autônoma para condução do processo, o legislador, independentemente do conteúdo do direito material a ser discutido em juízo, legitima pessoa, órgão ou entidade a conduzir o processo judicial no qual se pretende proteger o direito difuso ou coletivo.

Por fim, identifica-se a quarta orientação, perfilhada por Luiz Manoel Gomes Júnior (2008, p. 84-85), tratando-se de legitimação coletiva, em razão da dissociação completa do processo tradicional. E acresce que essa legitimidade permite a tutela jurisdicional daquele ente definido pela norma em relação aos interesses coletivos lato sensu (difusos, coletivos) e individuais homogêneos, ainda que haja coincidência entre os interesses próprios de quem atua com os privilegiados pela decisão judicial.

A despeito das diversas posições, prepondera na doutrina a segunda orientação, no sentido de conferir à legitimação coletiva o status de extraordinária.

Nessa medida, é certo que os diversos posicionamentos, a respeito da legitimidade nas ações coletivas, demonstram, inevitavelmente, a importância dos institutos que permeiam a tutela transindividual. Exige-se, portanto, a imediata reflexão sobre a necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional de um Código de Processo Coletivo com o fim de padronizar o instituto.

Denota-se, noutro vértice, que a legitimação coletiva caracteriza-se por ser concorrente e disjuntiva. Isso significa que, preenchidos os requisitos legais, todos aqueles legitimados pela norma (rol exaustivo) podem atuar em juízo, de forma conglobada, em litisconsórcio, ou mesmo isoladamente.

⁴⁰O autor defende que em se tratando de interesse individual homogêneo haveria legitimação extraordinária, reservando a legitimação autônoma para os interesses difusos e coletivos stricto sensu.

A propósito, as principais referências normativas sobre a legitimação para agir⁴¹ nas ações civis públicas podem ser extraídas do artigo 5º da LACP, artigo 82 do CDC e artigo 129, III da CF.

Segundo o artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública (BRASIL, 1985):

Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I – o Ministério Público;

II – a Defensoria Pública;

III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V – a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Por seu turno, o artigo 82 do CDC dispõe:

Para os fins do art. 81, parágrafo único,²⁷ são legitimados concorrentemente:

I – o Ministério Público,

II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

E a Constituição Federal, por intermédio do artigo 129, III, assim trata o tema (BRASIL, 1988):

São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Dito isso, passa-se à análise segregada dos legitimados. E, nesse compasso, a primeira instituição escolhida pelo legislador para promover a defesa dos interesses metaindividuais é o Ministério Público.

A atuação do Ministério Público na proteção dos interesses coletivos, justificada pelo tratamento constitucional conferido aos seus membros por meio das funções que lhes foram determinadas no artigo 127 da Magna Carta, soa tão relevante que a esmagadora maioria das ações coletivas propostas no Brasil o tem

⁴¹A legitimidade ativa e passiva para ação de improbidade administrativa será oportunamente tratada, especificamente no capítulo seguinte, quando serão avaliadas as nuances da Lei 8.429/92.

como autor⁴². Essa constatação, por certo, não tem o escopo de menosprezar os demais legitimados, mas, tão somente, evidenciar a responsabilidade do Promotor de Justiça em atuar de forma coerente, séria e combativa em matéria coletiva, exatamente para cumprir os anseios gizados pela Constituição Federal.

Há de convir, contudo, que nem sempre o Ministério Público encontrou um cenário propício para a defesa dos bens jurídicos transindividuais. Isso porque, à época da edição da Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública), a legitimidade do Ministério Público foi objetada por alguns doutrinadores, tendo como fato motivador a atuação inexpressiva de seus membros⁴³ o que, evidentemente, causou descrédito no meio jurídico.

Nesse viés, Mauro Cappelletti, por exemplo, na condição de co-responsável pelo surgimento da tutela coletiva no país, posicionava-se contrariamente à legitimidade ministerial, influenciado pela experiência do Ministério Público italiano, que era ligado ao poder judiciário⁴⁴.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, p. 219) justifica a resistência observada à época:

- a) O Ministério Público é instituição naturalmente voltada à persecução de delitos tradicionais, comuns, mostrando pouca vocação persecutória quando se trata de delito de natureza econômica ou coletiva;
- b) O Ministério Público, estrutural e funcionalmente está demasiadamente conexo ou subjacente à estrutura do poder estatal, para que dele se pudesse esperar a necessária autonomia e a combatividade desejável, quando de trate de tutela aos interesses supraindividuais;
- c) ao Ministério Público falta aparelhamento e infraestrutura indispensáveis à tutela desses interesses especiais.

Evidentemente que, após a Constituição Federal de 1988, o legislador traçou um novo perfil ao Ministério Público, absolutamente voltado à concretização de macro valores sociais e destinado a defender os interesses coletivos e individuais indisponíveis.

Nesse compasso, forçoso reconhecer a grande transformação do Ministério Público, desvinculando-se da estrutura do poder executivo para caracterizar-se como instituição independente e autônoma, com o dever-poder de gravitar pelos

⁴²Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 327) acresce que, em termos gerais, fica tão evidente que o Ministério Público é hoje o tutor natural dos interesses transindividuais.

⁴³Substancialmente voltada a defesa na área criminal.

⁴⁴Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 323) esclarece que tais críticas eram totalmente inadequadas para o Ministério Público brasileiro, ainda que pudessem ser aceitáveis para o Ministério Público italiano, de modesta atuação no processo civil.

órgãos e poderes do Estado, sempre com o desiderato de coibir ilicitudes e cumprir o seu papel constitucional.

Nada mais exato. O artigo 127 da Constituição Federal, como norma diretiva suprema, enfatiza que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Assim, os principais diplomas legais que disciplinam a legitimidade do Ministério Público na defesa transindividual são a Constituição Federal (art. 129, III), a Lei de Ação Civil Pública (art. 5º, I) e o Código de Defesa do Consumidor (art. 82, I). Essas normas delimitam um campo aberto de atuação dos Promotores Justiça, com o fim de maximizar a tutela coletiva, tanto que conferem, invariavelmente, proteção a qualquer interesse difuso, coletivo e individual homogêneo.

De igual sorte, existem inúmeras outras Leis que legitimam o Ministério Público a defender tais interesses, entretanto, contemplam hipóteses mais específicas de incidência, como o meio ambiente (Lei 6.938/81, art. 14, 1º), as pessoas portadoras de necessidades especiais (Lei 7.391/1989, art. 3º), as crianças e adolescentes (Lei 8.069/90, art. 210, I), os consumidores (Lei 8.078/90, art. 82, I), a probidade administrativa (Lei 8.429/92, art. 17, I), os idosos (Lei 10.741/2003, art. 74, I), dentre outros.

Nesse contexto, a legitimidade de agir do Ministério Público é ampla e irrestrita quanto aos interesses difusos⁴⁵. De fato, o constituinte idealizou a instituição com a finalidade precípua de exercer a máxima tutela dos interesses coletivos, valendo-se de todos os meios lícitos e determinados em Lei para atingir tal finalidade. Pode-se, inclusive, defender o raciocínio quanto aos interesses coletivos *stricto sensu*.

No que pertine aos interesses individuais homogêneos, incontestável que o Ministério Público tem o poder-dever de agir, contudo, a controvérsia recai sobre os reais limites dessa atuação. Assim, cabe averiguar se qualquer interesse individual homogêneo legitima a tutela ministerial ou, ao contrário, se existe limitação de ordem legal.

Observe-se, de início, que os interesses individuais homogêneos foram expressamente consignados pelo legislador apenas com o advento do Código de

⁴⁵Veda-se, por óbvio que o Ministério Público a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (CF, art. 129, IX)

Defesa do Consumidor, por intermédio do artigo 81, III⁴⁶. A partir daí, os microssistemas de tutela coletiva acoplaram o instituto, dando-lhe a eficácia necessária.

É preciso deixar claro, contudo, que acomete ao Promotor de Justiça a plena defesa dos interesses individuais homogêneos, se indisponíveis. A Constituição Federal, por meio do artigo 127, traz previsão expressa nesse sentido.

Assim, a divergência recai, inevitavelmente, sob o interesse individual homogêneo disponível. E, nesse aspecto, evidencia-se que o direito é disponível quando a parte pode dele dispor, de acordo com a sua autonomia da vontade, podendo exercer ou abdicar, mas sempre conectado a sua decisão.

Já a indisponibilidade, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2004, p. 142), ocorre quando o titular não puder decidir, por si só, se deve, ou não, adotar as providências necessárias para sua defesa, e isso porque, queira ou não, haverá outra pessoa ou órgão a quem a ordem jurídica confere legitimação para fazê-lo ou tiver a qualificação de transindividual, porque, sendo indivisível, não há como identificar a dimensão jurídica parcial pertencente a cada integrante do grupo, tornando-se, pois, irrelevante a vontade individual.

Nessa ordem, destaque-se que existem duas orientações a respeito da tutela de interesse individual homogêneo disponível pelo Ministério Público.

A primeira, de natureza ampliativa, admite a atuação incondicional do Promotor de Justiça, notadamente porque o legislador teria conferido ao órgão legitimidade ilimitada para a defesa coletiva, não sendo viável que o intérprete reduza o alcance finalístico da norma (Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, 2017). É a inteligência dos artigos 81 e 82 do CDC, 21 da LACP e 25, IV, “a” da Lei 8.625/93. Ademais, a Constituição Federal teria admitido, tanto no artigo 129, IX (o exercício de outras funções compatíveis com a finalidade institucional), quanto no artigo 129 III (incumbidos na expressão “outros interesses coletivos”).

Não parece adequada essa interpretação, porque, se assim fosse, violaria o próprio fundamento constitucional, cujas atribuições são voltadas à consecução de fins exclusivamente sociais. Por conseguinte, todo método interpretativo deve ser compatibilizado com: supremacia da Constituição; interpretação conforme a

⁴⁶Portanto, a Constituição Federal não fez referência aos interesses individuais homogêneos, uma vez que promulgada anteriormente ao CDC.

Constituição; consagração dos princípios da unidade, da razoabilidade e da efetividade das normas constitucionais.

A outra orientação, mais restritiva, defende que o Ministério Público tem legitimidade apenas se o interesse individual homogêneo expressar alguma relevância social. E o fundamento para tal conclusão é justamente o artigo 127 da Constituição Federal, que deve espraiar efeitos para todo o ordenamento jurídico (Ada Pelegrine Grinover, 2017).

De fato, esse parece o entendimento que mais se coaduna com o perfil constitucional do Ministério Público. Com efeito, permitir que o Promotor de Justiça atue em qualquer interesse individual homogêneo seria banalizar o tratamento e a importância constitucional que lhe foi atribuído, além de subverter a finalidade de sua atuação.

Nesse sentido, conforme se verá abaixo, a jurisprudência, essencialmente dos Tribunais Superiores, adota a posição restritiva, admitindo a legitimação ministerial na defesa dos interesses individuais indisponíveis, desde que haja relevância social.

O Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2013) decidiu: “O Ministério Público possui legitimidade para propor ação civil coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos de relevante caráter social, ainda que o objeto da demanda seja referente a direitos disponíveis”.

Interessante notar que o Superior Tribunal de Justiça chegou a elaborar a Súmula 470 (BRASIL, 2015) com o seguinte teor: “O Ministério Público não tem legitimidade para pleitear, em ação civil pública, a indenização decorrente do DPVAT em benefício do segurado”.

Ocorre que, diante de entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE nº 631.111/GO), que reconheceu a existência de interesse social qualificado e, em consequência, autorizando o Ministério Público a atuar, com base na persecução das finalidades institucionais previstas nos artigos 127 e seguintes da CF/88, houve o cancelamento da Súmula 470, pelo STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 858.056/GO (BRASIL, 2015).

Compreende-se, portanto, que o Ministério Público deve buscar a reparação da violação aos interesses indisponíveis (art. 127, CF). Na hipótese de se identificar interesses disponíveis, em regra, ilegítima é a sua ação, a não ser que se evidencie interesse social relevante.

É imperioso destacar que a legitimidade do Ministério Público concretiza-se para: a) propor a respectiva ação civil pública; b) realizar acordo de não persecução para salvaguardar interesses transindividuais ou; c) intervir como custos legis nos processos coletivos⁴⁷.

Nesse cenário, é indubitável que o Ministério Público, quando não propor a ação civil pública, deve intervir na demanda coletiva, atuando como verdadeiro fiscal dos interesses metaindividuais. De igual sorte, na hipótese de outro legitimado confeccionar o acordo de não persecução cível, o Promotor de Justiça deve se manifestar, para anuí-lo ou não, com o intuito de velar pelo interesse público indisponível, de jure constitucional.

Outro legitimado para a propositura de ações coletivas é a Defensoria Pública, a quem o artigo 134 da Constituição Federal conferiu status de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV da Constituição Federal.

Note-se que além da previsão constitucional, a Lei Complementar 80/1994 estabelece normas gerais em prol da Defensoria Pública. Nessa ordem, cabe à Defensoria Pública, tipicamente, exercer a tutela do necessitado econômico e, de forma atípica, proteger a parte hipossuficiente no plano jurídico, como se denota, por exemplo, na curadoria especial.

Observe-se, por oportuno, que a Lei de Ação Civil Pública, em seu artigo 5º, II (com redação acrescida pela Lei 11.448/2007), incluiu o órgão entre os legitimados a propor a correspondente ação civil pública. De igual sorte, o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 82, III, autoriza o manejo da ação judicial para a defesa dos direitos e interesses do consumidor, ainda que despersonalizados.

Merece reflexão se a Defensoria Pública pode agir na defesa de qualquer interesse transindividual ou, diante da interpretação restritiva encartada no CDC, se ficaria adstrita aos limites encartados nesse diploma.

Evidente que a interpretação extremamente restritiva seria contrária à ordem constitucional e, substancialmente, ao microssistema de tutela coletiva. Assim é que

⁴⁷Preceitua o artigo 5, § 1º da LACP: “O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei”.

o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 3943/DF, enfrentou a questão para admitir a legitimidade da Defensoria Pública na defesa de interesses transindividuais, de quaisquer espécies.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI N. 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRICTO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.(BRASIL, 2010).

Deve-se reconhecer, dessa forma, que a interpretação extensiva quanto à legitimidade da Defensoria Pública no trato de interesses metaindividuais mais se coaduna com as diretrizes constitucionais. Por certo, cabe ao julgador aferir se os titulares dos bens jurídicos ofendidos são, de fato, hipossuficientes (Lei Complementar 80/94, art. 4º, VII e VIII).

Noutro giro, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal também possuem legitimidade para a propositura de ação civil pública destinada a tutelar interesses transindividuais. A referência normativa é extraída do artigo 5º, III, da Lei de Ação Civil Pública, assim como do artigo 82, II, do Código de Defesa do Consumidor.

Exige-se que os entes da Administração Direta tenham vínculo de causa e efeito com o objeto levada a juízo. Nessa linha de raciocínio, inadmite-se que o Município ajuíze ação civil pública fora dos limites territoriais de sua circunscrição ou o Estado acione o Poder Judiciário pela lesão de bens jurídicos que não estão afetos aos seus cidadãos.

Noutro aspecto, incluem-se no rol de legitimados os entes da Administração Pública Indireta, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista, a teor do artigo 5ª, IV, da Lei de Ação Civil Pública e artigo 82, III, do Código de Defesa do Consumidor, impondo-lhes que a defesa postulada em juízo esteja absolutamente conectada com a sua finalidade legislativa.

Relevante abordar, nessa ordem, que o diploma consumerista inovou ao prever que os órgãos sem personalidade jurídica também teriam respaldo legal para propor a ação civil pública. A rigor, o fundamento existencial da regra almejava, tão somente, contemplar o Procon. Com o transcurso do tempo, todavia, os Estados foram dotando os Procons de personalidade jurídica, com autonomia e independência, o que praticamente esvaziou o conteúdo normativo.

Por fim, o legislador legitimou as associações para a defesa dos interesses transindividuais, consoante artigo 5º, V da Lei de Ação Civil Pública e artigo 82, IV do Código de Defesa do Consumidor. E, segundo a disposição contida nas alíneas “a” e “b”, do inciso V, artigo 5º da LACP e o próprio inciso IV, exige-se a presença dos seguintes requisitos cumulativos: i) que a associação esteja constituída há pelo menos um ano e; ii) que a finalidade institucional esteja conectada com o objeto tutelado (pertinência temática).

Assim, evidencia-se a necessidade de registro em cartório pelo período mínimo de um ano⁴⁸, assim como, a adequação do pedido aos seus objetivos. Almeja-se, portanto, evitar a propositura de ações temerárias, que estejam fadadas ao insucesso e, por consequência, prejudiquem o direito material dos beneficiados.

Desse modo, o legislador estatuiu, taxativamente, os legitimados para a propositura das ações coletivas, ao passo que a defesa da probidade administrativa, por seu turno, ficará a cargo apenas do Ministério Público, consoante se abordará a seguir.

⁴⁸ De acordo como o artigo 82, § 1º do CDC, o requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido

3 PROTEÇÃO DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

O presente capítulo trata da proteção da probidade administrativa no âmbito constitucional e infraconstitucional. Logo de início, estabelece-se o paralelo entre a referida tutela e o direito fundamental difuso, materializado pela Constituição Federal. A partir dessa premissa, analisa-se de forma pormenorizada a guarida constitucional concedida à probidade na Administração Pública, especialmente com a concretização dos princípios constitucionais elencados no artigo 37, caput, da CF. Examinam-se, ainda, os principais referenciais normativos infraconstitucionais que tratam do tema, para, doravante, apresentar os mais relevantes aspectos dos atos de improbidade administrativa sob a perspectiva da Lei 8.429/92, em especial, após a significativa alteração de postulados fundamentais, de ordem qualitativa e quantitativa, promovida pela Lei 14.230/21.

3.1 A PROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO INTERESSE DIFUSO

O Estado Democrático de Direito, expressamente consagrado na Constituição Federal de 1988, foi substancialmente renegado no período da ditadura militar, em decorrência da supressão de direitos fundamentais, para garantir o exercício arbitrário de poder por grupos militares que assumiram o aparato estatal. Com as negociações entre os diferentes grupos políticos, para pavimentar a reconstrução democrática no final dos anos oitenta, institui-se um processo de exercício do poder constituinte originário que estabelece diretrizes para a fruição dos bens jurídicos fundamentais ao homem, promovendo a retomada dos instrumentos de Estado voltados à promoção do ser humano por meio da democracia.

Para sanar qualquer dúvida que porventura surgisse sobre o assunto, o constituinte tratou de inserir no artigo 1º que “a República Federativa do Brasil, [...], constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos à soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais e da livre iniciativa” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, Daniel Sarmiento (2009, p. 95-133) esclarece que a Assembleia Constituinte de 1987/1988, que coroou o processo de redemocratização do país, quis romper com esse estado de coisas e promulgou uma constituição contendo um amplo e generoso elenco de direitos fundamentais de diversas

dimensões – direitos individuais, políticos, sociais e difusos – aos quais conferiu aplicabilidade imediata (art. 5º, parágrafo 1º) e proteção diante do próprio poder de reforma (art. 60, § 4º, IV).

Exatamente nesse contexto, o constituinte não somente limitou o exercício do poder estatal, mediante o dever de respeito aos direitos individuais e coletivos, mas também exigiu que o próprio Estado implementasse políticas públicas destinadas a efetivar e garantir os direitos básicos e essenciais do cidadão, que são inerentes a todo ser humano.

E, para proteger os bens jurídicos fundamentais do cidadão, atribui-se aos agentes públicos e políticos, como detentores de representação estatal, a obrigação de atuar conforme os princípios e regras previstas na Constituição Federal, impondo aos violadores do regime jurídico-administrativo a responsabilização de seus atos.

Nessa ordem de ponderação, é fato que o Estado Democrático de Direito não pode prescindir de uma Constituição. E mais, sem a redemocratização e constitucionalização do país, em que se materializam valores fundamentais, revela-se improvável a efetiva tutela dos bens jurídicos essenciais à vida digna, todos de jaez constitucional.

Tanto é que Sérgio Alves Gomes (2011, p. 284) assevera que o Estado Democrático de Direito é o Estado comprometido com os valores da democracia, entre os quais o valor maior é o da dignidade da pessoa humana. É, em respeito a este, que os demais valores – vida, liberdade, igualdade, segurança, justiça, propriedade, desenvolvimento, justiça – devem ser assegurados.

Não se olvida que o Estado conspurcado pela corrupção pública, com o vilipêndio dos cofres estatais pela atuação ilícita de agentes públicos, em razão da nefasta prática ímproba, não consegue cumprir o mandamento constitucional de realizar as prestações públicas fundamentais (CF, art. 1º).

Nesse ponto, observe-se que o comportamento transgressor do agente do Estado, que malversa as verbas públicas, infringe os princípios da boa administração e compromete, inegavelmente, a destinação de valores para a saúde, educação, segurança, meio ambiente e tantos outros pontos fundamentais.

Com propriedade, assevera Renato de Lima Castro (2018, p. 381):

[...] o cidadão brasileiro, verdadeiro titular do poder (povo), participa, no mais das vezes, deste complexo sistema de generalizada corrupção. Grandes empresas pagam propina para agentes políticos (corruptos), para

custearem milionárias eleições (gastos, todavia, não contabilizados pela Justiça Eleitoral). Em contrapartida, esses políticos favorecem os agentes corruptores (empresas/empresários), superfaturando obras públicas, direcionando licitações, o que demanda a formação de estruturadas organizações criminosas, que mantêm intacto e perene o sistema de corrupção eleitoral, com seus atores perpetuando-se no poder. A Lava Jato, Publicano, e tantas outras operações, são exemplos desta triste realidade.

Assim, existe no Brasil uma forma de governo em que o povo, legítimo titular do poder, outorga aos seus representantes o dever de gerir a coisa pública com absoluto respeito aos ditames constitucionais e legais.

Dessa forma, inexistente dúvida de que o regime constitucional da probidade na Administração Pública espalha efeitos a todo o ordenamento jurídico-administrativo, conferindo ao intérprete importante vetor que deve conduzir qualquer técnica interpretativa. Busca-se concretizar o princípio da unidade constitucional, em que as normas da Constituição Federal se integram e completam reciprocamente, compondo um todo. Com esse quadro de ideias, qualquer interpretação que busque deturpar a proteção constitucional da probidade administrativa é, por força da racionalidade, reconhecida como falaciosa e inconstitucional.

Atento à necessidade de albergar este regime de proteção, o legislador infraconstitucional estabeleceu um microsistema de combate à corrupção e, conseqüentemente, de tutela à probidade da Administração Pública, formado pela Lei de Ação Popular (4.717/1965), Lei de Improbidade Administrativa (8.429/92), Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) e Lei de Organização Criminosa (12.850/13)⁴⁹.

No ambiente constitucional, constitui causa de suspensão dos direitos políticos a prática de atos de improbidade administrativa (CF, art. 15, V), sendo relevante destacar que esta sanção, conectada com a supressão de um direito democrático e fundamental, somente deve ser prevista e aplicada aos casos efetivamente graves, o que reforça o rígido tratamento constitucional em face do agente público desonesto, imoral e desleal.

De igual sorte, considera-se crime de responsabilidade, praticado pelo Presidente da República e/ou pelos Ministros de Estado, quaisquer atos que atentem contra a probidade na administração pública (CF, art. 85, V).

⁴⁹ A proteção infraconstitucional da probidade administrativa será tratada mais adiante, ainda nesse capítulo.

Com efeito, conceituar a probidade administrativa não parece ser tarefa simples. A palavra probidade origina-se do latim *probitas*, do radical *probus*, e traduz a ideia de honestidade e competência no exercício de uma função social.

Fábio Medina Osório (1998, p. 2) preceitua:

[...] a improbidade decorre da quebra do dever de probidade administrativa, que descende, diretamente, do princípio da moralidade administrativa, traduzindo os deveres fundamentais aos agentes públicos: honestidade e eficiência funcional mínima. Daí decorre a ideia de que a improbidade revela a violação aos deveres de honestidade *lato sensu* e eficiência profissional em sentido amplo.

José Afonso da Silva (2014, p. 678), por sua vez, referindo-se a Marcello Caetano, afirma que a probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções sem aproveitar os poderes ou facilidade delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.

Há, portanto, nítida associação da improbidade administrativa com o princípio da moralidade, deixando de conter uma conceituação mais ampla, o que, por certo, restringe indevidamente o mandamento constitucional gizado no artigo 37 da Constituição Federal.

Anote-se que Maria Sylvia Di Pietro (2009, p. 805), perfilhada nesse entendimento, reforça que a “lesão à moralidade administrativa é apenas uma das inúmeras hipóteses de atos de improbidade previstos em lei”.

Na mesma sintonia, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017, p. 104-110):

[...] em face da própria técnica legislativa adotada, que considerou ato de improbidade a mera violação aos princípios regentes da atividade estatal, devem ser buscadas novas perspectivas para a compreensão da probidade, considerada por muitos mera especificação do princípio da moralidade administrativa. Todos os atos dos agentes públicos devem observar a normatização existente, o que inclui toda a ordem de princípios, e não apenas o princípio da moralidade. Assim, quando muito, será possível dizer que a probidade absorve a moralidade, mas jamais terá a sua amplitude delimitada por esta. Não obstante o extenso rol de princípios, expressos e implícitos, que norteiam a atividade do agente público, os princípios da legalidade e moralidade são o alicerce quase que integral do princípio da probidade, o que deflui da observância das regras e princípios do próprio sistema.

É claro que se exige o dolo do agente no cometimento de atos de improbidade administrativa, inadmitindo-se a responsabilidade objetiva no Direito Administrativo Sancionador⁵⁰.

Dito isso, importante asseverar que a correta utilização da função pelo agente público, de quaisquer dos poderes da República Federativa do Brasil, constitui em direito fundamental do cidadão, positivado ao longo do texto constitucional por princípios e regras que compõem o rígido sistema de probidade na Administração Pública.

Nesse sentir, não parece haver dúvida de que a probidade administrativa deve ser considerada direito fundamental coletivo, materializada pelo agir hígido e probado do agente público.

É certo que a probidade administrativa deve compatibilizar-se com o Estado Democrático de Direito, notadamente com o severo combate à corrupção pública. Evidente que a prática de reiterados atos ímprobos inibe o investimento público em diversas áreas de notável relevância ao cidadão, inviabilizando a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Há, ainda, o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, em que os direitos e garantias, expressos nesta Constituição, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios, por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, o que permite afirmar que a probidade administrativa também está tutelada em diversos outros dispositivos constitucionais, como os artigos 37 “caput”, 37, § 4º, 127, 129, III.

Assim, o dever geral de probidade deriva diretamente dos princípios que a Constituição adota para a proteção da Administração Pública, constituindo, assim, um direito fundamental.

Na esteira dessas ponderações, Juarez Freitas (2009, p. 22):

[...] direito fundamental à boa Administração Pública, que pode ser assim compreendido: trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública

⁵⁰O STJ consolidou o entendimento pela necessidade do elemento subjetivo para a caracterização de ato de improbidade. Para a configuração da improbidade tipificada nos arts. 9º e 11 (enriquecimento ilícito e violação aos princípios da Administração Pública) exige-se dolo; enquanto que para o art. 10 (dano ao Erário) exige-se, ao menos, a culpa grave. A Lei 14.230/21, todavia, que alterou substancialmente diversos artigos da Lei 8.429/92, suprimiu a punição dos atos de improbidade administrativa por culpa grave, exigindo-se dolo específico.

observar, nas relações administrativas, a convergência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.

Note-se que os agentes do Estado têm a obrigação de atuar conforme as diretrizes constitucionais e legais de uma Administração Pública proba, íntegra, livre de comportamentos imorais, ilegais, pessoais e inefetivos.

Destaque-se, portanto, que o agir probo está absolutamente atrelado com os direitos fundamentais, sob duplo aspecto, uma vez que: i) a probidade insere-se, nitidamente, em direito fundamental transindividual; II) por meio do comportamento ímprobo dos agentes estatais, violam-se, por via indireta, outros direitos de fundamental importância, como a vida, saúde, educação etc.

Feitas essas considerações, fácil perceber que a probidade administrativa insere-se no campo do interesse difuso⁵¹. Assim, evidente que a Lei de Improbidade Administrativa, mediante a subsunção da conduta do agente público e/ou político ao tipo de injusto ímprobo e à correspondente sanção delineada no artigo 12, I, II e III visa, de forma inequívoca, resguardar o interesse difuso de uma Administração proba, mediante o respeito aos princípios e às regras constitucionais e legais.

Nesse sentido, Wallace Paiva Martins Junior (1996, p. 04) assevera que a repressão da improbidade administrativa é uma das formas de defesa do patrimônio público, visto que a gestão honesta é o mais puro exemplo da coisa pública.

Assim, sob a perspectiva constitucional, inegável a correlação entre a probidade administrativa e os interesses difusos, na medida em que: **i.** extrapolam a órbita individual; **ii.** seus sujeitos são indetermináveis, isto é, pertencentes a sociedade como um todo, sendo que não há relação jurídica catalisadora dos indivíduos afetados por esse interesse; **iii.** o objeto é indivisível, ou seja, a lesão ao patrimônio público afeta não somente o indivíduo mas toda a coletividade; **iv.** existe ligação meramente fática a unir os sujeitos pulverizados na sociedade, pois ostentam a condição de seres humanos.

Relevante anotar a lição de Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2015, p. 666):

Não é difícil perceber, pois, que a tutela da probidade administrativa, interesse jurídico titularizado por toda a sociedade, se insere na órbita dos interesses difusos, apresentando as suas características marcantes, quais sejam: a) a indeterminação dos sujeitos: a defesa da probidade administrativa não pertence a uma pessoa isolada, nem a um grupo

⁵¹As características do interesse difuso foram exaustivamente comentadas no capítulo anterior.

delimitado de pessoas, mas sim à coletividade como um todo; b) a indivisibilidade do objeto: o interesse no respeito à probidade administrativa é a um só tempo de todos e de cada qual; c) o fato de agregação dos sujeitos: os titulares do direito à probidade administrativa estão agregados em função de uma *situação de fato em comum*, à circunstância de estarem sujeitos aos efeitos da lesão à probidade administrativa.

Com efeito, em razão dos postulados da República e do Estado Democrático de Direito, decorrem diversos conteúdos intrínsecos à probidade administrativa delineados ao longo do texto constitucional, tais como: responsabilidade dos agentes públicos; prestação de contas; publicidade dos atos e transparência administrativa; mecanismos fiscalizatórios, tais como a ação popular e ação civil pública; proteção de direitos fundamentais; proibição de regulamentos autônomos e submissão dos agentes públicos ao princípio da legalidade (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2008).

Nessa linha, afasta-se qualquer dúvida sobre a natureza difusa da probidade administrativa pela própria interpretação sistemática da Constituição Federal cujo artigo 129, III preceitua que incumbe ao Ministério Público a promoção do inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Ora, é indubitável que o constituinte, ao fazer a referência a outros interesses difusos e coletivos logo após mencionar patrimônio público, optou por considerar este como parte integrante daquele.

Anote-se, por derradeiro, que a atuação funcional desvirtuada e malversadora do agente público viola a probidade administrativa, considerada bem jurídico fundamental e difuso pertencente à coletividade.

3.2 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL: PRINCÍPIOS

Os princípios têm por função estruturar o ordenamento jurídico como um todo, pois servem de alicerce ao sistema normativo, na medida em que irradiam preceitos e valores vinculantes, preenchendo eventuais lacunas legislativas. Não se olvida que os princípios representam, em linhas gerais, normas comportamentais dos agentes públicos, impondo-lhes determinadas regras de conduta conforme as diretrizes elencadas na Constituição Federal.

É preciso enfatizar, nessa toada, a força cogente e imperativa dos princípios jurídicos, tornando absolutamente indisponível o campo de atuação do administrador

público que transborde os limites principiológicos. Na linha deste raciocínio, a transgressão de princípios constitui máxima violação mandamental, no caso, à Constituição Federal.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 53) define princípio como:

O mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente para definir a lógica e a racionalidade no sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Na mesma linha, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017, p. 98):

Especificamente em relação aos princípios regentes da atividade estatal, é importante lembrar que estão eles inseridos, em profusão, no texto constitucional. Este fato, longe de representar a mera constatação da força legitimante da Constituição, por ocupar ela o ápice da pirâmide normativa, torna cogente que aos princípios sejam conferidas a normatividade e a imperatividade inerentes a todo e qualquer comando contido na norma fundamental. Negar essas características como inerentes aos princípios é o mesmo que negar a própria dignidade normativa da constituição, relegando a plano secundário sua rigidez e supremacia e fazendo com que a adequação ao texto constitucional seja vista sob um prisma meramente formal, mantendo em plano secundário a pauta de valores contemplada pelo constituinte.

Por outro lado, calha estabelecer a diferença entre princípios e regras, especialmente para delimitar o alcance jurídico em caso de colidência. Os princípios, como anteriormente frisado, consistem em mandamentos gerais axiológicos e de observância cogente por parte dos administradores públicos. As regras, por sua vez, são disposições normativas expressamente consignadas pelo legislador com o escopo de regulamentar a ação ou omissão do indivíduo no caso concreto.

A distinção entre princípios e regras é acentuada a partir das obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy⁵². Segundo Ronald Dworkin (2007, p. 39-43), crítico do sistema positivista, as regras são insuficientes para resolver alguns casos mais complexos, obrigando o magistrado a praticamente desenvolver um novo direito. Essas regras, quando inservíveis, são inválidas, ao contrário das aplicáveis, consideradas válidas. Os princípios, diversamente, possuem uma dimensão de peso ou importância, de modo que o intérprete deve sopesá-los. Em complemento, o autor preceitua:

⁵²Foge dos escopos deste trabalho qualquer aprofundamento nas obras destes renomados pensadores, os quais foram citadas tão somente para facilitar o entendimento dos princípios e regras.

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero [...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que a outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem e o quanto importante ele é (DWORKIN, 2007, p. 39-43).

Na mesma toada, Robert Alexy (2008, p. 93-94) apregoa que princípios e regras diferem-se qualitativamente, assemelhando-se, nesse ponto, a Dworkin. Defende que os princípios são verdadeiros mandamentos de otimização e não detêm, previamente, prevalência uns sobre os outros. Já as regras, se válidas, devem ser aplicadas em sua totalidade, ressaltando que:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência [...] (ALEXY, 2008, p. 93-94).

Na trilha dos ensinamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, é possível concluir que as regras advêm de normas mais fechadas, enquanto os princípios possuem tipologia de norma aberta, com contornos axiológicos e, muitas vezes, imprecisos. Caracterizam-se, por consequência, pela abstração normativa, flutuando no ordenamento jurídico para permitir a integração e colmatação da regra.

Nesse cenário, a Constituição Federal inseriu em seus dispositivos inúmeros princípios, explícitos e implícitos, passando a ser dotados de incomum densidade normativa, espalhando efeitos na interpretação e aplicação dos valores neles contidos. Nesse contexto, adveio o regime constitucional da probidade da Administração Pública, cuja proteção reside, necessariamente, na observância dos princípios elencados no artigo 37 da Constituição Federal.

Evidentemente, o comportamento dos agentes públicos, de quaisquer esferas de poder, não prescinde de cumprir com exatidão os princípios que regem a Administração Pública, essencialmente os elencados no artigo 37 da Constituição Federal.

É certo, contudo, que outros princípios da atividade estatal, implicitamente albergados pelo constituinte ou descritos em normas infraconstitucionais, também são de observância obrigatória pelos agentes públicos, como o devido processo legal, motivação, razoabilidade, supremacia do interesse público, dentre outros.

Assim, inadmite-se qualquer atitude que possa tergiversar o hígido comportamento dos agentes públicos e políticos para satisfazer seus interesses pessoais. Coíbe-se atos de gestão praticados com desídia e ineficiência ou mesmo visando o recebimento de vantagens indevidas. Para tanto, normatizaram-se os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, com a consequente responsabilização dos agentes públicos que os inobservarem.

Enfatizando a necessidade da absoluta observância dos princípios Celso Antônio Bandeira de Mello acresce (1999, p. 630):

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a forma mais grave de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

O legislador infraconstitucional, ao editar a Lei 8.429/92, considerou como atos de improbidade administrativa os que atentam contra os princípios da Administração Pública⁵³, os quais, estão inseridos em grande parte no artigo 37 da Constituição Federal.

Nesse contexto, apesar de os princípios da legalidade e moralidade constituírem a base da probidade administrativa, é certo que os demais princípios também norteiam a atividade do administrador e devem, de igual modo, alicerçar os seus atos.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017, p. 106) destacam:

⁵³Lei 8.429/92, artigo 11: “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres da honestidade, imparcialidade e de legalidade (...)”

Em que pese ser a observância ao princípio da moralidade um elemento de vital importância para a aferição da probidade, não é ele o único. Todos os atos dos agentes públicos devem observar a normatização existente, o que inclui toda a ordem de princípios, e não apenas o princípio da moralidade. Assim, quando muito, será possível dizer que a probidade absorve a moralidade, mas jamais terá a sua amplitude delimitada por esta.

A propósito, o conjunto de princípios balizadores da atuação estatal denomina-se regime jurídico-administrativo cujos postulados definem a margem de liberdade dos agentes públicos.

A bem da verdade, em decorrência da relevância da probidade administrativa, especialmente para: i. a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária; ii. garantir o desenvolvimento nacional; iii. erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; iv. promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, com esteio nos objetivos da República Federativa do Brasil (CF, artigo 3º), o constituinte elencou, a um só tempo, uma série de deveres inerentes aos agentes públicos, como a publicidade, a transparência dos atos, a prestação de contas e, ainda, o poder-dever fiscalizatório de seus atos, mediante o fortalecimento de instituições protetoras dos direitos fundamentais, como o Ministério Público.

Como exhaustivamente destacado, com a constitucionalização dos princípios, o legislador constituinte também estabeleceu, como preceito fundamental para a Administração Pública Direta ou Indireta de quaisquer dos poderes da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, a estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, ao tempo em que submeteu os agentes violadores do regime jurídico-administrativo às severas sanções decorrentes do ato de improbidade administrativa, previstas no artigo 37, § 4º da Constituição Federal⁵⁴.

E, nesse viés, como corolário ao Estado de Direito, cujo fundamento de validade reside na norma, emana o princípio da legalidade⁵⁵. Fruto do regime democrático, em que os órgãos possuem legitimidade conferida pelo cidadão de deflagrar o processo legislativo, em consonância com os preceitos constitucionais, o princípio da legalidade constitui-se em viga mestra do regime jurídico-administrativo.

⁵⁴Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

⁵⁵Existe previsão do princípio da legalidade no texto constitucional nos artigos: art. 5º, II e XXXV e 84, IV.

Por certo, a atividade administrativa encontra seu fundamento de validade na Lei, de modo que se inadmita qualquer atuação dos agentes públicos sem que haja previsão legislativa. Trata-se, a rigor, da aplicação do princípio da legalidade em sentido estrito, já que ao administrador apenas é possível fazer o que permite a Lei. Ao particular, a contrário sensu, vigora a legalidade em sentido amplo, na medida em que somente pode ser compelido por expressa previsão legislativa⁵⁶.

O ato administrativo praticado, sem Lei anterior que o discipline, será absolutamente ilegal, portanto, inválido. Exige-se a coexistência entre a atividade estatal e a Lei, compatibilizando-se com as perspectivas formais e materiais.

Não há que se confundir, no entanto, Lei com regulamento, já que estes são atos administrativos que se fundamentam, substancialmente, na própria Lei e visam a regular a atividade administrativa geral e abstratamente. Não integram, portanto, o princípio da legalidade, muito embora tenham força cogente em relação aos subordinados da hierarquia administrativa.

De outro vértice, admite-se a edição de medidas provisórias (art. 62), como a decretação de estado de defesa (art. 136) e de estado de sítio (art. 137 a 139) pelo chefe do executivo, cujas situações são absolutamente excepcionais e delimitadas pelo constituinte, sendo considerada, a depender do ponto de vista, restrição ao princípio da legalidade.

Sobre o tema, Márcio Fernando Elias Rosa (2010, p. 40) explica:

Daí que, considerada a legalidade em sentido estrito (como ato proveniente do Legislativo), conviveria o sistema constitucional com exceções ao princípio da legalidade, mas se tomada a expressão em sentido amplo (lei como expressão do direito ou da juridicidade), o sistema constitucional passa a não admitir exceções ao princípio mas hipóteses de atuação válida não fundada em ato do Legislativo, mas do próprio executivo.

O princípio da legalidade também não se confunde com o princípio da reserva legal. Enquanto aquele remonta submissão à Constituição Federal e à Lei, este, por sua vez, reside no fato de determinadas matérias exigirem a atuação de normatividade específica, conforme previamente definido pelo sistema constitucional. Assim, por exemplo, a União somente poderá instituir empréstimos compulsórios mediante Lei complementar (art. 148), sendo absolutamente inviável aprovar o tributo por outra espécie normativa.

⁵⁶Também conhecido por “princípio da não contradição à lei”.

Poder-se-ia argumentar que o princípio da legalidade colide com a discricionariedade administrativa⁵⁷. Contudo, não parece acertada tal afirmação. É certo que legislador não consegue prever e descrever todas as condutas que devem ser observadas pelos administradores. Nesse cenário, a própria Lei concede ao agente público certa margem discricionária para, à luz do caso concreto e do melhor interesse público, decidir.

Por certo, inadmite-se extrapolar os limites traçados pelo legislador, tornando legítima a atividade do administrador que estiver compatível com os princípios constitucionais, especialmente com o princípio da proporcionalidade. Assim, inexistente antinomia, mas sim harmonia entre a discricionariedade administrativa e o princípio da legalidade.

Nesse sentido Matheus Carvalho (2020, p. 70):

[...] faz-se necessário lembrar que a Legalidade não exclui a atuação discricionária do agente público, tendo essa que ser levada em consideração quando da análise pelo gestor, da conveniência e da oportunidade, no que tange ao respeito dos princípios constitucionais aplicáveis à matéria. Isso porque a prática de atos discricionários é completamente o oposto de atos arbitrários, os quais representam um abuso, haja vista serem praticados fora dos limites da lei. Por tanto, só é legítima a atividade do administrador se estiver condizente com o dispositivo legal.

O princípio da impessoalidade, também expresso no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, deve ser analisado sobre duplo aspecto. Pelo primeiro, os atos emanados dos administradores devem satisfazer aos interesses essencialmente coletivos, objetando qualquer atuação funcional movida por interesse pessoal, ou seja, que almeje beneficiar ou prejudicar determinado indivíduo. Prima-se pelo exercício laboral impessoal, abstrato e não discriminatório, sem revanchismos ou favoritismos. Exatamente em razão do escopo público, pode-se denominar “princípio da finalidade”.

Sob outra vertente, não menos importante, o princípio da impessoalidade impõe que os atos administrativos sejam imputados a pessoa jurídica, jamais ao

⁵⁷Hely Lopes Meirelles (2008, p. 120) conclui que a justificativa da atividade discricionária é a impossibilidade de o Legislador arrolar na Lei absolutamente todos os atos que a prática administrativa exige, ou seja, diante da diversidade dos fatos que pedem solução do Poder Público, só há regulamentação de atos de maior relevância, deixando o cometimento dos demais ao prudente critério do Administrador.

administrado⁵⁸. É fato que os agentes públicos, regularmente investidos no cargo, função ou mandato, exercem atividades pertencentes à Administração Pública, assim seus atos devem ser impessoais, vez que refletem a vontade estatal. Logo, configura ilegítima a autopromoção às custas do erário.

No mais, evita-se que o administrado utilize desses ilícitos subterfúgios para angariar vantagens indevidas, como se denota pela proibição expressa do artigo 37, § 1º da Constituição Federal, cuja publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Nesse sentido, Marcelo Novelino e Dirley Cunha Jr. (2014, p. 305):

Isso significa que a atuação administrativa (atos, programas, realização de obras, prestação de serviços, etc) deve ser imputada ao Estado, jamais ao agente. Por isso mesmo, só se admitirá a publicidade dessa atuação em caráter exclusivamente educativo ou informativo, não se permitindo constar nomes, símbolos ou imagens que possam associar à pessoa do agente.

Salienta-se que o princípio da impessoalidade, na modalidade descrita pelo artigo 37, § 1º, da Constituição Federal, é objeto de constante e flagrante violação por parte de agentes públicos e políticos, notadamente em período que antecede às eleições. Essa conduta enseja, inegavelmente, subsunção ao tipo de injusto descrito no artigo 11, XII, da Lei 8.429/92, configurando ato de improbidade administrativa.

Veja-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (RIO DE JANEIRO, 2021):

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROMOÇÃO PESSOAL DE PREFEITO. (...) 5. Ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa. Publicidade encomendada pelo Município de Nova Iguaçu. Publieditorial de cunho personalista, o que afasta o caráter institucional da mensagem publicitária. Violação ao princípio da impessoalidade. Promoção pessoal que caracteriza improbidade administrativa. 6. Réu que é Chefe do Executivo não podendo se falar em ausência de autorização para publicação. Inexistência de prova de que a publicidade que lhe beneficiava era dever de outro agente público [...]

Dessa forma, o desempenho da atividade estatal deve ser imparcial e isento, sem a concessão de favores pessoais, tampouco inadmite-se a autopromoção do agente público ou político.

⁵⁸Pela teoria do órgão, o ato emanado do agente público representa a entidade estatal, o órgão e não o sujeito individualmente considerado.

Em relação ao princípio da moralidade, necessário destacar que o conceito de moral se apresenta, de certo modo, aberto e fluido, pois influenciado pelo momento cultural, histórico e social de determinado povo. Compreende, por consequência, os valores diluídos na sociedade e considerados éticos para o padrão da época.

Nesse cenário, forçoso reconhecer que o princípio da moralidade encontra-se enraizado no regime jurídico-administrativo, impondo a rígida observância pelos agentes públicos dos preceitos éticos comportamentais. É fato indubitável que a moral administrativa, embora de caráter axiológico, encontra seu fundamento de validade na Constituição Federal, com supedâneo no Estado Democrático de Direito, cujo preceito serve de parâmetro para aferir se o ato ofende a moral e os bons costumes.

Nesse viés, pode-se afirmar que a moral administrativa, que rege os agentes públicos, relaciona-se mais à moral jurídica do que à social, consubstanciada, em geral, pelas normas constitucionais e principiológicas, além dos demais valores juridicizados pelo legislador infraconstitucional. É assente que essa moral deve nortear o comportamento do agente público com o fim de atingir a satisfação coletiva, utilizando-se, é claro, de meios lícitos e admitidos pelo Direito.

Tanto que a Constituição Federal explicita o princípio da moralidade não apenas no artigo 37, *caput*, mas também ao tratar da ação popular no artigo 5º, LXXIII, em que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. De igual sorte, a Lei 9.784/99, ao se referir ao processo administrativo, descreve a moralidade administrativa como sendo a atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

Alexandre de Moraes (2004, p. 315), nesse prisma, observa:

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988 pressuposto de validade de todos ato da administração pública.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017, 144-147), por sua vez, exemplificam, à luz da jurisprudência nacional, situações que ensejam a infringência ao princípio da moralidade:

- a) a participação de juiz integrante de TRT em eleição destinada a compor a lista tríplice para preenchimento de vaga de juiz togado quando um dos candidatos é filho do mesmo;
- b) bacharel em direito que ocupa o cargo de assessor de desembargador e exerce a advocacia;
- c) ato do presidente do TRT que, ante o afastamento do representante classista titular, deixa de convocar o suplente que com ele fora nomeado, “pinçando”, à sua livre discricção, o suplente que substituirá o titular;
- d) fixação de remuneração do Prefeito, Vice-prefeito e dos vereadores para viger na própria legislatura em que fora estabelecida, o que também importa em violação do art. 29, Vim da CR;
- e) abertura de conta corrente em nome de particular para movimentar recursos públicos, independente de demonstração de prejuízo material aos cofres públicos;
- f) manter o monopólio da conta única Estado, sem prévia licitação, em instituição financeira privatizada [...].

Há que se ressaltar, inclusive, que o legislador constituinte, almejando tutelar a probidade administrativa, conferiu, ao princípio da moralidade, independência e autonomia, dissociando-o do princípio da legalidade.

Afinal, o administrador pode editar ato administrativo que não viole, *a priori*, a Lei, contudo, seja inválido pela ofensa à moralidade.

Com a costumeira propriedade, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017, p. 139) complementam:

Sob outra ótica, constata-se que os atos dissonantes do princípio da legalidade, regra geral, sempre importarão em violação à moralidade administrativa, concebida como regramento extraído da disciplina internada administração; a recíproca, no entanto, não é verdadeira. Justifica-se, já que um ato poderá encontra-se intrinsecamente em conformidade com a lei, mas apresentar-se informado por caracteres externos em dissonância com a moralidade administrativa, vale dizer, com os ditames da justiça, dignidade, honestidade, lealdade e boa-fé que devem reger a atividade estatal.

Note-se que a moralidade qualificada⁵⁹ pela desonestidade configura uma das hipóteses previstas pela Lei 8.429/92 de caracterização de atos de improbidade administrativa.

Sobre o tema, convém registrar decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (SANTA CATARINA, 2011):

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTE PÚBLICO MUNICIPAL. TERCEIRO QUE CONCORREU PARA A PRÁTICA DO ILÍCITO ADMINISTRATIVO.

⁵⁹É preciso que agente tenha dolo ou culpa, na modalidade do artigo 10 da Lei 8.429/92, para a caracterização do ato de improbidade administrativa.

RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO. SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO REFORMADA. 01. A Constituição da República prescreve que "a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência" (art. 37, caput). A imprecisão do conceito de "moralidade administrativa" foi parcialmente eliminada com a Lei n. 8.429/1992. Criou ela "tipos legais conformadores de improbidade administrativa" (José dos Santos Carvalho Filho). Dispõe que "constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições" (art. 11). No expressivo dizer de José Afonso da Silva, a "proibidade administrativa consiste no dever de o 'funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer'. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada". 02. Aquele que se serve de interposta pessoa ("laranja", "testa de ferro") e constitui microempresa que passa a fornecer mercadorias (destinadas à merenda escolar) para o ente público do qual é servidor graduado (contador) atenta contra a moralidade administrativa. 03. As sanções previstas na Lei n. 8.429/1992 "são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta" (art. 3º).

Outro princípio regente da atividade administrativa é o da publicidade, cujo teor remete-se ao dever dos agentes públicos de dar publicidade aos atos por eles praticados, consoante expressa exigência constitucional (CF, art. 37). Não restam dúvidas de que os administradores, sejam agentes públicos ou políticos, em quaisquer das funções estatais, estão obrigados a prestar informações sobre todos os seus atos funcionais, com o fim de, a um só tempo, permitir o controle pelos órgãos de fiscalização do Estado⁶⁰ e, também, pelo cidadão, verdadeiro detentor do poder. Ressalte-se, nesse aspecto, que a publicidade constitui condição de eficácia do ato administrativo.

Assim, os agentes do Estado, no exercício de suas funções, devem tornar visíveis os atos da Administração Pública, já que inerente à própria função por eles desenvolvida, cuja atividade há de ser permeada pela transparência, moralidade, impessoalidade e eficiência.

Esse dever, absolutamente vinculado à transparência dos atos administrativos, justifica-se ante a necessidade de conhecimento do ato que se pratica e seus respectivos motivos, justamente para possibilitar eventual impugnação. Em verdade, os agentes públicos e políticos que atuam de forma

⁶⁰Tribunais de Contas, Corregedorias Municipais, Estaduais e Federais, Controladoria, Ministério Público.

honestas, íntegras e leais não devem temer a publicização de seus atos, o que, evidentemente, engloba qualquer medida adotada no âmbito administrativo, seja em contratos, licitações, processos, procedimentos, entre outros.

No âmbito constitucional, o princípio da publicidade encontra-se albergado nos artigos 5º, incisos XXXIII, LXII, XXXIV “b” e 37. Essas normas, conectadas à publicidade e à informação dos órgãos estatais, foram regulamentadas a partir da edição legislativa 12.527/11, cuja finalidade precípua é conferir ao cidadão o direito de acesso à informação, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão (art. 5º).

Por certo, o princípio da publicidade não detém primazia ilimitada. Assim, em determinadas situações descritas pelo legislador, resguarda-se o sigilo em benefício de um bem jurídico mais relevante, em que o interesse público e a segurança nacional prevalecem, conforme o artigo 23 da Lei 12.527/11⁶¹.

Nessa vertente, os agentes públicos que lidam com interesses cujos valores demandam sigilo têm o poder-dever de proteger a inviolabilidade da informação, sob pena de incorrerem em faltas funcionais e até mesmo em ilícitos criminais. É o caso, por exemplo, dos Juízes, Promotores de Justiça e Defensores Públicos, que estão impedidos de divulgar, por qualquer meio de comunicação, o nome de crianças e adolescentes que porventura estejam envolvidas em processos ou procedimentos infracionais⁶².

Por fim, o último princípio expresso no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal é o da eficiência, que foi introduzido somente em 1998, por intermédio da Emenda Constitucional 19/98⁶³. Exige-se que o administrador público tenha atos de gestão dotados de qualidade, com a máxima otimização dos resultados no menor

⁶¹A informação pode ser limitada quando:

- I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;
- II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;
- III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;
- IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;
- V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas;
- VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;
- VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou
- VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

⁶²O ECA trata do tema nos artigos 17 e 247, *caput*, e § 1º.

⁶³Vale lembrar que o princípio da eficiência já existia no ordenamento jurídico nacional, por meio da Lei 8.987/95, artigo 6º, § 1º.

custo possível. Prima-se, nesse contexto, pelo bom desempenho das atividades estatais, exatamente como se comportaria um gestor da iniciativa privada que almejasse sua promoção laboral.

Convém destacar que os servidores públicos estão sujeitos à avaliação periódica de desempenho (art. 41, § 4º), o que representa, de certo modo, a concretização do princípio da eficiência na seara administrativa. De igual sorte, os Promotores de Justiça e magistrados, por meio de suas respectivas corregedorias, estão em permanente avaliação, também com o fim de verificar, dentre outras hipóteses, a eficiência no desempenho de suas funções.

De outro lado, o princípio da eficiência não se restringe aos administradores públicos, já que a máquina administrativa, ostentando a condição de pessoa jurídica, também se obriga a ofertar serviços de qualidade e modernos, que não sejam burocráticos ou inacessíveis à população.

Nesse ponto, esclarece José dos Santos Carvalho Filho (1999, p. 15):

Vale a pena observar, entretanto que o princípio da eficiência não alcança apenas os serviços públicos prestados diretamente à coletividade. Ao contrário, deve ser observado também em relação aos serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a elas vinculadas. Significa que a Administração deve recorrer à moderna tecnologia e aos métodos hoje adotados para obter a qualidade total da execução das atividades a seu cargo, criando, inclusive, novo organograma em que se destaquem as funções gerenciais e a competência dos agentes que devem exercê-las.

É correto afirmar, portanto, que toda a ação administrativa deve almejar à idealização material dos bens jurídicos tutelados pelo legislador, notadamente o direito de ter uma administração pública eficiente e desburocratizada. Há, inclusive, expressa previsão constitucional encartada o artigo 37, XII, § 3º, no sentido de criar mecanismos de participação do cidadão na Administração Direta e Indireta, com a finalidade de melhorar a qualidade do atendimento.

Inserida nesse contexto, o constituinte também garantiu a eficiência administrativa no artigo 175, parágrafo único, IV, ao exigir a prestação de serviço público adequada aos administrados.

Ressalte-se, por oportuno, que o administrador público deve direcionar a atividade administrativa ao bem comum, de modo eficiente e imparcial; todavia, sua atuação não prescinde de observar o princípio da legalidade, isto é, somente os atos eficientes que guardam similitude legislativa devem ser praticados.

Esses são, portanto, os princípios expressamente consignados pelo artigo 37 da Constituição Federal, sendo que a partir deles constituem-se os pilares da Administração Pública idealizada pelo constituinte, especialmente quanto à implementação da probidade.

Não é demais repetir que existem outros princípios, de similar importância, esparsados ao longo do texto constitucional, explícita e implicitamente, os quais, de igual modo, compõem o regime jurídico administrativo, sendo de observância obrigatória dos agentes públicos e políticos. São eles: proporcionalidade e razoabilidade, contraditório, autotutela, especialidade, motivação, continuidade, supremacia do interesse público.⁶⁴

Vale lembrar que a violação aos princípios decorrentes da Administração Pública proba acarreta graves consequências aos agentes públicos transgressores, já que passível de adequação ao modelo de injusto típico descrito no artigo 11, da Lei 8.429/92, sujeitando-os à penalidade de multa civil descrita no artigo 12, III⁶⁵. É claro que, para a subsunção do fato ao tipo ímprobo, se exige a prática da conduta dolosa por parte do agente público, mediante a avaliação do contexto fático, a ser sopesada no caso concreto por múltiplos fatores.

Exsurge, outrossim, o dever de apuração e penalização administrativa do agente público, seja pelos órgãos de controle municipais, estaduais ou federais.

Há a possibilidade, ainda, de aplicação da sanção criminal se o ato corresponder, por óbvio, a algum tipo penal descrito no Código Penal ou Lei Extravagante, assim como o cidadão poderá ingressar judicialmente para reparar a lesão de seus direitos, por meio de mandado de segurança ou ação popular.

Dito isso, afóra a proteção constitucional da probidade administrativa, é preciso frisar que o legislador infraconstitucional também tutelou esse bem jurídico de fundamental relevância, consoante se denota pelas normatizações a seguir abordadas.

3.3 PROTEÇÃO INFRACONSTITUCIONAL: DIPLOMAS LEGAIS

⁶⁴O aprofundamento desses princípios foge do escopo estabelecido no trabalho.

⁶⁵A Lei 14.230/21 modificou substancialmente o regime sancionatório por violação aos princípios constitucionais ao admitir apenas a imposição de multa civil.

Força reconhecer, logo de início, que o combate à corrupção pública, por intermédio da proteção da Administração Pública, assim como os efeitos dela decorrentes, devem ser priorizados pelo poder constituído, mediante a permanente atualização legislativa que confira, aos órgãos de persecução do Estado, eficientes instrumentos preventivos e repressivos para proteção dos bens jurídicos protegidos pelo constituinte, notadamente a probidade administrativa.

Nessa vertente, padece de inconstitucionalidade⁶⁶ qualquer tentativa do Congresso Nacional que vise justamente ao contrário, ou seja, enfraquecer ou minimizar o rígido sistema constitucional de defesa à probidade, cabendo às respectivas câmaras a fiscalização no âmbito das casas legislativas ou, caso obtenha aprovação, ao Supremo Tribunal Federal a decisão declaratória.

É preciso enfatizar, todavia, que o dever de coibir a corrupção pública, em todas as suas facetas, extrapola os limites do Congresso Nacional. É claro que compete ao Poder Legislativo, cujos componentes foram eleitos democraticamente para legislar conforme a Constituição Federal, a função precípua de tutelar os bens jurídicos mais relevantes idealizados pelo constituinte. Dos integrantes dos demais poderes, estabelecidos sob a égide do Estado Democrático de Direito, e dos cidadãos, de maneira geral, também se exige um comportamento honesto, íntegro, probo, quer na iniciativa pública, quer na privada, com o fim de minimizar o endêmico problema da corrupção.

Reforçada essa orientação, a proteção da probidade administrativa, no âmbito infraconstitucional, advém de inúmeros diplomas, por meio de diferentes áreas do Direito.

No Direito Administrativo Sancionador, por exemplo, tem-se a Lei de Ação Popular e a Lei de Improbidade Administrativa, como normas que contemplam instrumentos eficazes de tutela ao patrimônio público.

Na esfera criminal, por sua vez, o Código Penal dedicou capítulo próprio intitulado “Dos crimes contra a Administração Pública”, por intermédio da descrição dos comportamentos encartados nos arts. 312, 316, 317 (peculato, concussão e corrupção passiva), com o propósito de resguardar a proba e eficiente gestão pública.

⁶⁶ A Lei 10.887/2018, em trâmite no Congresso Nacional, que almeja alterar diversos dispositivos da Lei 8.429/92, é um clássico exemplo de desvirtuamento legislativo que representa enorme retrocesso no combate a corrupção e proteção da probidade administrativa.

Há, ainda, delitos de corrupção na Lei de Crimes de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores (Decreto-lei 201/67); Lei 1079/1950; Lei 8666/93; Lei 8137/90; e outros diplomas legais.

Dentre os diplomas mais recentes, a Lei Anticorrupção (Lei 12846/13) trouxe sanções impostas às pessoas jurídicas que, em decorrência de ações de seus representantes legais, desbordem os limites impostos, em lei e estatutos, sujeitando os autores a uma série de sanções administrativas e civis.

Importante esclarecer que o presente trabalho não visa analisar todos os diplomas criminais, os quais foram citados tão somente com o escopo de destacar os mais variados instrumentos legais de combate à corrupção.

Assim é que o ato de corrupção praticado pelos agentes públicos, de quaisquer setores estatais, configura a um só tempo a violação de bens jurídicos tutelados por variados ramos do Direito. Por essarazão, o delito de corrupção é chamado de multifacetário. Vale dizer, um único comportamento ilícito acarreta consequências administrativas, civis, políticas e criminais. Saliente-se, uma vez mais, que esses microsistemas se complementam e integram, de uma forma geral, o arcabouço normativo de tutela da Administração Pública.

Pode-se afirmar, nessa medida, que o ato de corrupção configura, necessariamente, ato de improbidade administrativa, pela subsunção ao tipo de injusto encartado no artigo 9º, 10º ou 11º, da Lei 8.429/92, dependendo do fato concreto, sendo que a recíproca não é verdadeira, ou seja, nem toda improbidade administrativa cometida significa corrupção. Veja-se, por exemplo, o Prefeito Municipal que imputa a si próprio um ato da Administração Pública, com o fim de promoção pessoal, viola flagrantemente o princípio da impessoalidade, mas não há correspondência com o delito de corrupção.

Feitas tais considerações preliminares sobre os instrumentos normativos de tutela da probidade administrativa, convém tratar do diploma inaugural do Direito Administrativo que concretizou referida proteção, a Lei de Ação Popular.

A ação popular originou-se no Brasil por meio da Constituição Federal de 1934, no artigo 113, inciso 38, segundo a qual qualquer cidadão é parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos ao patrimônio da União, Estados ou Municípios.

A Constituição Federal de 1988 albergou a ação popular no artigo 5, LXXIII, em que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular

ato administrativo lesivo ao patrimônio público ou à entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e de ônus de sucumbência.

Em paralelo, a Lei 4.717/65 regulamenta a ação popular. Nessa lei, o artigo 1º estabelece que qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Nesse enfoque, a ação popular destina-se a invalidar ato ou contrato administrativo ilegal e lesivo ao patrimônio público, à moralidade e ao meio ambiente, cuja materialização representa, em termos gerais, a concretização dos valores de cidadania.

Note-se que o administrador público precisa ser eficiente e honesto em sua função e seus atos não escapam do crivo fiscalizatório do cidadão, por meio da ação popular. E, como todo poder emana do povo, nada mais coerente do que conferir a ele essa valiosa ferramenta de controle dos atos estatais.

Significa afirmar, portanto, que o constituinte albergou a ação popular como o instrumento jurídico posto à disposição do cidadão para defender a probidade na Administração Pública (interesse difuso) e, por conseguinte, coibir a prática de atos ilegais.

Importante enfatizar, todavia, que o cidadão deve manejar a ação popular para fins estritamente lícitos, de maneira séria e coerente, sob pena de subverter a essência desse extraordinário instituto, inadmitindo-se que o remédio constitucional sirva de meio político de revanche ou que almeje benefícios eleitorais.

Nessa ótica, toda a aquisição de bens ou serviços públicos deve ser precedida da estrita observância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, sob pena de incorrer os agentes públicos em ilegalidade

patente. O comportamento do agente público, desvirtuado dos deveres éticos administrativos, caracteriza a imoralidade, passível de ser controlada tanto pelo cidadão, por intermédio da ação popular, quanto pelo Ministério Público e pela pessoa jurídica lesada, por meio da ação de improbidade administrativa.

Com efeito, pode-se elencar três requisitos essenciais: a) ser cidadão⁶⁷; b) que o ato seja ilegal; c) esse ato deve ser lesivo ao patrimônio público, à moralidade ou ao meio ambiente.

Convém destacar que a finalidade da ação popular, de combater o ato ilegal ou imoral lesivo ao patrimônio público, pode ser preventiva ou repressiva, a depender do momento que se pretende impugnar o ato.

A legitimidade ativa, como já enfatizado, pertence ao cidadão, ao passo que o polo passivo da demanda deverá ser ocupado pelo agente público que emitiu o ato ilegal e lesivo, podendo responder também pela omissão de que advenha lesividade ao erário. Oportuno observar, nesse íterim, que a pessoa jurídica lesada pelo ato há de ser citada, ocasião em que ingressará em quaisquer dos polos (ativo ou passivo, a teor do artigo 6º, § 3º, da Lei 4.717/65). O Ministério Público, por sua vez, atuará como fiscal da lei, podendo requerer novas provas e firmar sua convicção pela procedência ou improcedência do pedido, sendo-lhe defeso assumir a defesa do ato impugnado.

É fato que a ação popular, como instrumento controlador dos atos estatais ilegais e lesivos, tutela bens jurídicos difusos essenciais à coletividade, como o direito de ter o meio ambiente equilibrado, o patrimônio público hígido e a Administração Pública pautada pela moralidade pública. Nesse aspecto, assemelha-se à ação civil pública.

Força reconhecer, todavia, alguns pontos divergentes entre os institutos. A se iniciar pela legitimidade, em que somente o cidadão pode propor a ação popular, enquanto as pessoas jurídicas elencadas no artigo 5º da Lei 7.347/85 serão os legitimados da ação civil pública. Além do mais, o polo passivo da ação popular deve ser ocupada apenas pelos agentes públicos e respectivas pessoas jurídicas, ao passo que, na ação civil pública, qualquer pessoa que tenha causado danos coletivos pode ser responsabilizada. Diferem-se, ainda, quanto ao objeto, na medida em que a ação civil pública apresenta-se mais abrangente, pois pode tutelar

⁶⁷Compreende-se o brasileiro nato ou naturalizado no exercício de seus direitos políticos.

quaisquer direitos coletivos *lato sensu*, já a ação popular, repita-se, protege o patrimônio público, histórico e cultural, a moralidade e o meio ambiente. De igual sorte, o pedido na ação civil pública pode ter natureza condenatória, mandamental, declaratória, constitutiva ou executiva, sendo que na ação popular, muito embora se admita o pedido condenatório, via de regra, será desconstitutivo.

Conquanto a Lei da Ação Popular seja um relevante diploma legislativo infraconstitucional de defesa da probidade na Administração Pública, é inegável que a Lei de Improbidade Administrativa reflete o mais relevante instrumento normativo do Direito Administrativo Sancionador, como manifestação do poder punitivo estatal destinado a coibir atos públicos que destoem dos princípios regentes da Administração Pública previstos no artigo 37, da Constituição Federal, conforme se verá a seguir.

3.4 ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A defesa do patrimônio público encontra-se intrinsecamente conectada ao modelo de Estado Democrático de Direito adotado pelo constituinte de 1988, cujas prestações fundamentais apenas são concretizadas a partir de uma Administração Pública proba, eficiente e zelosa. É nítido que a gestão fraudulenta da coisa pública, que satisfaz interesse ou sentimento pessoal, inviabiliza a aplicação de recursos públicos nas mais diversas áreas essenciais à população.

A bem da verdade, inexiste margem discricionária ao administrador público, que tem o dever de adotar, em todos os seus atos funcionais, práticas condizentes com os princípios constitucionais estatuídos no artigo 37 da Constituição Federal, sob pena de aviltar o patrimônio público.

Ocorre que, comumente, os agentes estatais utilizam de seus cargos ou funções para promover verdadeiro desvirtuamento do dinheiro público, enriquecendo-se ilicitamente às custas do erário. É fato que as mazelas da corrupção estão arraigadas nas entranhas do Estado brasileiro. Assim, coibir essa prática absolutamente nociva ao cidadão, em todas as suas facetas, representa a própria salvaguarda do Estado Democrático de Direito.

Nessa linha, pode-se afirmar que a violação do dever de probidade enseja a improbidade administrativa, que pode ser definida como a conduta funcional dolosa

do agente público ou político, conforme preconiza a Lei, revestida de fins ilícitos e que tenha a finalidade de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outrem. A rigor, a corrupção pública⁶⁸ converge, invariavelmente, para o comportamento ímprobo e desonesto do agente, caracterizador do enriquecimento ilícito, do dano ao erário ou da lesão aos princípios constitucionais.

O conceito de improbidade administrativa também pode ser extraído do artigo 1º da Lei 8.429/92, com redação dada pela Lei 14.230/21, em que “o sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei” (BRASIL, 2021) e seu respectivo parágrafo único: “Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas⁶⁹ tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais” (BRASIL, 2021).

Nessa vertente, Marino Pazzaglini Filho (2002, p. 16):

revela-se improbidade administrativa no emprego da negociata na gestão pública, que vai desde auferimento do administrador ou de terceiro de ganhos patrimoniais ilícitos, concessão de favores e privilégios ilegais, exigência de propinas, mesmo para atendimento de pedidos legítimos de particulares, desvio ou aplicação ilegal de verbas públicas, sectarismo do comportamento da autoridade, privilegiando, no exercício funcional, o interesse pessoal em relação ao público, até tráfico de influência nas esferas públicas, bem como exercício deturpado ou ineficiente das funções públicas com afronta acintosa aos princípios constitucionais que as regem.

Márcio Fernando Elias Rosa (2010, p. 210), por sua vez, acrescenta:

Por improbidade administrativa entende-se o ato que afronta os princípios norteadores da atuação administrativa; é designativo da chamada corrupção administrativa ou, tecnicamente, fato jurídico decorrente da conduta humana, positiva ou negativa, de efeitos jurídicos voluntários. É ilícito político-administrativo, que induz à aplicação de sanções de natureza extrapenal em processo judicial.

Cumprido afirmar, outrossim, que a Constituição Federal albergou o sistema de proteção à probidade administrativa, consoante se denota pela redação do artigo 37, § 4º, ao reprimir quaisquer comportamentos ímprobos de agentes públicos e políticos, estabelecendo severas punições, nas esferas administrativa e criminal.

⁶⁸A corrupção pode ser definida como o fenômeno social, em que o agente age movido por interesse pessoal ilícito, em troca de favores ilegais.

⁶⁹A Lei 14.230/21 afastou a possibilidade de punir os atos culposos de improbidade administrativa, ainda que por culpa grave. Exige-se, ainda, o dolo específico, não bastando a voluntariedade.

De igual sorte, a improbidade administrativa causa inelegibilidade, a teor do artigo 14, § 9º, assim como enseja a suspensão dos direitos políticos, em decorrência da expressa previsão do artigo 15, V. Ademais, constitui crime de responsabilidade cometido pelo Presidente da República qualquer ato atentatório à probidade na administração, consoante artigo 85, V.

Ressalte-se, por oportuno, que, além dos dispositivos expressos, outros bens jurídicos de essencial relevo foram implicitamente tutelados pelo constituinte e decorrem, necessariamente, da proteção da probidade na Administração Pública, como o direito às prestações sociais, à saúde, educação, à dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Nesse contexto, compatibilizando-se com o dever jurídico de tutelar o patrimônio público, exatamente para dotar o artigo 37 da Constituição Federal de concretização, edita-se a Lei de Improbidade Administrativa (8.429/92)⁷⁰, o mais importante instrumento normativo no combate à corrupção, mediante a tipificação de condutas ativas ou omissivas de agentes públicos e/ou políticos, no exercício funcional, que enriqueçam ilicitamente, causem lesão ao erário ou violem os princípios que regem a Administração Pública, por intermédio do comportamento ímprobo que se enquadra aos tipos de injusto delimitados nos artigos 9, 10 e 11.

A Lei 8.429/92⁷¹, por representar significativo avanço na responsabilização dos agentes públicos e políticos ímprobos, substituiu os diplomas vigentes até o momento (Lei 3.164/57, conhecida por Lei Pitombo-Godoi Ilha e Lei 3.520/58, conhecida como Lei Bilac Pinto).

Sobreleva anotar que a Lei 14.230/2021, publicada no Diário Oficial da União em 26 de outubro de 2021, alterou significativamente a Lei de Improbidade Administrativa, ocasionando um retrocesso legislativo em matéria de combate à corrupção cujos efeitos deletérios serão oportunamente abordados. Infelizmente, a nova Lei desrespeitou inúmeros postulados de direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

⁷⁰Também conhecida como a “Lei do Colarinho Branco”.

⁷¹O projeto de Lei 1.446/91, de origem do Presidente da República Fernando Collor de Mello, foi aprovado na Câmara dos Deputados Federais em 8 de outubro de 1991, todavia, no Senado Federal apresentou-se substitutivo ao projeto original, oportunidade em que, após a rejeição de alguns dispositivos e aprovação de outros na Câmara dos Deputados Federais, submeteu-se à sanção presidencial, dando origem à Lei 8.429/92, em 02 de junho do citado ano.

Não custa lembrar, a propósito, que a Lei de Improbidade Administrativa apresenta distinções quanto à Lei de Ação Civil Pública⁷² e Lei da Ação Popular.

A Lei de Improbidade Administrativa, como norma de Direito Administrativo Sancionador do Estado, detém maior amplitude e tem por finalidade, além do ressarcimento ao erário, a imposição das sanções elencadas no artigo 12, a partir da subsunção ao tipo de injusto ímprobo. A Ação Civil Pública, por sua vez, objetiva reparar o dano, enquanto a Ação Popular busca, a um só tempo, a declaração de nulidade dos atos administrativos e o ressarcimento dos prejuízos estatais.

Sobre essas diferenças, o Superior Tribunal de Justiça, por meio do Resp-SP 827445, 1ª Turma, julgado em 02-02-2010, Relatoria do Min. Luiz Fuz, decidiu:

A ação de improbidade administrativa, de matriz constitucional (art. 37, § 4º e disciplina na Lei nº 86429/92), tem natureza especialíssima, qualificada pela singularidade do seu objeto, que é o de aplicar penalidades a administradores ímprobos e a outras pessoas – físicas ou jurídicas- que com eles se acumpliciam para atuar contra a Administração ou à ação penal, diferente das outras ações com matriz constitucional, como a Ação Popular (CF, art. 5º, LXXIII, disciplinada pela Lei nº 7.347/85), cujo objeto típico é de natureza essencialmente desconstitutiva (anulação de atos administrativos ilegítimos) e a Ação Civil Pública para a tutela do patrimônio público (CF, art. 129, III e Lei nº 7.345/85), cujo objeto é de natureza preventiva, desconstitutiva ou reparatória (BRASIL, 2010).

Em outra vertente, é fato indubitável que o agente público, por meio de um único comportamento ilícito, comissivo ou omissivo, pode lesar bens jurídicos protegidos de diversos ramos do direito e incorrer nas sanções advindas dos respectivos sistemas. Assim, por exemplo, o ato de um policial rodoviário de solicitar e receber indevida vantagem ao motorista caracteriza, a um só tempo, infração administrativa, crime de corrupção passiva e, ainda, improbidade administrativa, com as consequências específicas de cada microssistema.

Nesse cenário, a Lei de Improbidade Administrativa, como parte integrante do Direito Administrativo Sancionador, detém características próprias e peculiares em relação ao Direito Penal, mediante a inserção de princípios específicos e regras voltadas à tutela da probidade na Administração Pública. Há, nesse sentido, divisão constitucional encartada no artigo 37, § 4º, ao cotejar os atos de improbidade

⁷²O artigo 17-D da Lei 8.42/92, inserido por intermédio da Lei 14.230/21, também difere a ação de improbidade administrativa da ação civil pública ao descrever que: “A ação de improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nessa Lei, e não constitui ação civil, sendo vedado o seu ajuizamento para o controle da legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos”.

administrativa sem prejuízo da ação penal. Daí decorre a natureza jurídica cível da ação de improbidade administrativa, mediante a imposição de sanções cíveis elencadas na Lei 8.429/92.

Claro que, por defender bens jurídicos essencialmente difusos pertencentes a indivíduos indeterminados ou indetermináveis, como a moralidade e o erário, essa natureza jurídica cível possui conotação evidentemente coletiva.

Atento às diferenças fundamentais advindas entre a Lei de Improbidade Administrativa e o Direito Penal, Renato de Lima Castro (2018, p. 392) esclarece:

A distinção de ordem material reside na natureza dos valores tutelados. O tipo de injusto afeto ao direito penal, ao tempo em que se preocupa com um grande universo de autores, resguarda apenas aqueles comportamentos taxativamente descritos que lesem ou exponham a perigo de lesão os bens jurídicos fundamentais, segundo uma ordem valorativa albergada, expressa ou implicitamente, na Constituição Federal. A Lei de Improbidade Administrativa, ao contrário, preocupa-se com a eficiência operacional dos órgãos do Estado, razão pela qual exige, para cumprir tal mister, um comportamento honesto e eficiente.

Por outro lado, o único legitimado destinado a perquirir os interesses coletivos gizados na Lei 8.429/92 é o Ministério Público, uma vez que a Lei 14.230/21, por meio do artigo 17, excluiu a pessoa jurídica interessada como parte legítima a propor a correspondente ação de improbidade administrativa.

Imperioso assentar que o Ministério Público possui ampla legitimidade na defesa dos interesses tutelados na Lei 8.429/92, o que autoriza a entidade não somente a propor a ação aos agentes ímprobos, para impor as sanções previstas no art. 12, incisos I, II e III, como também manejar o acordo de não persecução cível, desde que, presentes as hipóteses que legitimam a sua incidência.

A legitimidade passiva na ação de improbidade administrativa será definida a partir da atuação funcional do agente público ou político, isoladamente ou em conjunto com o particular, que cometer qualquer ato que importar enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação aos princípios que regem a administração pública, mediante a adequação ou subsunção ao modelo de injusto típico ímprobo delineadas na Lei 8.429/82.

Evidentemente que o ato deve ser praticado em detrimento das pessoas jurídicas de direito público interno ou de direito privado, que recebam dinheiro público, para a completa adequação ao tipo de injusto e, conseqüentemente, responder por ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/92, art. 1º, § 6º)

Sobre os agentes públicos, faz-se mister trazer a conceituação legal do artigo 2º da Lei de Improbidade Administrativa, que conferiu significativa amplitude (BRASIL, 2021):

Para os efeitos desta lei, consideram-se agente público o agente político⁷³, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo 1º dessa Lei.

Essa ampla responsabilidade funcional, com esteio nas disposições constitucionais e legais, porque coerente com a ordem axiológica adotada pela Constituição Federal para aqueles que gerirem a coisa pública com desonestidade, há de ser aplicada a todos os agentes públicos e políticos, indistintamente, do mais baixo ao mais alto escalão da Administração Pública.

O Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2018), por meio do Informativo 901⁷⁴, consagrou a incidência da Lei de Improbidade Administrativa a todos os agentes políticos, com exceção do Presidente da República.

Assim, a Lei de Improbidade Administrativa destina-se a coibir comportamentos funcionais desvirtuados de seus deveres institucionais, cujos parâmetros são erigidos dos princípios constitucionais do art. 37 da Constituição Federal, os quais, tutelam a gestão eficiente da Administração Pública.

Nesse sentido, o artigo 23-C da Lei 8.429/92, acrescido pela Lei 14.230/21, disciplinou que os atos que ensejam enriquecimento ilícito, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de recursos públicos dos partidos políticos, ou de suas fundações, serão responsabilizados nos termos da Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995.

Desde logo, reputa-se inadmissível, especialmente sob a égide do Estado Democrático de Direito, a exclusão de determinados agentes públicos do espectro de incidência da Lei 8.429/92. Há, de igual sorte, violação à isonomia, em virtude do protecionismo injustificável aos dirigentes partidários. Nesse viés, a própria condição

⁷³A Lei 14.230/21 incluiu expressamente os agentes políticos.

⁷⁴Os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade. 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. STF. Plenário. Pet 3240 AgR/DF, rel. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 10/5/2018 (Info 901).

de agente público enseja a responsabilização de seus atos ilícitos praticados, inadmitindo-se a subversão da ordem constitucional.

Geraldo Ataliba (2001, p. 66) afirma que a responsabilidade é a contrapartida dos poderes em que, em razão da representação da soberania popular, são investidos os mandatários, que são gestores da coisa alheia.

A despeito da submissão ao regime jurídico-administrativo pelos agentes públicos e políticos, de maneira geral, é certo que o particular também pode ser legitimado passivo, bastando, para tanto, que induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade nos termos do art. 3º, Lei 8.429/92.

E, com o desiderato de cumprir o mandamento constitucional de tutela à probidade na Administração Pública, até mesmo como reflexo do poder punitivo estatal, a Lei 8.429/92 estabelece uma série de comportamentos proibitivos por parte dos agentes públicos e políticos que, no exercício de suas funções, transbordem dos limites gizados no regime jurídico-constitucional.

Nessa perspectiva, os tipos de injustos definidos na Lei de Improbidade são, em geral⁷⁵, abertos e meramente exemplificativos, decorrentes da ação ou omissão dolosa dos agentes públicos e políticos que se enriquecem ilicitamente (art. 9º), causem dano ao erário (art. 10)⁷⁶ ou violem os princípios constitucionais da Administração Pública (art. 11). Há, inegavelmente, uma ordem decrescente axiológica, partindo-se do injusto ímprobo de maior para a menor magnitude.

Nesta hipótese, pode-se afirmar que há maior desvalor de ação e de resultado nos atos que geram enriquecimento ilícito, se comparados aos atos que causam dano ao erário e, por fim, aos que violem os princípios constitucionais.

Como se vê, a construção tipológica dos artigos 9º e 10º reflete um grau de generalidade e abstração, caracterizada pela fluidez conceitual de seus termos. Nada mais exato. Não é crível exigir do legislador, de antemão, a descrição abstrata de todos comportamentos ímprobos passíveis de serem praticados pelo agente, notadamente, porque há, no *caput* dos referidos artigos, um núcleo central de conteúdo proibitivo.

⁷⁵A Lei 14.230/2021, ao prever as condutas que lesem os princípios da Administração Pública (art. 11), o fez de forma cerrada, mediante a descrição de comportamentos taxativos.

⁷⁶O artigo 10 da Lei 8.429/92, com a redação dada pela Lei 14.230/2021, suprimiu a possibilidade de imputar dano ao erário em sua forma culposa. Ainda, refutou a tese de dano presumido.

Por esta razão, estes tipos de ímprobos prescindem de adequação comportamental aos respectivos incisos, de modo que o enriquecimento ilícito do agente público ou o dano ao erário por ele praticado, em quaisquer de suas facetas, materializa o tipo de injusto do artigo 9º ou 10. Difere-se, pois, do Direito Penal, em que os tipos são fechados e taxativos, com a cominação de pena privativa de liberdade.

Nas palavras de Emerson Garcia (2017, p. 369):

Como já afirmamos, da leitura dos referidos dispositivos legais, depreende-se a coexistência de três técnicas legislativas. De acordo com a primeira, vislumbrada no caput dos dispositivos tipificadores da improbidade, tem-se a utilização de conceitos jurídicos indeterminado, apresentando-se como instrumento adequado ao enquadramento do infindável número de ilícitos passíveis de serem praticados, os quais são frutos inevitáveis da criatividade e do poder de improvisação humanos. A segunda, por sua vez, foi utilizada na formação de diversos incisos que compõem os arts. 9º, 10º e 11º, tratando-se de previsões, específicas ou passíveis de integração, das situações que comumente consubstanciam improbidade, as quais além de facilitar a compreensão dos conceitos indeterminados veiculados no caput, têm natureza meramente exemplificativa, o que deflui do próprio emprego do advérbio notadamente [...].

No que concerne ao artigo 11, a Lei 14.230/21 modificou toda a estrutura tipológica anteriormente existente ao substituir a tipicidade aberta e exemplificativa pela fechada e taxada, o que praticamente inviabiliza a adequação típica aos novos preceitos legais. Trata-se de enorme retrocesso legislativo cuja redação esvaziou a subsunção da conduta do agente violadora dos princípios regentes da Administração Pública que, se repita, constam expressamente no artigo 37 da Constituição Federal. É bom que se diga que há um mandamento constitucional sancionatório e não o contrário, como fez crer o legislador infraconstitucional.

Consequentemente, optou-se por descrever nos respectivos incisos alguns esparsos comportamentos funcionais que, no mais das vezes, não ocorrem na prática. Veja-se, por exemplo, que a conduta de policiais torturadores não encontra correspondente típica na Lei de Improbidade Administrativa, ainda que evidente a lesão ao princípio da legalidade, porque não há descrição da conduta em quaisquer dos incisos do artigo 11.

Percebe-se, portanto, que a construção tipológica insuficiente do artigo 11 da Lei 8.429/92, mediante a inserção de preceitos vagos, que maculam a proteção constitucional dos princípios fundamentais da Administração Pública, representa evidente retrocesso ao regime de combate à corrupção pública. Além do mais,

ofende-se o princípio da proporcionalidade, de jaez constitucional, uma vez que se descreveram condutas que violam bens jurídicos menos graves, deixando absolutamente desguarnecidos bens jurídicos de maior relevância.

Em contrapartida, o legislador infraconstitucional estabeleceu sanções decorrentes do ato de improbidade administrativa no art. 12, incisos I, II e III da Lei 8.429/92, nos termos do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, afinal, conforme apregoa Emerson Garcia (2017, p. 615), a razão de ser da sanção não reside no prejuízo a ser causado ao infrator, e sim na necessidade de dissipação da intranquilidade gerada, com a conseqüente restauração da soberania do direito, principal alicerce da segurança jurídica.

É certo que as referidas sanções devem estar conectadas com a natureza do fato ímprobo e com a magnitude do injusto, o que defluiu um critério crescente de gravidade adotado pelo legislador, podendo-se afirmar que há uma relação de adequação entre o ato ímprobo e a sanção.

Nesse contexto, seguindo a mesma coerência metodológica dos tipos de injusto elencados nos arts. 9º, 10 e 11, observa-se que o enriquecimento ilícito enseja a aplicação de sanção mais grave, regredindo-se proporcionalmente até a sanção menos grave, no caso, a violação aos princípios constitucionais.

Cumpra transcrever o artigo 12 da Lei 8.429/92, com as substanciais alterações promovidas pela Lei 14.230/21⁷⁷ (BRASIL, 2021):

Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos;

II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios,

⁷⁷O ressarcimento ao erário constitui pressuposto de ilícito e não sanção advinda da conduta ímproba, de modo que com o advento da Lei 14.230/21 o ressarcimento passa a ser mencionado expressamente no caput do artigo 12.

direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos;
III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos.

Dessa forma, o legislador disciplinou as seguintes sanções: a) perda da função pública⁷⁸; b) suspensão dos direitos políticos; c) multa civil; d) proibição de contatar com o poder público⁷⁹. Em cotejo com o dispositivo constitucional,⁸⁰ força reconhecer que houve ampliação das reprimendas, o que se revela absolutamente legítimo.⁸¹

Como dito, a Lei 14.230/21 trouxe inovações, especialmente no que pertine: i) ao prazo mínimo do período de suspensão dos direitos políticos; ii) ao aumento do prazo máximo desse tempo; iii) à diminuição do valor da multa civil; iv) ao aumento do prazo máximo da proibição de contratar com o poder público; v) à exclusão da possibilidade da perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos por violação aos princípios da Administração Pública.

Evidentemente que o magistrado tem o dever de fixar a penalidade, de acordo com seu livre convencimento motivado, esteado nos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, individualizando-se a sanção conforme o desvalor da conduta e do resultado, necessários à repressão e à prevenção dos atos de improbidade administrativa.

Corroborando tal entendimento, Fábio Medina Osório (2007, p. 286) aponta:

Os componentes pessoais do sujeito desempenham um papel importante na qualificação do grau de reprovação do fato proibido, cada vez mais presentes no ato interpretativo que define e institucionaliza normas sancionatórias. As características pessoais do agente, sua posição funcional, seu papel no marco do funcionamento da Administração Pública podem ter lugar como elementos relevantes desde a perspectiva do modelo normativo de conduta proibida, no plano institucional concreto, ainda que não venham expressas nos dispositivos pertinentes.

⁷⁸Pela nova regra disciplinada pela Lei 14.230/21, restringe-se os efeitos da perda da função pública ao cargo ou função ocupados à época dos fatos (art. 12, § 1º, da Lei 8.429/92).

⁷⁹Proibi-se a contratação com o ente lesado, possibilitando ao agente ou pessoa jurídica a contratar com os demais entes do Estado.

⁸⁰A indisponibilidade de bens transcrita no art. 37, § 4º da CF não constitui sanção, mas medida cautelar garantidora da eficácia de eventual decisão condenatória.

⁸¹Segundo Emerson Garcia (2017, p. 619), o art. 37, § 4º da Constituição prevê sanções que deveriam ser necessariamente disciplinadas pelo legislador, o que não importou em qualquer limitação ao seu poder discricionário na cominação de outras mais.

Definidos os delineamentos gerais da Lei de Improbidade Administrativa, essencialmente quanto ao conceito, natureza jurídica, legitimidade, tipos de injusto e sanções, assim como, sedimentadas às diretrizes normativas e principiológicas da Lei 8.429/92, convém trazer a lume alguns comentários sobre a Lei 14.230/21 que, se repita, alterou substancialmente o regime jurídico de proteção da probidade na Administração Pública.

As normas contidas na citada lei modificaram, de forma qualitativa e quantitativa, os preceitos da Lei 8.429/92, ao positivarem, em sua esmagadora maioria, regras benevolentes aos agentes públicos ímprobos.

Necessário mencionar as principais e, em sua grande maioria, desastrosas modificações que o legislador realizou na Lei de Improbidade Administrativa.

Nesse vértice, destaque-se: 1) exige-se o dolo específico para a imputação dos atos de improbidade administrativa, não bastando a voluntariedade; 2) inexistência de atos culposos para a caracterização da improbidade administrativa por dano ao erário; 3) divergência interpretativa não configura ato de improbidade administrativa; 4) impossibilidade de transmitir a multa civil aos sucessores; 5) dano não mais se presume, a depender, portanto, da comprovação; 6) exigência da lesividade para a caracterização dos atos de improbidade que violem os princípios constitucionais; 7) aumento das penas de suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o poder público, nas hipóteses dos arts. 9º e 10; 8) inviabilidade de aplicar a suspensão dos direitos políticos e perda do cargo nos atos do art. 11; 9) perda do cargo restringe-se ao ocupado à época dos fatos; 10) proíbe-se contratar apenas com o ente lesado; 11) veda-se o *bis in idem* com a Lei Anticorrupção; 12) inviabilidade de presumir o *periculum in mora* nos casos de indisponibilidade; 13) não incidência de multa nos casos de indisponibilidade; 14) legitimidade restrita ao Ministério Público; 15) supressão da defesa preliminar; 16) fim do princípio da congruência na improbidade administrativa; 17) possibilidade da conversão da ação de improbidade em ação civil pública; 18) defesa do gestor pela assessoria jurídica pública que emitiu parecer pela legalidade do ato; 19) regulamentação do acordo de não persecução cível; 20) prazo de 90 dias, prorrogável por igual período, para afastamento cautelar de agente público; 21) coisa julgada penal influi no cível, independente do fundamento; 22) prescrição intercorrente de 04 anos, dentre outras.

Pode-se defender a atualização legislativa da Lei 8.429/92, cujos mandamentos foram editados em 1992, todavia, ganham relevo quando são

inseridos, nesse contexto, parâmetros que afrouxam demasiadamente o mandamento de otimização constitucional de combate à corrupção e de tutela da probidade administrativa.

E, nessa linha, a Lei 14.230/21 promoveu verdadeira alteração dos preceitos gizados na Lei de Improbidade Administrativa porque, em grande parte, abrandou ou mesmo revogou alguns tipos de injusto necessários à proteção da probidade administrativa.

Percebe-se que a reforma traz, em linhas gerais, conteúdos absolutamente discrepantes com os ditames idealizados pelo Estado Democrático de Direito, cujo artigo 1º da Constituição Federal detém o compromisso constitucional assumido perante o cidadão de combater, com esmero, os desvios funcionais cometidos pelos agentes públicos e políticos.

Observa-se, nesse sentido, que o Direito Administrativo Sancionador, como manifestação do poder punitivo estatal, tutela bens jurídicos resguardados pela Constituição Federal, submetendo-se ao regime de direitos e garantias fundamentais. Ao contrário, a Lei de Improbidade Administrativa, modificada pela Lei 14.230/21, apesar de integrar o Direito Administrativo Sancionador, vale-se de construção normativa arrefecida da probidade administrativa, cujos termos foram elaborados com o desiderato de inviabilizar, no mais das vezes, a punição de agentes públicos.

A esse respeito, a aprovação da Lei 14.230/21 transpareceu um caráter revanchista, em especial, contra o trabalho desenvolvido pelo Ministério Público na atuação do combate à corrupção e na proteção ao patrimônio público, destacando as diversas condenações por improbidade administrativa envolvendo os agentes políticos, nas variadas esferas de poder.

Nesse cenário, a Lei de Improbidade Administrativa integra um microssistema de tutela à probidade, encontrando fundamento na Constituição e em tratados internacionais – especialmente a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Essa convenção, devidamente ratificada pelo Brasil, em por objetivo (art. 1º): promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a

recuperação de ativos; promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos (BRASIL, 2006).

O Estado Brasileiro, dessa forma, comprometeu-se a manter em vigor políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção, bem como rever instrumentos jurídicos a fim de determinar se são adequados a esse fim (art. 5º), e, ainda, a adotar medidas mais estritas ou severas daquelas previstas na norma internacional (art. 65).

Há que se reconhecer que os tratados e convenções, ratificados e incorporados no ordenamento jurídico nacional, passam a conter força vinculante ao legislador infraconstitucional⁸², sendo-lhe defeso adotar medidas que retrocedam na defesa dos bens jurídicos fundamentais. A atividade legislativa, pois, está juridicamente vinculada à Constituição Federal.

Por essa razão, o Congresso Nacional inovou para pior, ao criar regras que colidem com as diretrizes mundiais de enfrentamento da corrupção e, sobretudo, violadoras de direitos fundamentais. Há, portanto, nítida ofensa ao princípio da vedação ao retrocesso, cujo fundamento valida-se nos limites impostos ao poder público, dentro de cada espectro de atuação, na confecção de regras desarrazoadas e atentatórias aos direitos sociais mais fundamentais e elementares do ser humano.

Lênio Streck (2004, p.706) assevera quanto ao princípio da vedação ao retrocesso:

Neste ponto adquire fundamental importância a cláusula implícita de proibição de retrocesso social, que deve servir de piso hermenêutico para novas conquistas. Mais e além de todos os limites materiais, implícitos ou explícitos, esse princípio deve regular qualquer processo de reforma da constituição. Nenhuma emenda constitucional, por mais que formalmente lícita, pode ocasionar retrocesso social. Essa cláusula paira sobre o Estado Democrático de Direito como guardadora de conquistas. Ou seja, a Constituição, além de apontar para o futuro, assegura as conquistas já estabelecidas. Por ser um princípio, tem aplicação na totalidade do processo aplicativo do Direito.

E complementa Ingo Sarlet (2012, p. 25-26) no sentido de que o princípio da proibição do retrocesso social, no âmbito do direito constitucional brasileiro, decorre implicitamente do sistema constitucional, dentre os quais:

⁸²Os tratados que versam sobre o direito fundamental do cidadão anticorrupção gozam de status supralegal.

a) O princípio do Estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral; b) O princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar; c) No princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais contido no artigo 5º, parágrafo 1º, e que abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais. [...] d) As manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição, no que diz com a proteção contra medidas de cunho retroativo (na qual se enquadra a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito) não dão conta do universo de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica, que, de resto, encontra fundamento direto no artigo 5º, caput, da nossa Lei Fundamental e no princípio do Estado social e democrático de Direito.

Sobre o tema, Igor Pereira Pinheiro (2021, p. 41) complementa:

Assim, só se admite que haja reforço legislativo para combater a corrupção, mas nunca um afrouxamento voltado a excluir ou flexibilizar às normas anticorrupção que sejam decorrentes diretamente de imposições constitucionais ou convencionais. Trata-se, por assim dizer, de uma verdadeira proibição de retrocesso, que encontra fundamento claro no artigo 60, §4º, da atual Constituição Federal.

De igual sorte, a recente alteração da Lei de Improbidade Administrativa também viola o princípio da proporcionalidade e sua vertente: a proibição da proteção deficiente⁸³.

Com efeito, inadmite-se a atuação omissiva do Estado em cumprir o mandamento constitucional de tutela da probidade administrativa, já que se exige de todos os entes da Administração Pública a melhor compatibilização entre vetores principiológicos e a concretização de suas tarefas.

A propósito, Daniel Sarmiento (2013, p. 481):

A ideia de proporcionalidade como proibição da proteção deficiente (Untermassverbot) desenvolveu-se no direito constitucional germânico a partir da concepção de que os direitos fundamentais não são meros direitos subjetivos negativos, mas possuem também uma dimensão objetiva, na medida em que tutelam certos bens jurídicos e valores que devem ser promovidos e protegidos diante de riscos e ameaças originários de terceiros. Reconheceu-se, portanto, um dever de proteção estatal dos direitos fundamentais = mesmo os de matriz liberal -, que se estende ao Legislativo, à Administração Pública e ao Poder Judiciário. Este dever de proteção é também chamado de imperativo de tutela. Daí decorre que o princípio da proporcionalidade também pode ser manejado para controlar a

⁸³O princípio originou-se do Tribunal Alemão em razão de uma decisão judicial sobre a Lei do aborto.

observância pelo Estado deste dever de proteção, de forma a coibir a sua inação ou atuação deficiente.

Vale dizer, a proibição da proteção deficiente decorre da insuficiência estatal, sob a perspectiva legislativa, em tutelar o bem jurídico fundamental pertencente à coletividade, deixando desguarnecido aquele valor materializado pelo constituinte, consoante se percebe pela inovação legislativa quanto à tutela da probidade da Administração Pública.

Por essa vertente do princípio da proporcionalidade, repita-se, de jaez constitucional, o abrandamento excessivo de normas jurídicas sancionadoras, cuja consequência induz, inevitavelmente, ao arrefecimento de bens fundamentais, padece de inconstitucionalidade.

Imperioso destacar que, no exercício da função típica, inexistente discricionariedade por parte do legislador na confecção de normas jurídicas cujos valores foram idealizados pelo constituinte como direitos fundamentais, portanto, de observância cogente e obrigatória. Assim, a título exemplificativo, incabível a edição legislativa que retroceda no combate ao racismo ou mesmo que atenuie os crimes considerados, por expressa previsão constitucional, hediondos, nos termos da CF, art. 5º, incisos XLII e XLIII.

É plenamente admissível, em decorrência do rígido sistema constitucional de proteção da probidade administrativa, que se possa aplicar idêntico raciocínio aos atos de improbidade administrativa, diante da elevada carga principiológica e valorativa do regime jurídico geral da Administração Pública, conforme se vê na CF., art. 37, *caput*, e § 4º.

Para tanto, exige-se uma criteriosa avaliação do Estado, por meio do Poder Legislativo, na edição de atos normativos, compatibilizando-os com o efetivo regime de responsabilização dos agentes públicos e políticos, segundo os preceitos enraizados ao longo do texto constitucional.

Assim é que se entende pela inconstitucionalidade da Lei 14.230/21 em diversos pontos, quer porque desatende tratados internacionais de combate à corrupção, dos quais a República Federativa do Brasil é signatária; quer por extirpar o princípio da vedação ao retrocesso; quer por desconsiderar o princípio da proporcionalidade, ambos de matriz constitucional.

Ademais, pode-se afirmar que as alterações promovidas, em grande parte na Lei de Improbidade Administrativa, se não declarada inconstitucional pelo Supremo

Tribunal Federal, praticamente inviabilizará a responsabilização do gestor público desonesto e ineficiente, cujo comportamento desborde de seus deveres institucionais.

Isso porque, além das demais já mencionadas alterações desconformes com o regime jurídico-constitucional da probidade da gestão pública, o legislador ordinário ainda afastou, de forma propositada, a tese do dolo genérico, com a alteração do artigo 1º para incluir o parágrafo 2º: "Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente" (BRASIL, 2021), passando a exigir um ônus específico do Ministério Público em provar a presença de elemento subjetivo especial do agente ímprobo.

E, nessa vertente, para a subsunção típica, deve-se demonstrar que agente público agiu com vontade livre e consciente de alcançar um resultado ilícito, não servindo a consciência da irregularidade. Exigir dolo específico dos agentes públicos que tenham agido levemente no trato da coisa pública é uma desmedida, temerária e inoportuna alteração legislativa. Certamente, o fim perseguido pelo legislador ordinário não foi minimizar o endêmico problema da corrupção pública, tampouco proteger os direitos fundamentais do cidadão, mas sim atingir fins estranhos àqueles colimados pelo constituinte.

Essa prova que passa a ser exigida do Ministério Público, quase impossível de ser levada a juízo ou excessivamente difícil de ser produzida, pode ser chamada de "prova diabólica", que faz referência às situações em que a prova da veracidade de um fato é extremamente dificultoso, impossibilitando a demonstração da verdade.

Afora o empecilho punitivo estrategicamente inserido pelo legislador, é certo que os atos de improbidade administrativa, comumente praticados por organizações criminosas, incrustadas nas mais variadas esferas de poder, são de difícil comprovação, em decorrência da sofisticação apresentada em que todos os envolvidos são beneficiados, o que dificulta a apuração e identificação de seus autores.

Nos dizeres de Renato de Lima Castro (2018, p. 383) faz-se necessário, para minimizar esse caótico quadro de impunidade, uma avaliação de prova mais consentânea com o grau de hierarquização, divisão de tarefas e estruturação dos integrantes das organizações criminosas que praticam os delitos de corrupção. E,

nessa vertente, o delito de corrupção viola bem jurídico do Direito Administrativo Sancionador, pela adequação ao tipo de injusto do artigo 9º da Lei 8.429/92.

Percebe-se, portanto, inquestionável distanciamento do regime de responsabilidade funcional do agente público estatuído na Constituição Federal.

Tanto que Renato de Lima Castro (2018, p. 379) afirma:

Nessa vertente, sendo a República um dos princípios estruturais do Estado Brasileiro, tem-se que reconhecer que o combate à corrupção, assim como os efeitos dela decorrentes, há que ser priorizado pelo poder constituído, quer por intermédio da produção legislativa que confira, aos órgãos de persecução do Estado, eficazes instrumentos de controle da corrupção, quer por meio da fiscalização, no âmbito das Casas legislativas, de quaisquer projetos de lei que tentem minimizar, desestimular ou mesmo refrear, os órgãos do Estado, que combatam a corrupção pública.

Nesse sentido, entende-se que a Lei 14.230/21, especificamente nos pontos que enfraqueceram esse regime de responsabilização dos agentes públicos e políticos, assim como na construção de tipos de injusto que afrouxaram a caracterização dos atos de improbidade administrativa, atenta contra o severo sistema de combate à improbidade administrativa preconizado pela Constituição Federal.

Necessário pontuar, todavia, que escapa dos objetivos do trabalho o comentário de todos os retrocessos advindos da aprovação da Lei, razão pela qual se optou, por coerência, em apontar a sua inconstitucionalidade, sob uma perspectiva crítica.

4 CONSENSUALIDADE E DIREITO ADMINISTRATIVO

Este capítulo busca demonstrar a abertura paulatina do espaço de consensualidade no Direito Administrativo brasileiro, a se iniciar pelas barreiras evidenciadas, pela doutrina tradicional, em implementar técnicas resolutivas negociais, notadamente, quanto ao Direito Administrativo Sancionador. Superada a aparente adversidade, passa-se a analisar a nova perspectiva estatal para salvaguardar o interesse público, em especial, a possibilidade de celebrar negócio jurídico processual. O estudo apresenta, ainda, os principais referenciais normativos que disciplinam a adoção de métodos alternativos à solução dos conflitos de interesse em que a Administração Pública é parte. Pretende-se apontar, por fim, as vantagens advindas do modelo consensual, com destaque à democracia, à eficiência e ao acesso à justiça.

4.1 VISÃO TRADICIONAL: O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

O Direito Administrativo constitui um conjunto de princípios e regras disciplinadoras da organização e do funcionamento das entidades, dos órgãos e dos agentes públicos, cuja finalidade precípua seja satisfazer às necessidades coletivas.

Já o Direito Administrativo Sancionador, por sua vez, caracteriza-se pela manifestação do poder punitivo estatal, como forma de impor penalidade ao cidadão ou agente público violador do regime jurídico-administrativo, tal qual ocorre nos atos de poder de polícia, de infringência tributária ou de multa ambiental.

Exige-se, por óbvio, a absoluta observância do núcleo rígido e indelegável de garantias fundamentais do indivíduo, como fator de limitação da atuação administrativa, que se encontra estritamente vinculada aos preceitos constitucionais e ao Estado Democrático de Direito. Em se tratando de penalidade, a propósito, decorre a necessidade de observar todos os direitos dos acusados enraizados na Constituição Federal, tais como o princípio do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da proporcionalidade.

É preciso salientar, nesse vértice, que a materialização da sanção abstratamente prevista pelo Direito Administrativo Sancionador não constitui função

eminentemente privativa do Poder Executivo, podendo ser perfeitamente aplicada pelo Poder Judiciário, conforme a adequação da conduta ilícita praticada.

No que se refere aos fins almejados pelo Estado na imposição sancionatória, Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 840) afirma que a infração administrativa não tem por finalidade causar aflição ou castigo, mas simplesmente busca disciplinar a vida em sociedade para alcançar um bom convívio social. Assim, a infração consiste no descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção, cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa – ainda que não necessariamente aplicada nesta esfera.

Feita a breve introdução, é necessário enfatizar que há, inegavelmente, traços convergentes entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, porquanto ambos expressam o *ius puniendi* estatal e exigem a estrita obediência aos preceitos constitucionais.

Com propriedade, Fábio Guarani (2018, p. 53) apresenta as similitudes da Lei de Improbidade Administrativa, inegável instrumento normativo do Direito Administrativo Sancionador, com o Direito Penal:

Em ambos os setores, vigoram as máximas *nulla poena sine iudice et nulla poena sine iudicio*. Afinal, nos dois, o Poder Judiciário é o impositor das reações punitivas. As sanções de perda de bens, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa e restrição de direitos (como contratar com o Estado ou obter subvenções), contidas na LIA, de um modo ou de outro, se repetem,- ainda que sob natureza variada.

Nota-se, todavia, que, muito embora existam caracteres de aproximação, os citados ramos do Direito possuem identidade e autonomia, notadamente em razão de pressupostos fundamentais específicos que lhes conferem individualidade.

Essas pontuais diferenças foram observadas por Fábio Guarani (2018, p. 53-54), quais sejam: o direito penal é fragmentário, já que, em uma infinidade de bens jurídicos passíveis de proteção, tutela apenas os valores fundamentais; ao contrário, na Lei de Improbidade Administrativa, há um sistema contínuo de proteção, que é a proba gestão administrativa; a natureza da sanção também é fator formal de distinção, porque o direito penal comina pena privativa de liberdade, de maior gravidade no sistema jurídico, o que não ocorre com a Lei de Improbidade Administrativa; na construção tipológica, os tipos de injusto, para o direito penal, são

herméticos e fechados, ao passo que, para o tipo de injusto ímprobo, são abertos e fluídos (diante da falta de descrição objetiva do modelo de comportamento ímprobo).

Cumprido salientar que o Direito Administrativo Sancionador foi idealizado como a concretização do poder unilateral do Estado em penalizar o administrado ou agente público violador das regras que regem a Administração Pública. Na espécie, representa a inequívoca vontade punitiva do Estado.

É preciso compreender que a inobservância dos preceitos constitucionais, na atividade sancionatória, amplia arbitrariamente o direito de punir do Estado, em detrimento dos direitos fundamentais do cidadão indispensáveis à coexistência em sociedade.

Afinal, nas palavras de Floriano Azevedo Marques Neto (2002, p. 948), o que deve pautar a atividade punitiva do Estado não é a sanha de punir (ou de arrecadar multas) e, sim, o equilibrado exercício da função sancionadora que, observada a ponderabilidade fato – pena e a proporcionalidade – seja a um só tempo razoável e eficaz para o atingimento das finalidades que justificam a existência da sanção.

Não se duvida de que a imposição punitiva na esfera administrativa representava, no mais das vezes, uma ineficiente atuação estatal, quer porque não cumpria com a finalidade pública almejada, quer porque inalterava a realidade das coisas.

O Direito Administrativo brasileiro, por sua vez, alinhava-se ao modelo gerencial absolutamente centralizado cujos ideais refletiam a relação vertical com o particular, mediante a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, traduzindo na atuação pautada pelo autoritarismo.

É preciso compreender que, em muitos casos, o melhor interesse público será representado pela solução consensual em que a atuação da Administração Pública, à luz dos ditames constitucionais, resultará na salvaguarda dos interesses da coletividade. Assim, a resposta estatal ao ilícito cometido que seja, a um só tempo, célere, eficiente e proporcional, ainda que obtida pela via da consensualidade, confere plena aplicabilidade aos ditames constitucionais.

Sobre as razões apontadas para afugentar acordos em matéria administrativa, Eduardo Cambi, Diogo de Araújo Lima e Mariana Sartori Novak (2020, p. 59 e 60) acrescentam:

No âmbito do Direito Administrativo, muitos eram os óbices que se colocavam para uma atuação consensual da Administração Pública. Entre

os principais, destacam-se os princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, esta traduzida na ideia de que o interesse público está acima do privado e de quem quer que seja. Daí advêm as chamadas prerrogativas da Administração Pública, que confere ao gestor, entre outros, o poder-dever de aplicação de sanções e limitações de direitos individuais em prol da coletividade. Outro fundamento impeditivo de consensualidade consistia no caráter indisponível do direito protegido (patrimônio público e moralidade administrativa), assim como a indisponibilidade dos direitos difusos, a respeito dos quais, por força do próprio art. 841 do Código Civil, não poderia mesmo haver qualquer tipo de transação. No mesmo sentido a redação do art. 447 do vetusto CPC/73 (interpretando a contrário sensu) com a vedação a acordos ou conciliação. Assim, a obrigatoriedade era a regra no Direito Administrativo Sancionador, admitindo-se raras exceções que deveriam estar expressamente previstas em lei.

Denota-se, portanto, que a principal barreira para a realização de atos consensuais, por parte da Administração Pública, residia na interpretação equivocada do princípio da indisponibilidade.

Sob essa ótica, a indisponibilidade encontra-se atrelada ao interesse público. Vale dizer, a ideia sobre disponibilidade ou não do ato vincula-se, necessariamente, à espécie de interesse almejado. Pode-se traçar o mesmo raciocínio à supremacia do interesse público. Assim, torna-se essencial decodificar, de fato, o que consiste o interesse público⁸⁴, em especial, interpretar os valores nele contidos, para que se possa, posteriormente, compatibilizar o regime jurídico-administrativo com o ato que se pretende realizar.

De partida, tem-se que a expressão “interesse público” caracteriza-se pela generalidade e abstração. Por vezes, a atuação do administrador é concretizada por meio de práticas que conferem aparente licitude, porque realizada, supostamente, para atingir interesse público. Trata-se de perigoso subterfúgio comumente utilizado por agentes públicos para encobrir práticas ilícitas, já que, no mais das vezes, longínquo de atingir qualquer benefício coletivo⁸⁵.

Essa situação, deveras corriqueira, assenta-se no conjunto de atos administrativos praticados para favorecer indevidamente particulares, cuja finalidade é estranha aos fins essencialmente públicos. Daí decorre a necessidade de delimitar o real alcance do interesse público, em especial, para que se possa estabelecer limites aos atos praticados pela Administração Pública.

⁸⁴Alguns autores divisam o interesse público em primário e secundário. O primeiro estaria atrelado às finalidades do Estado, vinculado às quais estão os objetivos do Estado e os interesses que deve alcançar em suas atividades. Está ligado à atividade-fim do Estado. O segundo, por sua vez, estaria ligado às atividades instrumentais ou internas da Administração Pública.

⁸⁵A bem da verdade, os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade já vedariam tal conduta, ainda que sob diversa abordagem.

E, muito embora seja a pedra de toque do Direito Administrativo, conceituar e compreender o interesse público não parece ser tarefa simples. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, menciona a palavra em diversas passagens ao longo do texto, contudo, em nenhuma delas define o instituto⁸⁶.

Do ponto de vista etimológico, interesse seria o valor do objeto ou do bem para determinada pessoa, assumindo o status público quando este interesse atinge um número considerável de indivíduos.

Eros Graus (2005, p. 201-202), contrapondo-se à doutrina clássica, associa o conceito de interesse público à “noção” cuja ideia desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas, sendo homogênea no desenvolvimento das coisas. Assim, sua definição é atemporal, perene, substancialmente porque a

⁸⁶Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

Art. 37. IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Art. 57. §6º. A convocação extraordinária do Congresso Nacional far-se-á: II - pelo Presidente da República, pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal ou a requerimento da maioria dos membros de ambas as Casas, em caso de urgência ou interesse público relevante, em todas as hipóteses deste inciso com a aprovação da maioria absoluta de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

Art. 66. §1º. Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

Art. 93. VIII - o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa; IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VII.

Art. 114. §3º. Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

Art. 128. §5º. Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: I - as seguintes garantias: b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa.

Art. 231. §6º. São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

“noção” é uma ideia historicamente alocada, de acordo com valores e condições sociais de quando é aplicada, sendo passível de interpretação.

Em verdade, seja sob o espectro de “noção”, seja sob a vertente “indeterminação”, é certo que a orientação doutrinária converge sobre a mutação valorativa no conceito de interesse público, influenciado diretamente por fatores sociais e históricos, que dão azo ao emprego de técnicas de hermenêuticas condizentes com o sistema constitucional, pelos seguintes métodos: supremacia da Constituição, interpretação conforme a Constituição, consagração dos princípios da unidade, da razoabilidade e da efetividade das normas constitucionais.

A esse respeito, parece crível que qualquer tentativa de definição de interesse público perpassa, necessariamente, pelo critério da valorização dos bens jurídicos resguardados pela Constituição Federal⁸⁷. Claro que, na linha abordada, parece difícil afugentar certo grau de indeterminação. Isso porque nem sempre o interesse público será auferido por expressa previsão infraconstitucional.

Por outro lado, nas hipóteses em que o legislador presume o interesse público, inexistente margem discricionária ao administrador, que deve cumprir o comando legal nos exatos termos. Assim, ao exigir licitação para a Administração Pública adquirir determinado serviço particular, há absoluto interesse público em perquirir a proposta mais vantajosa à Administração Pública, inadmitindo-se a dispensa⁸⁸.

É nesse sentido, aliás, que a construção do conceito de interesse público deve partir, necessariamente, do cotejo com o regime constitucional adotado, sobretudo porque a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, segundo expressamente consagrado no art. 1º da CF. Neste aspecto, o interesse público deve atuar no contexto normativo delineado pela Constituição Federal, harmonizando-se com o regime jurídico-constitucional da Administração Pública, em especial com o sistema de direitos fundamentais.

Assim, a definição de interesse público parece encontrar substrato de validade no art. 3º da CF⁸⁹, ou seja, como os valores ali materializados constituem a

⁸⁷Marçal Justen Filho (2015, p. 136-145) fundamenta o Direito Administrativo nos citados princípios da indisponibilidade e supremacia, entretanto, os complementa como sendo a indisponibilidade e supremacia de direitos fundamentais e não do interesse público.

⁸⁸Trata-se, a rigor, de observância do princípio da legalidade.

⁸⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a

própria finalidade do Estado brasileiro, por certo, o interesse público deve convergir para a concretização dos objetivos encartados no texto constitucional.

Nos dizeres de Luzardo Faria (2019, p. 35):

A Constituição “densifica a materialidade do interesse público nos limites de oito ‘objetivos fundamentais’, inscritos no art. 3º”, além de “finalidades expressas no preâmbulo e, ainda, em lugares esparsos do texto”, sendo, portanto, o ponto de partida de qualquer análise que busque identificar o sentido jurídico que a noção de interesse público possui no Brasil.

Não se olvida que os princípios constitucionais, explícita e implicitamente albergados pela CF, em especial os que regem à Administração Pública, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, nos termos do art. 37 da CF, também auxiliam na composição do conteúdo de interesse público.

Segundo Luzardo Faria (2019, p. 36-38), os doutrinadores Humberto Ávila, Gustavo Binenbojm, Daniel Sarmento, Alexandre Santos de Aragão e Paulo Schier abriram as portas para um debate que se instaura até hoje no Direito Administrativo brasileiro. Esses autores são críticos da categoria do interesse público e costumam repetir, inúmeras vezes, pela desnecessidade do instituto, em especial:

Em seu ensaio, Sarmento chega a afirmar que era chegada a hora de executar “o esperado réquiem deste malfadado princípio”. Daniel Wunder Hachem se prestou a sistematizar todas estas críticas. Assim, com base em seu trabalho, pode-se identificar dois grandes “grupos” de críticas (os quais são, cada qual, divididos em três críticas mais específicas) que também seriam supostamente aplicáveis ao princípio da indisponibilidade: **(i)** o *princípio seria inútil na prática*, uma vez que **(i.1)** não possui significado jurídico bem determinado; **(i.2)** atualmente, não se pode mais dissociar os interesses privados do interesse público, sendo que aqueles compõe este; **(i.3)** na contemporaneidade podem ser identificados uma série de interesses públicos; **(ii)** o *princípio legitimaria práticas autoritárias*, uma vez que **(ii.1)** despreza o cidadão individualmente considerado, supostamente adotando uma visão utilitarista ou organicista dos fenômenos sociais; **(ii.2)** é incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o regime de direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988; **(ii.3)** pode ser utilizado como fundamento jurídico para a prática de arbitrariedade estatais (FARIA, 2019, p. 36-38).

Conquanto seja defensável a aceção de remodelação da teoria do interesse público, entende-se que, a rigor, a sua total supressão colide com o modelo constitucional desenvolvido no Brasil, cujo Estado Democrático e Social assumiu o compromisso de realizar prestações públicas fundamentais ao cidadão. Não é

marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

demais repetir, uma vez mais, que o interesse público, como finalidade a ser almejada pelo Administrador Público, há de refletir os objetivos da República Federativa do Brasil. Nesse esteio, reputa-se essencial alinhar o interesse público da atividade administrativa com as diretrizes do Estado constitucional brasileiro.

Ressalvado o debate doutrinário sobre a alocação do interesse público no cenário jurídico atual, é certo que, tradicionalmente, se refutava a adoção de técnicas consensuais no Direito Administrativo Sancionador. Nesse viés, não restam dúvidas de que o princípio da indisponibilidade constituía o maior entrave jurídico para a celebração de acordos envolvendo entes públicos. Vale dizer, para a salvaguarda do interesse público exigia-se, inexoravelmente, o litígio ou, ainda, o trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

Sobreleva anotar que o Direito Administrativo brasileiro sofreu inegável influência do Direito francês, sendo que, nas palavras de Lorena Miranda Santos Barreiros (2017, p. 31), as normas administrativas foram construídas sob a premissa de que se tratavam de um direito exorbitante ao direito comum e com caráter derogatório deste, calcado nos princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público.

A noção de indisponibilidade inclusive contribuiu para o excesso de judicialização no Brasil e acarretou em asoerbamento de toda a estrutura estatal na prestação jurisdicional, que se mostrava, na maioria das vezes, absolutamente incapaz de cumprir os preceitos constitucionais de acesso à justiça, efetividade e razoável duração do processo, em especial, pela significativa presença do Poder Público em um dos polos da relação processual.

O movimento avesso à consensualidade pública, em síntese, residia na orientação de que os atos de disposição, por parte do Poder Público, significavam renúncia do interesse público, portanto, absolutamente inegociáveis.

Nessa medida, os órgãos estatais incumbidos de defender o interesse público não poderiam transacionar, justamente porque o objeto litigioso não lhes pertenceria, mas ao povo, verdadeiro detentor da coisa pública. Há, deste forma, estreita conexão com o direito de propriedade em que apenas o titular poderia dispor do

bem⁹⁰. Em consequência, acomete-se aos agentes públicos apenas a missão de gerir, preservar e defender os bens públicos⁹¹.

Exatamente em razão desses preceitos, tradicionalmente, houve resistência na adoção de quaisquer técnicas conciliatórias no Direito Administrativo Sancionador.

Nessa vertente, Lorena Miranda Santos Barreira (2017, p. 33) acrescenta:

Esse modo de estruturar o Direito Administrativo põe em evidência o elemento autoridade em detrimento de seu contraponto, a liberdade. A atuação administrativa brasileira tradicionalmente reveste-se de cunho marcadamente autoritário, sustentando-se sobre três bases: a imperatividade, a unilateralidade e o ato administrativo. A denominada prerrogativa imperativa consiste na possibilidade de a Administração impor ao administrado o conteúdo de decisão por ela definido. Dessa prerrogativa advém a unilateralidade dos provimentos administrativos, resultado que são do exercício do poder estatal, não derivando eles de acordo entre Administração e administrado, ainda que o ato praticado pela Administração se coadune com a vontade do administrado.

Discorrendo sobre a temática, Luzardo Faria (2020, p. 197-219):

Tradicionalmente, o Direito Administrativo Sancionador não se mostrava como espaço muito receptivo a ideais consensuais. Como elucida Juliana Bonacorsi de Palma, 'até a década de 1990 o Direito Administrativo sancionador brasileiro conhecia apenas a resposta binária sancionar/não sancionar', de modo que estava fora do esquadro dos agentes públicos responsáveis por processos administrativos de caráter sancionatório a possibilidade de aplicação de uma sanção atenuada mediante a obtenção, do acusado, de determinados benefícios para a própria Administração.

Esses dogmas, por certo, inviabilizaram qualquer inserção de meios consensuais no Direito Administrativo brasileiro, o que acarretava em desvirtuamento da função estatal à vista da concretização de suas finalidades, dada a dificuldade de adaptá-las à maneira tradicional e retrógrada de administrar.

E, nesse contexto, a materialização da proibição negocial no Direito Administrativo Sancionador restou encartada no art. 17, § 1º da Lei 8.429/92. Tal dispositivo, contudo, foi revogado apenas em 2019, pela Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) que previu o acordo de não persecução cível. É preciso destacar, nessa seara, que o bem jurídico protegido na Lei de Improbidade Administrativa reside no direito fundamental da coletividade de ter uma Administração Pública hígida e proba,

⁹⁰O artigo 841 do Código Civil possibilita a transação apenas quanto aos direitos patrimoniais de caráter privado.

⁹¹Os bens públicos são gravados de inalienabilidade.

sendo que para promover a tutela destes valores era necessário propor a correspondente ação judicial, diante da citada vedação legal.

Hely Lopes Meirelles (2008, p. 103) afirma que a Administração Pública não pode dispor desse interesse nem renunciar poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é detentora do interesse público cujo titular é o Estado, que, por tal motivo, mediante Lei poderá autorizar a disponibilidade ou renúncia.

Em sentido similar, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 76-77):

Significa que sendo interesses qualificados como da própria coletividade - internos ao poder público- não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los- o que também é um dever- na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.

Em complemento, o autor estabelece as consequências jurídicas do princípio da indisponibilidade do interesse público, as quais sintetizam-se em: a) o princípio da legalidade e suas vertentes da razoabilidade, proporcionalidade e finalidade; b) a motivação e a responsabilidade do Estado; c) a obrigatoriedade do desempenho da atividade pública/continuidade dos serviços públicos; d) o controle dos atos administrativos; e) o tratamento isonômico dos cidadãos em face da Administração; f) publicidade; g) inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos.

Inexistem dúvidas, portanto, de que a consecução do interesse público legitima o campo de atuação da atividade administrativa, de modo que todo e qualquer ato praticado pela Administração deve conter tal escopo.

Questão que merece a devida reflexão é se os atos de consensualidade implicam ou não em disponibilidade do interesse público. A resposta, que será aprofundada no decorrer do presente trabalho, depende de variados fatores, a serem sopesados no caso concreto. É preciso deixar claro, contudo, que a vedação prévia e injustificada de institutos consensuais, no âmbito administrativo, não se coaduna com o regime jurídico delineado pela Constituição Federal.

Dessa forma, pode-se afirmar que os instrumentos consensuais previstos no ordenamento jurídico não afetam, de antemão, a indisponibilidade do interesse público, já que se exigirá uma análise concreta das circunstâncias que gravitam em torno do fato, ao tempo em que se buscará justamente tal consecução, ainda que pela solução dialogada.

Assim, acomete-se ao agente público o poder-dever de envidar seus esforços funcionais para, a um só tempo, gerir com eficiência a coisa pública e, sobretudo, concretizar os valores albergados no regime jurídico-administrativo elencados no texto constitucional que pode perfeitamente coexistir com o sistema negocial. Há de ser repensado, portanto, o conceito de indisponibilidade, uma vez que a consensualidade tem como função precípua a busca de uma solução que mais se coadune com o postulado de acesso à justiça.

Nesse sentido, Eduardo Cambi, Diogo Araújo e Mariana Sartori Novaki (2020, p. 62):

À luz de tal paradigma da atuação administrativa constitucional, o princípio da indisponibilidade do interesse público não seria obstáculo à consensualidade administrativa, na medida em que essa representaria mero instrumento para alcançar o interesse público no caso concreto, com os benefícios da maior eficiência e da legitimidade da ação administrativa.

Na esteira dessas ponderações, é fato que o agente público que atua no cumprimento de seus deveres funcionais não poderá, por absoluta incompatibilidade legal, beneficiar ou prejudicar interesse particular em detrimento do bem comum coletivo, sob pena de responder por seus atos. Em verdade, a ideia de indisponibilidade fundamenta os conhecidos princípios da legalidade e impessoalidade. Assim, a leitura, que deve ser feita sobre o princípio da indisponibilidade, é tão somente inadmitir a atuação desvirtuada na tutela dos bens jurídicos fundamentais (coíbe-se a concessão de favores pessoais e ilegais).

Sobre o tema, acrescenta Eduardo Talamani (2017, p. 277):

Existem atividades e bens que, em vista de sua absoluta essência pública, não podem ser abdicados ou alienados, ainda que mediante alguma contrapartida e nem mesmo com expressa autorização legal. Por exemplo, não se concebe que sequer por meio de lei o Poder Público possa renunciar, ainda que parcial ou pontualmente, ao seu poder de legislar ou à titularidade do poder de polícia. Do mesmo modo, não se admite que o Poder Público possa desfazer-se de uma parte do território nacional, ainda que autorizado por lei. Já em outros casos, embora o bem jurídico seja indisponível, outros valores constitucionais podem justificar que, mediante lei, o Estado renuncie a determinadas decorrências ou derivações do bem indisponível. Assim, a potestade tributária é indisponível, mas é possível lei autorizando à remissão, a anistia, do critério fiscal.

Ainda nessa vertente, o princípio da indisponibilidade implica na impossibilidade de renunciar, transferir a terceiro ou vender, no todo ou em parte, o conteúdo do direito, não ensejando, porém, a proibição de buscar soluções consensuais para garantir o seu exercício.

Em contrapartida, como anteriormente frisado, inexistente definição expressa sobre a indisponibilidade do interesse público ao longo do texto constitucional. Cumpre assinalar, todavia, que se trata de princípio implícito cuja recepção decorre do sistema republicano expressamente consagrado no art. 1º da CF e referendado em várias outras disposições, que confere ao intérprete importante vetor, no sentido de rígida compatibilização dos comportamentos administrativos em quaisquer das funções públicas advindas da Administração direta ou indireta, da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, com a consecução do interesse público.

Nesse sentido Luzardo Faria (2019, p. 99):

Na ordem constitucional brasileira, esse valor foi positivado no art. 37 através do princípio da impessoalidade. Mas também é evidente sua relação intrínseca com a concepção de que a Administração deve agir em prol de interesses *públicos* – e não privados–, algo que reforça a tese de que a indisponibilidade do interesse público pela Administração é um princípio jurídico implícito extraível do modelo republicano de Estado expressamente adotado pela Constituição Federal de 1988. Assim, é possível afirmar que a indisponibilidade do interesse público é um reflexo indiscutível do ideal de republicanismo que permeia a Constituição brasileira. A partir disso, o que se pode discutir são no máximo as consequências práticas do princípio da indisponibilidade, mas o fato de que a Administração Pública de uma República deve perseguir interesses públicos, que digam respeito a toda a coletividade e não apenas a determinados grupos de indivíduos que os detentores do poder quiser privilegiar, é indiscutível.

Portanto, é assente que a indisponibilidade do interesse público, implicitamente consagrada pelo constituinte, personifica-se pelo sistema republicano, sendo certo que a Administração Pública deve perseguir fins coletivos, sem conceder privilégios escusos para determinado seguimento. Na hipótese, o ato administrativo que desatender a esse comando estará eivado de desvio de finalidade.

De fato, os agentes públicos que exercem as funções típicas ou atípicas da Administração Pública são regidos pelos princípios constitucionais descritos no art. 37 da CF e, portanto, plenamente vinculados à consecução de fins públicos na atividade administrativa; contudo, perfeitamente defensável, à luz dos critérios constitucionais, que exista certa margem de discricionariedade⁹² quanto ao modo e momento de otimizar este interesse público, o que permite ao legitimado emitir um

⁹²Maria Sylvia Zanela Di Pietro (2009, p. 205), quanto ao ato discricionário, assevera que o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre as várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito.

criterioso juízo de valoração e ponderação acerca da conveniência e oportunidade para implementar técnicas consensuais previstas legalmente.

Não se descarta, portanto, que a inserção de mecanismos conciliatórios no Direito Administrativo é fruto de profunda alteração da atividade interpretativa da Administração Pública, esteada na opção constitucional pelo Estado Democrático de Direito, cuja consequência produz significativo impacto na atuação funcional dos órgãos legitimados.

4.2 NOVO PARADIGMA: NEGÓCIO JURÍDICO E PODER PÚBLICO

Desponta, nesse contexto de ineludível alteração paradigmática do Direito Administrativo, a relevância de possibilitar a introdução de elementos consensuais nos processos e atos que movem a atividade administrativa. Essa atuação é uma realidade inexorável no ordenamento jurídico brasileiro.

Vislumbra-se, atualmente, o fenômeno da expansão da atuação da Administração Pública nos mais variados setores que permeiam a relação humana, objetivando a defesa de interesses públicos jungidos na Constituição Federal, de acordo com o modelo estruturado de Estado Democrático de Direito.

Percebe-se, outrossim, a estruturação e aparelhamento dos órgãos de todos os poderes, que representam a atuação estatal perante a coletividade, inserindo-se, nesse contexto, a independência do Ministério Público, autonomia do Tribunal de Contas e demais agentes incumbidos de prestar serviço público.

Nessa perspectiva, o Direito Administrativo têm sido objeto de frequente reflexão no cenário jurídico nacional. A experiência demonstra que a utilização estagnada de seus preceitos, no mais das vezes, concebidos em diferentes momentos históricos, políticos e sociais, contribui para o depauperamento deste ramo do direito, notadamente, sob a perspectiva constitucional.

A proeminente necessidade de realinhar alguns conceitos do Direito Administrativo decorre, indubitavelmente, de múltiplos fatores econômicos⁹³ e

⁹³Houve, nas últimas décadas, exponencial incremento da economia mundial, em virtude da globalização, com avanço tecnológico e industrial em diversos setores.

sociais⁹⁴ que conferiram novos contornos à relação jurídica de direito material cujo interesse público encontra-se cada vez mais presente, como nas questões de zoneamento urbano, de meio ambiente, de patrimônio público, dentre outros.

De igual sorte, indubitável a crescente realização de parcerias entre o poder público e o setor privado, tornando-se cada vez mais frequente a utilização de instrumentos que permeiam a relação contratual, notadamente, a negociabilidade.

Daí porque é de interesse estatal, sob qualquer ângulo, coibir práticas obsoletas e inefetivas de prestar o serviço público, sujeitas, muitas vezes, às amarras e incertezas de um processo moroso, o que certamente redundará na má qualidade da própria atuação administrativa e, em última análise, na disjunção do interesse público.

Como se observa, o cidadão tem o direito de exigir que o Estado desempenhe suas funções com total respeito às diretrizes da Constituição Federal, sobretudo que a atividade administrativa seja permeada por critérios de legalidade, eficiência, celeridade e proporcionalidade.

Nessa perspectiva, nem sempre será facilmente aferível pelo agente estatal o momento correto de concretizar o interesse público, se mediante a propositura de processo administrativo ou judicial ou se pelas práticas consensuais. Certamente, os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, além de outros valores implícitos na Constituição Federal, devem permear a atividade interpretativa.

Inadmite-se, contudo, a censura prévia aos modelos consensuais na Administração Pública, quer porque incompatível com os ditames constitucionais, quer porque decorre de premissa desacertada sobre o regime jurídico-administrativo.

Portanto, assentada a relevância, senão imprescindibilidade, em admitir que os agentes públicos, no exercício de suas atuações funcionais, possam, no caso concreto e à luz dos preceitos constitucionais, empregar técnicas negociais para implementação do interesse público. Trata-se, a rigor, da adoção de um modelo administrativo gerencial cujas premissas fundam-se no desenvolvimento de atos absolutamente voltados às práticas eficientes e honestas.

Inserem-se, nesse contexto, os atos administrativos consensuais, os quais, na visão de Luzardo Faria (2019, p. 99), são aqueles acordos de vontade estabelecidos entre a Administração Pública e um ou mais sujeitos de direito, regulados pelas

⁹⁴A sociedade, cada vez mais diversificada e plural, tende a apresentar diferenças que certamente demandam uma atuação estatal sensível a estas divergências.

normas do regime jurídico-administrativo e celebrados, no seio de um processo administrativo através do qual as partes estabelecem, de comum acordo, os termos de constituição, modificação ou extinção de uma determinada relação jurídica na qual a Administração tradicionalmente poderia interferir unilateralmente por meio de suas prerrogativas.

Essa nova faceta da Administração Pública, aberta a consensualidade junto ao particular, representa, a um só tempo, a materialização dos anseios sociais tuteladores do interesse público e a vedação do autoritarismo e do arbítrio administrativo que imperaram por décadas.

Coíbe-se, portanto, a Administração Pública verticalizada e centralizadora de seus atos, exigindo uma atuação altamente eficiente e concretizadora dos direitos fundamentais do indivíduo cujo papel passa de mero espectador a agente colaborativo do Estado. É o caso, por exemplo, das ações de medicamentos propostas em face do Município, em que o direito individual do proponente da demanda é reconhecido por pacífica jurisprudência, sendo incontestável a responsabilidade do ente público. Nessa hipótese, reputa-se plenamente admissível o acordo entre as partes, já que presente o interesse público em salvaguardar o direito fundamental individual à saúde, não sendo crível a utilização desmedida de atos procrastinatórios que levam, necessariamente, ao substancial incremento financeiro e gerencial do Estado.

É certo que os agentes públicos, na condição de representantes das pessoas federativas, devem realizar a defesa técnica para salvaguardar os interesses estatais, utilizando-se de todos os meios lícitos e admissíveis no ordenamento para atingir tal finalidade. Não se dúvida, contudo, de que eventual negociação em processos administrativos e judiciais poderá, a depender do caso concreto, resguardar, prematuramente, o interesse público.

A temática da consensualidade administrativa constitui-se em praticar atos favoráveis ao interesse público, seja ao antecipar a pretensão punitiva estatal, seja ao renunciar ou ao reconhecer direitos (de acordo com o caso concreto). Este sistema consensual revela-se benéfico a ambas as partes. Ao Estado, que soluciona a demanda de forma célere e eficaz (por exemplo, mediante a recomposição financeira), e ao particular que não se submete ao processo judicial, com seus ônus. Rechaça-se, portanto, a tese de que o interesse público é sempre dissociado do interesse particular.

Relevante citar os ensinamentos de Antônio do Passo Cabral (2016, p. 329):

Em se tratando de convenções atinentes a direitos processuais ou ao procedimento, não há propriamente a disposição de direitos materiais da coletividade. A disposição de direito processual não tem como reflexo necessário a mitigação do direito material cuja tutela é pretendida na relação jurídica processual. [...] Por esse motivo, a indisponibilidade sobre o direito material não leva necessariamente à indisponibilidade sobre as situações jurídicas processuais, até porque a convenção processual pode reforçar a proteção que o ordenamento jurídico atribui aos bens com algum grau de indisponibilidade.

É importante observar que a construção do acordo, no âmbito público, pode ter a feição tanto de negócio jurídico processual quanto material⁹⁵, a depender da área do direito e da matéria negociada.

No que concerne à negociação processual, a possibilidade de convencionar as regras procedimentais sempre foi objeto de muita polêmica no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que as normas do processo representariam, por si só, a onipotência estatal e, portanto, de interesse público inderrogável. Tanto que, na visão de Chiovenda (1965, p. 64): “não existe, pois, um processo convencional, quer dizer, ao juiz e às partes não é permitido governar arbitrariamente o processo”.

Exatamente em razão deste pensamento, a doutrina tradicional mostrava-se avessa à possibilidade de as partes modificarem qualquer procedimento ou rito pelo autorregramento da vontade, justamente pela natureza pública e cogente das normas processuais.

E, muito embora o Código de Processo Civil de 2015 tenha ampliado as hipóteses de convenção processual, flexibilizando o procedimento no interesse das partes, talvez o maior problema reside na aceitação da inovação prevista no artigo 190 do Código de Processo Civil cuja redação estabelece uma cláusula geral e aberta dirigida aos litigantes que podem alterar determinadas regras procedimentais em qualquer tempo e processo.

Neste esteio, alguns doutrinadores analisam o negócio jurídico processual sob uma perspectiva crítica, notadamente, porque o legislador previu poderes absolutamente amplos na condução processual, mediante a valorização extrema da autonomia da vontade, o que, em tese, violaria o princípio do devido processo legal, além da segurança jurídica.

⁹⁵O negócio jurídico de direito material no acordo de não persecução cível será tratado no capítulo subsequente.

Assim é que, segundo a visão dos que inadmitem o instituto, a autonomia privada não poderia ditar as regras processuais e seus efeitos, uma vez que a Lei e somente esta poderia cumprir tal mister. De igual sorte, sustenta-se que deixar ao arbítrio das partes a adequação casuística do procedimento geraria inevitável insegurança jurídica.

Não parece adequada esta interpretação. É certo que a aplicação autômata e burocrata da Lei, sem observar os efeitos emanados do texto constitucional, não se coaduna com a moderna concepção de liberdade que, ao lado da dignidade da pessoa humana, constitui um dos vetores principais do Estado Democrático de Direito (contrapõe, nesse ponto, ao Estado de Direito).

Observa-se, ainda, que a negociabilidade procedimental pode perfeitamente compatibilizar-se com o princípio da segurança jurídica, como preconiza Lorena Miranda Santos Barreiros (2017, p. 183):

[...] enquadrada a norma negocial no conceito de legalidade e uma vez que a legalidade, neste sentido amplo, é capaz de conferir previsibilidade ao procedimento, a convenção das partes em matéria processual respeita o núcleo essencial do princípio da segurança jurídica. Não se admite que, sob o fundamento da ausência de previsibilidade, seja vedada a negociação em matéria processual; a imprevisibilidade porventura decorrente de um determinado acordo celebrado deve ser verificada no caso concreto, no âmbito do controle de validade da convenção realizado pelo juiz.

Na trilha desse raciocínio, a negociação processual representa, em linhas gerais, a democratização do processo, em que as partes constroem solução dialogada cujos efeitos beneficiam a todos os envolvidos. É claro que se exige a verificação dos pressupostos de existência, validade e eficácia para a viabilidade do acordo. Por óbvio, também existem limites, que serão oportunamente abordados.

Sobre o tema, GAJARDONI (2007, p. 246) salienta:

[...] o procedimento flexibilizado não viola a cláusula do devido processo legal, eis que se conservarão na operação todas as garantias constitucionais do processo, especialmente o contraditório". Pelo contrário, o devido processo legal, previsto na Constituição Federal, é potencializado com a adequação do procedimento às circunstâncias da causa. Ademais, a flexibilização, notadamente a voluntária, empodera as partes de tal maneira a aumentar a conformação destas com a decisão proferida.

Firmada a premissa pela constitucionalidade, o negócio jurídico processual pode ser conceituado como o acordo de vontade entre as partes que visa produzir

efeitos jurídicos aos atos e procedimentos processuais a que estejam submetidos, desde que observados certos limites.

Nessa linha, Fredie Didier Jr. (2018, p. 439) define o negócio processual como “o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento”.

Com efeito, almeja-se a liberdade dos sujeitos processuais, que podem regular a produção de efeitos e resultados. Esta atuação, calcada no autorregramento de vontade, consagra o protagonismo das partes as quais, ao lado do magistrado, devem conduzir os atos processuais, a partir de um ambiente democrático, observando as diretrizes constitucionais.

Dito isso, é importante distinguir os negócios processuais em típicos, ou seja, aqueles com previsão legal como o saneamento consensual (art. 357, §2o, CPC/15), a escolha consensual do perito (art. 471, CPC/15), a calendarização processual⁹⁶ (art. 191, CPC/15), a redução de prazos peremptórios (art. 221, § 1º CPC) entre outros; e atípicos⁹⁷, em que o artigo 190⁹⁸ estabelece uma cláusula geral e aberta de convenção processual, consoante a autonomia da vontade.

Dessa forma, tratando-se da inovação existente no artigo 190 do Código de Processo Civil, a primeira parte dispõe sobre a flexibilização do procedimento para ajustá-lo conforme desejam às partes e, a segunda, possibilita o acordo em face dos ônus, poderes, faculdades e deveres. Nesse ponto, os vetores constitucionais como a justiça, igualdade, participação democrática, efetividade são alocados para o sistema processualista.

Quanto ao momento da celebração do negócio jurídico processual, calha afirmar que poderá ser entabulado tanto antes de eventual litígio, seja por intermédio

⁹⁶Enunciado nº 299 do fórum permanente de processualistas civis (2017, p. 42): "O juiz pode designar audiência também como objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para fase de instrução e decisão.

⁹⁷Enunciado 19 II encontro de jovens processualistas (2013, p. 438): São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória.

⁹⁸“Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

de contrato autônomo ou mesmo mediante a inserção de cláusula em contrato, quanto durante o processo, cabendo ao magistrado o devido controle. Também não há impedimento para a celebração da negociação processual em processo de execução⁹⁹.

É importante observar que os requisitos de existência, validade e eficácia do negócio jurídico material, inclusive quanto a eventuais vícios¹⁰⁰, aplicam-se aos negócios jurídicos processuais, com algumas peculiaridades.

Nessa trilha, a vulnerabilidade, prevista no parágrafo único do artigo 190 do CPC, nada mais representa do que a violação ao princípio da igualdade, de modo que, se inexistir equilíbrio¹⁰¹ entre os contratantes, o magistrado deverá recusar a sua aplicação.

Relevante anotar uma especificidade quanto ao requisito da eficácia. Em regra, os negócios jurídicos processuais atípicos não se submetem ao crivo do judiciário para produzir efeitos¹⁰². As partes podem, contudo, modular os seus efeitos mediante a inserção de cláusula expressa nesse sentido. Assim, com a judicialização da demanda, exige-se que o magistrado exerça apenas o controle quanto à legalidade, sendo-lhe vedada a análise quanto aos demais termos do negócio. É certo, portanto, que os efeitos dele decorrente são irradiados desde a sua celebração.

Em contrapartida, talvez a maior controvérsia quanto aos negócios jurídicos processuais atípicos, presentes no artigo 190 do Código de Processo Civil, reside na demarcação dos exatos limites impostos às partes para a sua celebração.

Nesse viés, é certo que a liberalidade conquistada paulatinamente no âmbito processual, por meio da participação democrática e cooperada, deve coexistir com

⁹⁹ Fredie Didier e Antônio de Passos Calmon, em artigo intitulado “Negócios Jurídicos Processuais Atípicos e Execução” admitem, por exemplo, a) o pacto de não execução; b) impenhorabilidade dos bens; c) ordem de bens a penhorar; d) formas de comunicação; d) a renúncia do direito à multa e a promessa de não executar o valor da multa; e) o negócio jurídico processual em que se aceite, previamente, o uso de medidas executivas atípicas como técnica principal (não subsidiária) de efetivação da decisão; f) o negócio jurídico processual em que se aceite, previamente, o uso de determinadas medidas executivas atípicas, que passam, por isso, a ser medidas típicas, de origem negocial (2018).

¹⁰⁰ Enunciado nº 132 do fórum permanente de processualistas civis (2017, p. 23): (art. 191) Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 191.

¹⁰¹ A desigualdade, verificada no caso concreto, pode ser econômica, social, em geral nas relações de consumo ou de trabalho, ou mesmo jurídica, como nos casos em que a parte celebra o negócio sem assistência de advogado.

¹⁰² Enunciado nº 133 do fórum permanente de processualistas civis (2017, p. 24): "Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do caput do art. 190 não dependem de homologação judicial".

outros valores de ordem constitucional, ou seja, a consensualidade não prescinde da adequação às regras do devido processo legal.

Em sendo assim, pode-se afirmar que o primeiro óbice quanto à liberdade de negociação incide sobre a já abordada igualdade entre as partes, sendo inconcebível admitir o desequilíbrio ao hipossuficiente.

Parece óbvio, mas não se pode deixar de frisar, que os negócios jurídicos processuais devem coadunar com o sistema jurídico, de modo que os pactos ilícitos também serão rejeitados.

Em outra vertente, não menos importante, está a necessidade de a negociação preservar os princípios e garantias fundamentais do processo, tais como o princípio do contraditório. Inconcebível, ainda, a inserção de cláusula que vise alterar regra da capacidade absoluta, assim como a previsão de regras que violem a ordem pública.¹⁰³

Tanto que o Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão sobre os negócios jurídicos processuais, por intermédio voto do Ministro Luís Felipe Salomão (BRASIL, 2021) destacou:

O contraditório, enquanto assegurador do poder de participação da parte no processo, garante efetiva influência do sujeito que dele se vale na formação do convencimento do magistrado, integrando o próprio conceito de processo, de modo a redundar em sua absoluta indispensabilidade à órbita processual.

No que diz respeito a eventual descumprimento do acordo, as partes podem agir de forma desvirtuada, oportunidade em que deverão responder pelas sanções descritas no artigo 77 do Código de Processo Civil, além de outras previamente pactuadas¹⁰⁴.

Superado o paradigma da indisponibilidade do interesse público, como anotado, é de ser reconhecer a plena possibilidade da perfectibilização dos negócios jurídicos processuais e materiais nos processos que envolvam a Administração Pública.

¹⁰³ Enunciado 20 do II encontro de jovens processualistas (2013, p. 438): Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da 1ª instância.

¹⁰⁴ Enunciado 17 do II encontro de jovens processualistas (2013, p. 439): “As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção”.

E, sob o aspecto material, desde que respeitados os requisitos do art. 190 do CPC que condiciona os negócios jurídicos processuais aos casos em que o processo verse sobre direitos que admitem a autocomposição, é indubitoso que a Fazenda Pública pode promover negócio jurídico. Basta pensar no acordo de leniência firmado pelo CADE, em que se convencionou a obtenção de informações privilegiadas para desbaratamento de organização criminosa, mediante a repatriação de valores indevidamente locupletados. Evidente que se renunciaram direitos para a obtenção de interesse público de maior relevância.

Todavia, a abordagem mais completa quanto aos negócios jurídicos materiais, no âmbito do poder público, será retomada mais adiante, especificamente no trato do acordo de não persecução cível, objeto principal deste trabalho.

Alinhavada tal circunstância, não se dúvida de que os negócios jurídicos processuais também podem ser objeto de negociação na esfera pública. É claro que se devem observar os requisitos de todo o ato administrativo (competência, finalidade, forma, motivo e objeto), como pressuposto lógico e inafastável da celebração negocial.

Quanto à competência¹⁰⁵, como regra indissociável do conjunto de atribuições conferidas ao agente público, é fato que o acordo somente pode ser celebrado pelo ente responsável pelo ato, devidamente estabelecido pela Lei.

A finalidade, por sua vez, há de ser eminentemente pública, sendo o ato adequado às especificidades da causa.

O aspecto formal há de ser livre e constitui garantia jurídica para o administrado e para a própria Administração, já que possibilita o completo controle do ato praticado¹⁰⁶.

O motivo é a exposição dos fatos e do direito que fundamentam o ato administrativo e servem, assim como a forma, para o controle de legitimidade.

O objeto, por fim, deve ser lícito, inserindo-se às limitações dos negócios jurídicos. São nulos de pleno direito, por exemplo, os acordos que afastam a intervenção do Ministério Público nos casos em que a Lei determina; que convencionem o recebimento de verbas sucumbenciais aos agentes públicos; que

¹⁰⁵O art. 13 da Lei 9.784/99 veda a delegação do ato administrativo quando a matéria for de competência exclusiva.

¹⁰⁶O art. 22 da Lei 9.784/99 disciplina, como regra, o informalismo do ato administrativo.

visem alterar a competência absoluta; que inobservem as garantias constitucionais, como as que suprimem o contraditório, entre outros.

Nada impede que a Administração Pública também celebre negócios jurídicos processuais típicos, inclusive, mediante a adoção da arbitragem, segundo disposição encartada no art. 1º, § 1º, da Lei 13.129/2015.

Igualmente possível a convenção de negócio jurídico processual atípico no âmbito administrativo, em que o ente público dispõe de direitos e regras processuais para almejar uma situação de vantagem. Comporta trazer novamente às seguintes situações exemplificativas: acordo de redução de prazos; dispensa consensual de perito; supressão de efeito suspensivo de recurso; previsão de meios alternativos de comunicação das partes. Nesse viés, admite-se, sem dúvidas, a autocomposição sobre a estrutura processual ou procedimental por parte do poder público, conquanto este deva sopesar os reais benefícios ao interesse público, ainda que o direito em litígio seja indisponível¹⁰⁷.

Nesse sentido, Lorena Miranda Santos Barreiros (2017, p. 93):

O cabimento, porém, do uso da cláusula geral de negociação processual pelos entes públicos é conclusão de logo adotada e que se assenta sobre premissas diversas. Dentre as premissas mais gerais, destacam-se: a) o princípio do consenso ínsito ao Estado Democrático de Direito, a impor a construção de uma cultura impositiva; b) o modelo de administração gerencial haurido a partir da reforma administrativa de 1995, que se pauta em uma atuação mais paritária e dialogada da Administração Pública em suas relações com o particular; c) as mudanças encetadas no Direito Administrativo a partir da associação do modelo de administração gerencial com o Estado Democrático de Direito, especialmente o reconhecimento de submissão dos entes públicos à juridicidade administrativa e não mais à pura e simples legalidade administrativa, o que conduz ao reconhecimento de que há outras fontes normativas capazes de imputar obrigações aos entes públicos, além da lei, inclusive, fontes negociais.

Reputa-se inexorável concluir, diante desse novo panorama, que a abertura consensual, nos processos representados pelo poder público, desponta como louvável inovação, já que reflete uma Administração Pública constitucionalizada e desburocratizada, que não se vincula, única e exclusivamente, ao princípio da legalidade.

¹⁰⁷ Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (2017, p. 24) (art. 191, § 4º): A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.

Nesse cenário, a tendência em viabilizar soluções processuais dialogadas, mediante a inserção de instrumentos negociais, foi objeto de gradativa evolução legislativa, conforme se exporá a seguir.

4.3 PRINCIPAIS INSTITUTOS CONSENSUAIS

Em se tratando de processos envolvendo o poder público, como frisado, aclara-se a existência da cultura essencialmente fundada no litígio, mais especificamente em tutela coletiva. Basta verificar a Lei 6.938/1981 (art. 14, § 1º)¹⁰⁸, a Lei 7.853/1989 (art. 3º)¹⁰⁹ e a Lei 7.913/89 (art. 1º)¹¹⁰ as quais dispõem sobre as medidas judiciais necessárias para a proteção de valores transindividuais.

As significativas alterações no Direito Administrativo, com esteio no modelo mais gerencial e eficiente, especialmente com a concretização do Estado Democrático de Direito, propiciaram a inserção paulatina de mecanismos consensuais mediante a edição de atos normativos capazes de positivar uma solução mais dialogada e flexível do poder público.

A bem da verdade, o fenômeno consensual da Administração Pública não se restringiu ao Direito Administrativo. Ao contrário, impulsionado pela materialização dos valores constitucionais, em especial a eficiência, a nova sistemática conciliatória espalhou efeitos a distintos ramos do Direito.

Pode-se afirmar, inclusive, que a previsão normativa de instrumentos de consensualidade converge com a política internacional de resolução de conflitos, porquanto leva em consideração o preâmbulo constitucional cujos preceitos movem-se pela solução pacífica das controvérsias na ordem interna e externa, o que, por óbvio, alcança o poder público.

Vale ressaltar que, em suas origens, a Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública) não albergou o regime negocial, sendo que apenas com o advento da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), por meio do artigo 211, previu-se, de forma pioneira, o termo de ajustamento de conduta (TAC). Esse instrumento consensual, aliás, foi replicado no artigo 5º, § 6º, da Lei 7.347/85, por intermédio do artigo 113 da

¹⁰⁸Reparação de danos causados ao meio ambiente.

¹⁰⁹Reparação de danos às pessoas portadoras de deficiência.

¹¹⁰Reparação de danos aos titulares de valores mobiliários.

Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Nesse cenário, é indispensável observar que o TAC constitui excepcional ferramenta de tutela dos interesses coletivos, com esteio nos princípios constitucionais da eficiência e acesso à justiça.

É fato que, desde o processo de reforma estatal promovido pela Constituição Federal, tem-se notado um significativo movimento de valorização da solução consensual de conflitos que não se limita, evidentemente, à esfera administrativa¹¹¹.

Nesse contexto, no âmbito criminal, promulga-se a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais) cujos regramentos convergem para a solução pacífica dos conflitos, em especial, quanto aos institutos da transação penal¹¹² e da suspensão condicional do processo¹¹³, cabíveis aos delitos de menor potencial ofensivo. Cumpre assinalar que o modelo de práticas consensuais, substitutivas de ineficientes institutos penalizadores, relativizam o princípio da obrigatoriedade da ação penal em que o titular da pretensão punitiva do Estado, diante do preenchimento de requisitos estabelecidos na Lei, renuncia à propositura de ação penal em benefício de interesse coletivo¹¹⁴.

De igual modo, o legislador disciplinou a consensualidade na Lei 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais), por meio do artigo 10, § único, em que os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais (BRASIL, 2001).

Dado o primeiro passo, no que pertine à inserção normativa de instrumentos consensuais ao poder público, força reconhecer que o Direito Administrativo contemporâneo cujas bases irradiam vetores inseridos na Constituição Federal exige novo formato de administrar, eis que interligado à efetiva participação popular nos atos de governo, mediante a inserção do discurso e da consensualidade.

Nesse aspecto, paulatinamente, identifica-se o fenômeno da participação da sociedade civil institucionalizada na consecução dos atos de interesse público,

¹¹¹É preciso destacar, contudo, que o Decreto -Lei 3.365/1941 já previa o consenso nos processos de desapropriação amigável, segundo expressa disposição encartada no art. 10.

¹¹²Acordo firmado entre o Ministério Público e o acusado mediante a imposição de uma pena em detrimento do arquivamento dos fatos.

¹¹³Trata-se de negócio jurídico processual em que o Ministério Público propõe suspender o processo para que o acusado cumpra determinadas condições.

¹¹⁴Esse interesse pode ser identificado na imposição de medidas alternativas, efetivas e imediatas ao infrator penal, reestabelecendo a segurança social.

promovendo uma verdadeira simbiose entre as esferas públicas e particulares, com esteio no modelo de Estado democratizado¹¹⁵.

A Administração gerencial do poder público, como reflexo das novas necessidades jurídico-administrativas, transfere ao setor privado grande parte da atividade estatal, desestatizando o serviço público. Nesse ambiente, exsurge a parceria público-privada¹¹⁶, como instrumento viabilizador de investimentos nas mais variadas áreas de infraestrutura em que a Administração Pública (parceiro público) e o concessionário (parceiro privado) celebram contrato de longa duração, a fim de que este efetue a prestação de serviço público, mediante a contraprestação financeira. Existe a possibilidade, conforme o modelo contratual, do Estado arcar com a obrigação total, parcial ou assegurar um pagamento mínimo, o que, por certo, diminui os riscos inerentes à atividade econômica de mercado.

A parceria público-privada foi citada com o propósito de demonstrar a inserção de instrumentos consensuais nesse modelo de administrar, já que a Lei 11.079/2004, no art. 11, III, contempla a possibilidade de submeter os conflitos, porventura instaurados entre o setor público e privado, à arbitragem cujo ideal fundamenta-se no consenso.

Nesse ponto, Lorena Miranda dos Santos Barreiros (2017, p. 74) afirma:

A percepção da lógica econômica subjacente à institucionalização das parcerias público-privadas no Brasil é premissa para a compreensão do papel dessa figura contratual no contexto da abertura do Estado à consensualidade. O exaurimento da capacidade do estado de se endividar e, portanto de investir em infraestrutura e em serviços públicos ensejou, por um lado, a necessidade de busca de investimentos privados nesses setores. Por outro, o formato de concessão comum não atenderia a esse intuito para os serviços públicos que não se revelassem economicamente autossustentáveis (já que naquele modelo não há, por exemplo, contraprestação paga pelo Poder Público).

Por outro lado, no que se refere ao Direito Administrativo Sancionador, o movimento negocial ganha espaço no cenário nacional a partir da Lei 10.149/2000, modificando a Lei 8.884/1994, em seu art. 35-B e ss. De igual modo, a Lei nº 4.137/1962, substituída pela Lei nº 8.884/1994, regulamentada pelos Decretos 92.323/1986 e 36/1991, criando o Compromisso de Cessação de Conduta. Atualmente, o tema está regulamentado pela Lei 12.529/2011 (conhecida como Lei

¹¹⁵Nesse sentido, tem-se as audiências públicas.

¹¹⁶Há distinção dos contratos de concessão, tendo em vista que na parceria público-privada o contrato é por longo período; a remuneração é atrelada a efetiva prestação do serviço, além da contraprestação ser assumida pelo Estado.

Anticorrupção), prevendo o acordo de leniência com pessoas físicas e jurídicas em atos de infração à ordem econômica, seja no âmbito concorrencial ou licitatório.

O instituto da leniência pode ser definido como o negócio jurídico celebrado entre a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública com as pessoas jurídicas que colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, em benefício da atenuação sancionatória. Afinal, como bem pontuado por Lorena Miranda dos Santos Barreiros (2017, p. 66), a via negocial revelou-se como a mais eficiente ao alcance das finalidades pretendidas: conter a atividade ilícita, buscar o ressarcimento aos danos ocorridos pela prática infracional e punir os infratores.

Recorde-se de que essa espécie delitiva, praticada comumente pelos responsáveis das pessoas jurídicas que visam obter alguma vantagem indevida, direta ou indiretamente relacionada com o Poder Público, acomete-se de complexidade, quer pelo aspecto de obtenção de prova, quer pelo aspecto punitivo. Assim, em decorrência do sofisticado processo de concretização dos delitos econômicos, no mais das vezes cometidos por grandes organizações criminosas enrustadas nas estruturas do Estado, é que se torna dificultosa a comprovação deste fenômeno.

Por esse motivo, a colaboração do agente que integra a organização criminosa, reveste-se de fundamental importância exatamente porque, conforme preconiza Renato de Lima Castro (2018, p. 386), permite um cotejo convergente de todo o material coligido e possibilita que os órgãos de investigação tenham uma visão interna da estrutura criminosa, detalhando: o processo de hierarquização; o modo de operacionalização, a estrutura de comando e execução; localização de bens e modo de lavagem de ativos; apresentação de documentos, planilhas e controles da atividade delituosa e ímproba, etc. Daí reside o interesse público no consenso: ressarcir a coletividade e descortinar maiores elementos da atividade ilícita.

Por outro lado, outras fundamentais manifestações do movimento consensual encontraram eco no Direito Administrativo, como a arbitragem e a mediação no poder público. Substituiu-se a Administração verticalizada e rígida pela horizontalidade da relação jurídica contratual, com prevalência dos direitos fundamentais.

Nesse cenário, a arbitragem emerge de elevada potencialidade resolutiva na medida em que as partes, com base na autonomia da vontade, conferem a um terceiro imparcial o dever de solucionar a controvérsia advinda da relação entre o Estado e o particular. Registre-se, a propósito, que a opção pela linha arbitral concretiza, a um só tempo, a celeridade e eficiência, compatibilizando-se com os interesses público e privado.

Há que se ressaltar, contudo, dois pressupostos de admissibilidade, denominadas como arbitragem subjetiva e a arbitragem objetiva. A primeira, com esteio no art. 1º da Lei 9.307/1996, consiste na capacidade da parte para valer-se da arbitragem. A segunda, por sua vez, refere-se à matéria, também com apoio no art. 1º da aludida Lei, o que, segundo disposto, possível apenas quanto aos direitos patrimoniais disponíveis (BRASIL, 1996).

Note-se que o citado artigo 1º não excepciona quaisquer entidades, sendo assim, passível de abarcar o Poder Público. Ao intérprete, portanto, não seria lícito reduzir o alcance do comando legal.

Poder-se-ia argumentar que a arbitragem objetiva constituiria óbice intransponível ao ente público, já que os bens estatais são indisponíveis e somente quanto aos direitos patrimoniais disponíveis estaria autorizada a arbitragem.

Esse argumento, todavia, não convence. Em primeiro, consoante exaustivamente demonstrado, há, necessariamente, uma reformulação da noção de interesse público no Direito Administrativo, deixando de conter àquele centralismo absoluto da atuação administrativa para abranger valores democráticos idealizados pelo constituinte, inserindo-se, pois, a consensualidade. Em segundo, a indisponibilidade do interesse público coexiste com a disponibilidade de direitos patrimoniais da Administração Pública, vez que não há renúncia de direitos, mas apenas a submissão do caso concreto ao árbitro. Nesta hipótese, por evidente, o administrador deve sopesar qual a melhor via adotar, sempre com arrimo nos preceitos constitucionais, não significando, de antemão, qualquer abdicação do interesse público.

Forçoso reconhecer que esse aparente impasse foi dirimido com o advento da Lei 13.129/2015, que acresceu o parágrafo 1º ao art. 1º, no sentido de conter expressa previsão permissiva do órgão público utilizar a arbitragem para solucionar seus conflitos. Assim, a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem será a mesma para a

realização de acordos ou transações, ao passo que a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade (BRASIL, 2015).

Trata-se, na realidade, de previsão legal que, além constitucional, revela-se absolutamente acertada e consentânea com o movimento revolucionário de inserção consensualista da Administração Pública.

A inovação legislativa, por demais oportuna, encontra inexorável correspondência com os preceitos no Código de Processo Civil de 2015, em especial, quanto ao art. 3º, parágrafos 1º, 2º e 3º¹¹⁷, os quais serão abordados adiante.

A pertinência na adoção da arbitragem pela Administração Pública, notadamente, quanto às reais vantagens ao interesse público pode perfeitamente ser evidenciada na mediação.

A Lei 13.140/2015 regula a mediação no Brasil, tratando-se de mais um notável instrumento pacificador social em que se procura a satisfação mútua das partes, fazendo com que estas cheguem ao consenso sobre a composição e os custos-benefícios, mediante auxílio do mediador. Há inegáveis privilégios nessa prática, em decorrência da restauração da relação social para além do processo. Por tal razão, a mediação vem sendo considerada o método ideal de solucionar conflitos.

E, nesse vértice, o art. 32 da Lei 13.140/2015 estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; e promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta (BRASIL, 2015).

Não obstante, enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação, segundo dispõe o artigo 33 da citada Lei.

¹¹⁷Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Nota-se que, muito embora seja notável o desenvolvimento da consensualidade administrativa, por meio de variadas normas dispendo de instrumentos negociais, na realidade, com o advento da Lei 13.655/2018 (alterou a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro), que encetou significativas alterações no sistema consensual público, é possível divisar um claro propósito do legislador em estabelecer um permissivo genérico para a Administração Pública celebrar acordos, conquanto existam normas esparsas e específicas autorizativas do consenso.

Assim disciplina o art. 26 da LINDB (BRASIL, 2018):

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.

Parece ser incontroverso que, diante do previsto no art. 26 da LINDB, a Administração Pública pode, de forma geral¹¹⁸, celebrar compromissos consensuais ao facultar à autoridade administrativa – após ouvir órgão jurídico da Administração e, sendo o caso, promover consulta pública, desde que presente razão de relevante interesse geral – celebrar compromisso com os interessados, nos termos da legislação aplicável, para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou litigiosidade, o qual surtirá efeitos a partir da publicação.

Exatamente nesse aspecto reside a nova perspectiva da Administração Pública irradiada pelo regime constitucional democrático de cooperação e não pela unilateralidade centrada, que caracterizou a atividade administrativa por décadas.

Ao que se observa, a LINDB estabeleceu os seguintes requisitos de validade para a perfectibilização dos acordos administrativos: a) oitiva do órgão jurídico; b)

¹¹⁸A Lei de Ação Civil Pública, por intermédio do art. 5º, § 6º, por exemplo, autoriza os entes legitimados do Poder Público a celebrar acordo para assuntos que seriam explorados via ação civil pública, portanto, restritos a tal tema.

realização de consulta pública, quando for o caso; c) presentes razões de relevante interesse geral; d) observada a legislação aplicável; e) produção de efeitos somente a partir da publicação oficial; f) busca por solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; g) impossibilidade de concessão de desoneração permanente ou de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; h) obrigação de prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Seguindo a lógica da consensualidade, pode-se afirmar que o modelo atingiu o ápice com o advento do Código de Processo Civil 2015, como solução pragmática voltada à obtenção dos resultados mais satisfatórios para as partes, mediante a construção dialogada e consensual da lide.

Por certo, um dos mais relevantes pilares em que se sustenta o CPC/2015 é a busca pela pacificação social dos conflitos. É certo que a adoção de uma nova postura de enfrentamento ao dinamismo da relação conflituosa entre as partes tornou-se uma das metas da atualidade. Os meios colocados à disposição dos operadores do direito para a um só tempo, prestar a jurisdição e tutelar o direito material da parte ofendida, não se mostravam eficazes.

É prudente assinalar que, não por outra razão, prima-se pela autocomposição das partes, com base no autorregramento da vontade, como método extremamente eficiente de pacificar o litígio, ao invés da judicialização. Questão que merece destaque, aliás, é que esta forma amigável de composição não se restringe aos aspectos materiais objetos da disputa, mas se estende às regras processuais, por intermédio da correspondente regra de flexibilização prevista no artigo 190 do diploma, consagrando a previsão dos negócios jurídicos processuais atípicos, conforme anteriormente abordado e perfeitamente aplicável quando o Poder Público for parte.

Cabe asseverar que a solução negociada no processo civil encontra guarida no microssistema legal, por meio de inúmeros diplomas que incentivam a solução pacífica dos conflitos, como a mediação, conciliação, arbitragem, transação penal, suspensão condicional do processo, leniência do Cade, arbitragem na Administração Pública, acordo de colaboração premiada, acordo de não persecução penal e acordo de não persecução cível.

Claro que a recente alteração do ordenamento jurídico, com a promulgação de diversas Leis sobre o tema, encontra sustentáculo na Constituição Federal de

1988, cujo preâmbulo indica a opção da República Federativa do Brasil à solução pacífica da controvérsia. De igual sorte, até mesmo na esfera internacional há prevalência da tendência autocompositiva (CF, artigo 4º, VII).

Por essa razão, o Código de Processo Civil de 2015 tratou da questão logo em seu artigo 3º, § 2º e §3º, ao disciplinar que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual do conflito (BRASIL, 2015). Esta regra, muito embora esteja no âmbito processual e, portanto, tem por finalidade estimular a composição a partir de um litígio, também se dirige ao gestor público, que deverá implementar políticas públicas que visem incentivar e estimular a realização da solução negocial.

Nessa linha, os meios negociais consensuais objetivam estabelecer a pacificação social não apenas durante o processo, mas, essencialmente, após o fim do litígio, com a intenção de estimular a continuidade da relação entre as partes.

Assim é que a busca pela consensualidade não é o único princípio norteador idealizado no Código de Processo Civil de 2015. Há, ainda, grande apelo à boa-fé e cooperação entre as partes. O dever de cooperação exige que os sujeitos processuais estabeleçam um padrão comportamental lastreado na lealdade, colaborando entre si para a justa solução da demanda. A solução dialogada surge como determinante para a resolução harmoniosa da lide, de modo que o magistrado, antes mero espectador, também convirja e coopere com as partes.

Deve-se enfatizar que a construção do princípio cooperativo revela, sob o plano constitucional, a consagração do próprio Estado Democrático de Direito cujo objetivo é propiciar a efetiva participação dos indivíduos na prestação jurisdicional, com a finalidade de construir uma estrutura processual pautada no diálogo.

É bom esclarecer, por óbvio, que a divergência quanto ao objeto litigioso não impede as partes de colaborarem com a justiça, pautando-se com equidade e bom senso na busca pela resolução processual. É certo que a postura leal e recíproca se reverte em favor das partes, seja ao sujeito que obteve a pretensão favorável em tempo célere e eficaz, seja àquele que não se sagrou vencedor, no entanto, teve os seus direitos absolutamente respeitados, sob a perspectiva constitucional do devido processo legal, seja ao Estado, porque os sujeitos processuais tendem a aceitar as decisões judiciais com mais naturalidade, sem a interposição de infundáveis

recursos. Afinal, decisão justa é aquela que obedece aos preceitos constitucionais.¹¹⁹

Nessa ordem, o artigo 6º do Código de Processo Civil estabelece que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. É de esclarecer, inclusive, que o princípio da cooperação processual espraia seus efeitos para outros dispositivos ao longo do texto processual, como se nota pela perfectibilização dos negócios jurídicos processuais (CPC, artigo 190).

Força reconhecer, nesse aspecto, similitudes entre o Código de Processo Civil de 2015 e o Direito Administrativo: em ambos os diplomas, vigoram preceitos cujas notas fundamentais encontram-se albergadas sistematicamente na Constituição Federal. Afinal, nos dois, verificou-se um verdadeiro movimento de reforma quantitativa e qualitativa de seu conteúdo. Esta simbiose finalística de ambos os diplomas, absolutamente intrincados por diretrizes constitucionais, permite a utilização recíproca de seus mecanismos, com integração e colmatação de suas regras, para conferir um espectro protetivo constitucional pleno aos valores tutelados em cada ramo do Direito.

Assim é que o Código de Processo Civil disciplina o fenômeno da consensualidade administrativa, como se denota pela redação do artigo 174 (BRASIL, 2015):

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:
I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;
III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Discorrendo sobre o tema, ao comentar o citado art. 174, assevera Fredie Didier Jr. (2018, p. 315) quanto a sua importância:

a) Dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública (conflitos de competência entre órgãos de fiscalização, p. ex.); b) avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública (pedidos de parcelamento de dívidas fiscais, p. ex.); c) promover, quando couber, a celebração de

¹¹⁹ Conforme Daniel Mitidiero (2005, p. 45), o processo justo se baseia em nove elementos necessariamente presentes, quais sejam: a) tutela adequada e efetiva, b) juiz natural, c) ampla defesa, d) paridade de armas, e) contraditório, f) direito à prova, g) processo em prazo razoável, h) publicidade, e i) dever de motivação.

termo de ajustamento de conduta, instrumento negocial importante a solução de conflitos coletivos (art. 5º, § 6º, Lei n. 7.347/1985).

Nota-se que não há, propriamente, a descrição de um rol taxativo no art. 174 sobre as matérias que podem ser objeto de submissão às câmaras de mediação e conciliação, o que pode ser constatado pela expressão empregada pelo legislador “tais como”.

Significa dizer que, optando as partes pelo sistema conciliatório, há uma exponencial amplitude do objeto que pode ser levado à câmara, não se limitando a conflitos meramente patrimoniais.¹²⁰

Noutra vertente, há, ainda, outros diplomas legais que utilizam a técnica consensual da Administração Pública. Além da Lei dos Juizados Especiais Criminais, que disciplinou os institutos da transação penal e suspensão condicional do processo, assim como o acordo de leniência, já abordados, outro importante instrumento normativo consagrou a solução negocial conflituosa em matéria criminal.

Trata-se da Lei 12.850/13 (Lei de Organização Criminosa), com o advento da colaboração premiada¹²¹, em que se encontram, de um lado, o titular da pretensão acusatória do Estado, que almeja desbaratar a organização criminosa para reprimir ou prevenir novos fatos, ou mesmo localizar pessoas ou bens desviados ou amealhados pelo grupo e, de outro, o autor do delito cujo interesse converge para excluir ou reduzir sua pena, em decorrência de sua colaboração.

A colaboração premiada possui, em verdade, natureza mista porque, a um só tempo, as partes convencionam deveres e ônus processuais, como a não imputação penal, a renúncia do direito ao silêncio por ocasião do interrogatório judicial, o dever de entregar eventuais documentos ou contribuir com a prova, ou seja, negócios jurídicos processuais; em contrapartida, também há situações jurídicas que influem diretamente no direito material, como a extinção de punibilidade, tratando-se, nesta hipótese, de negócio jurídico material.

¹²⁰Enunciado nº 398 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “As câmaras de conciliação e mediação têm competência para realização de conciliação, no âmbito administrativo, de conflitos judiciais e extrajudiciais”.

¹²¹Em qualquer fase da investigação, o colaborador poderá (art. 3º, da Lei n.º 12850/13), voluntariamente e assistido por advogado, contribuir para a investigação ou para instrução do processo, desde que, em decorrência de sua colaboração, haja: I - identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e V - localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Nesse esteio, desnecessário afirmar, uma vez mais, o avanço das táticas operacionais no desbaratamento de ilícitos, englobando as práticas negociais, permitindo ao Estado uma maior eficiência em concretizar os seus interesses, quer no enfrentamento da criminalidade organizada, quer na imposição sancionatória imediata. Daí advém o interesse público e coletivo do cidadão em obter uma segurança pública eficaz, garantindo-lhe, via de consequência, direitos fundamentais também previstos na Constituição Federal.

Alinha-se com essa perspectiva o acordo de não persecução penal, inserido no ordenamento jurídico por meio da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), acrescentando o art. 28-A do CPP, o qual possibilitou ao Ministério Público, mediante conveniência e oportunidade e vinculado aos requisitos legais, celebrar acordo com o réu, para impor algumas condições, sempre respeitando a autonomia da vontade.

Some-se, ainda, o acordo de não persecução cível, disciplinado pela Lei 14.230/2021. Esse instituto, previsto pelo 17-B da Lei 8.429/92, expressa um evidente exemplo de solução negocial resolutive estatal, por meio de um acordo firmado entre as partes (Ministério Público e autor do ato ímprobo), com caráter nitidamente consensual, em que se impõe algumas condições, mediante a antecipação de uma ou mais sanção existente na Lei de Improbidade Administrativa, possibilitando, a um só tempo, a aplicação de penalidade célere e efetiva.

Para além disso, cumpre assinalar que o acordo de não persecução cível, objeto principal deste trabalho e que será devidamente tratado nos capítulos seguintes, foi agora citado apenas com o desiderato de demonstrar a crescente evolução normativa no que diz respeito à consensualidade da Administração Pública, o que, por certo, engloba o Direito Administrativo Sancionador.

E, neste aspecto, evidente que a prática negocial, envolvendo os interesses estatais, concretizada por inúmeros instrumentos normativos presentes no Direito Administrativo Sancionador e em outras áreas do Direito, traz significativas vantagens ao interesse público, conforme se analisará a seguir.

4.4 CONSENSUALIDADE: DEMOCRACIA, EFICIÊNCIA E ACESSO À JUSTIÇA

A concretização do Estado Democrático de Direito, enquanto postulado estabelecido pela República Federativa do Brasil, impôs ao Direito Administrativo a

necessidade de adotar um modelo diferenciado, pautado na administração gerencial eficiente e célere.

Nesse contexto, o movimento de expansão do Direito Administrativo e alguns de seus desdobramentos específicos, como o rompimento da atuação central e verticalizada do Estado, deflagraram a consensualidade no âmbito das diversas espécies de processo administrativo, como meio legítimo de resguardar o interesse público.

Os novos parâmetros utilizados pela Administração Pública contemporânea, com a adoção de técnicas negociais voltadas à solução pacífica do conflito, estão direcionados à idealização de diretrizes constitucionais, no intuito de melhor atender aos interesses da coletividade.

E, nesse aspecto, advêm algumas vantagens ao interesse público. Assim, por expressar a convergência de ideias, a partir do diálogo, em contraposição à decisão unilateral e impositiva, tende a gerar maior aceitação social e pacificar o conflito para além do processo, evitando a propositura de medidas futuras. Além disso, é possível identificar no consenso a concretidade democrática idealizada pelo constituinte, em que às partes juntas findam o conflito, com inegável economia de recursos materiais e operacionais.

Nesse ponto, a tônica consensual do poder público, num ambiente igualitário e comunicativo, encontra correspondência nos ensinamentos de Jurgens Habermas, notadamente, quanto à teoria do agir comunicativo:

Processo circular no qual o ator é as duas coisas ao mesmo tempo: ele é o iniciador, que domina as situações por meio de ações imputáveis”, bem como é o produto “das tradições nas quais se encontra, dos grupos solidários aos quais pertence e dos processos de socialização nos quais se cria (HABERMAS, 1989, p. 166).

Assim, a argumentação ganha especial relevo pois é a partir dela que as relações sociais são regidas, com preponderância de um discurso prático em detrimento da validade de uma norma incompreendida. E, por meio da comunicação consagra-se, em linhas gerais, o próprio exercício da democracia, desde que esta comunicação tenha contornos de validade.

Como preconiza Habermas, a atuação democrática e colaborativa permite que a decisão judicial traga um caráter pedagógico, com a missão de incutir na

mente das pessoas e da sociedade, de maneira geral, que a lógica conflituosa não se idealiza com o próprio conceito de justiça.

Segundo ele, os atos de fala estão ligados a três estruturas: a) cognitiva (natureza externa, mundo objetivo); b) normativa (natureza social, mundo social) e; c) expressiva (natureza interna, mundo subjetivo). Habermas acresce, inclusive, que existem condições transcendentais na linguagem.

Nesse prisma, a teoria da ética discursiva, defendida por Habermas, constitui instrumento voltado à aplicação das técnicas resolutivas consensuais, como a conciliação e a mediação, em que os pactuantes, na condição de protagonistas e representantes do grupo social, por meio do diálogo cooperativo e instrutivo, buscam à pacificação, sem a imposição de qualquer meio coercitivo.

Desta forma, é de se concluir que a comunicação entre os envolvidos, sentados à mesa conciliatória, ocorre por meio da integração de fala e escuta, com plena ponderação de todos os argumentos e desenvolvimento de ideias, com respeito mútuo, destinados a possibilitar a exteriorização completa dos pensamentos individuais. Neste ponto, mais uma vez, assemelha-se ao proposto por Habermas.

Assim, ao aderir à prática consensualista, a comunidade é tomada pela consciência de que conflitos podem ser prevenidos ou solucionados internamente, com o uso de técnicas, de interação e promoção do diálogo, que funcionarão junto com a comunicação e sua ação comunicativa, como instrumentos perfeitos para a consolidação dos direitos fundamentais, da participação social e da democracia.

É bom ressaltar que, ao prever e incentivar a utilização pelos métodos consensuais, o legislador possibilitou que as partes, mesmo após a propositura da ação judicial, cheguem ao consenso pelo uso da linguagem, o que também se coaduna com a teoria desenvolvida por Habermas.

Identificados os traços de similaridade entre o discurso de Habermas e o consenso empregado pelo poder público, cabe enaltecer outras reais vantagens da adoção de técnicas resolutivas negociais.

O princípio da eficiência, explicitamente albergado pela Constituição Federal, exigirá dos agentes públicos que sopesem, no caso concreto, quais as vantagens ao interesse coletivo em realizar o acordo com o particular.

A título exemplificativo, pode-se defender, nessa linha, que inexistente interesse público em celebrar acordo de não persecução cível com o Prefeito Municipal que

cometeu sucessivos atos ímprobos e criminosos, consistentes em desviar valores destinados à merenda escolar.

Contudo, reputa-se plenamente viável e consentâneo com o regime jurídico-administrativo que o agente público possa, antes ou durante a propositura do processo administrativo ou judicial decorrente de ilícito administrativo, emitir um criterioso juízo de conveniência e oportunidade com o propósito de construir solução dialogada consensual com o particular, se atender ao interesse público, segundo o postulado da eficiência assegurada no texto constitucional.

Não há, na espécie, disponibilidade do interesse público, mas simples antecipação da sanção administrativa ou recomposição financeira, para fins de compatibilizá-la com o princípio da eficiência e acesso à justiça, todos de jaez constitucional.

Registra-se que a concretização da consensualidade em matéria administrativa constitui-se em meio capaz de satisfazer às necessidades coletivas, o que, a um só tempo, é benéfico ao interesse público, que terá a solução da pretensão em tempo célere e eficaz, e ao particular que, em razão da antecipação de eventual sanção ou mesmo pela devolução de valores, não estará, durante muitos anos, vinculado a uma relação jurídica administrativa que se prolonga no tempo.

Nesse esteio, Gustavo Binenbojm (2020, p. 04) assevera:

Em suma, a lógica consensual de administrar parece apta a promover finalidades públicas de maneira mais legítima, estável, eficiente e transparente, em determinadas circunstâncias e consoante critérios previamente estabelecidos. Por óbvio, não se está a considerar a consensualidade uma panaceia, a solução de todos os problemas. Dela não se esperam milagres, mas o desenvolvimento da confiança e do diálogo no agir administrativo. O que não é correto, contudo, é negar suas potencialidades, as quais se coadunam com os valores democráticos e republicanos do Estado contemporâneo.

Há, portanto, significativos pontos convergentes entre a eficiência e a consensualidade administrativa. É preciso compreender que o modelo gerencial da Administração Pública, esteado no princípio da eficiência, exige uma atuação estatal conectada, não apenas com os meios, mas, substancialmente, com a finalidade da medida. Em razão disso, como o fim estatal perpassa necessariamente pelo resguardo do interesse público, pode-se concluir que o movimento bilateral e consensual das partes confere máxima efetividade a tal interesse.

Não se olvida que a adoção de medidas alternativas consensuais, devidamente fundamentadas e capazes de promover a concretização do interesse público, obviamente, mediante a observância de critérios constitucionais, como a proporcionalidade, adequação e necessidade, ensejarão a eficiência da atividade administrativa.

É, no contexto acima apresentado, que se dará a aproximação da consensualidade do Poder Público com a garantia do acesso à justiça¹²². Nesse sentir, os métodos tradicionais de solução de conflitos administrativos revelam-se, em sua maior parte, inúteis, razão pela qual a inserção de instrumentos negociais possibilita consagrar o acesso à justiça, mediante a implementação de técnicas eficazes e desburocratizadas do sistema público.

Concebida enquanto resposta ao sistema judicial moroso e inefetivo, o movimento de acesso à justiça guarda identidade com a terceira onda renovatória preconizada por Mauro Capelletti e Bryant Grath (1991, p. 148), pois remete ao uso de meios adequados para solucionar os conflitos, rompendo com os obstáculos processuais que impedem a resolução rápida, eficiente e satisfatória do litígio.

A garantia do acesso à justiça pode ser entendida como requisito essencial e indispensável ao ser humano, como equalizador de um ordenamento jurídico moderno e igualitário que vise assegurar e não apenas declarar os direitos de todos, o que permite, a um só tempo, o ingresso judicial, mas substancialmente, a obtenção de uma tutela que efetive os direitos fundamentais.

É assente que foram consagrados, no novo Código de Processo Civil, os princípios e valores expressos na Constituição Federal na busca pelo alcance de um processo rápido e eficiente, que favoreça o acesso à justiça e a adoção da autocomposição, antes e durante o processo.

Assim, logo no artigo 3º do CPC, existe a réplica do dispositivo constitucional sobre o acesso à justiça, de modo que esse tratamento do legislador deve nortear o intérprete em eventual necessidade, no sentido de compatibilizar as regras do diploma processual com a máxima garantia do acesso à justiça.

Note-se que a litigiosidade exacerbada se apresenta como entrave ao acesso à justiça, consoante Sergio Cruz Arenhart (2014, p. 67):

¹²² Trata-se de garantia explícita e implícita na CF, como se nota pelos arts. 5º, XXXV; 5º, LIV; 5º LV; 5º LVI; 5º XXXVII.

O grau de litigiosidade de um povo, o seu conhecimento a respeito dos próprios direitos e a orientação do Poder Judiciário em relação ao serviço a ser prestado têm relevância muito maior, até porque esses elementos são capazes de plasmar os outros dois, aparando eventuais arestas e defeitos destes outros. [...] Todavia, o baixo grau de instrução do povo brasileiro em geral e o pequeníssimo nível de conhecimento a respeito dos seus direitos é algo de conhecimento geral e que, seque, exige demonstração. Também carece de maior demonstração a conclusão de que o Brasil não tem o hábito de recorrer a vias alternativas de resolução de controvérsias, o que poderia prestar-se para absorver ao menos parte da demanda social exigente.

Segundo Luciane Moessa de Souza (2014, p. 144), os três fundamentos jurídico constitucionais para a adoção de métodos consensuais na resolução de conflitos em que se vê envolvido o Poder Público, seja na esfera administrativa ou judicial, são:

a) o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da Const. Federal), que exige a disponibilização de métodos adequados (sob os aspectos temporal, econômico e de resultados) de resolução de conflitos (...); b) o princípio da eficiência (art. 37, caput, da CF), que demanda sejam os conflitos resolvidos da forma que apresente a melhor relação entre custo e benefício (...); c) o princípio democrático, fundamento de nossa ordem constitucional (art. 1º), que decorre de o Estado não ser um fim em si mesmo e reclama portanto que, quando o Poder Público se veja envolvido em conflitos com particulares, ele se disponha, em primeiro lugar, a dialogar com estes para encontrar uma solução adequada para o problema.

Desta feita, há inegável interesse público na celebração de acordos por parte da Administração Pública, quer por consagrar o acesso à justiça como ferramenta catalisadora dos direitos fundamentais da coletividade, quer por expressar a maximização do princípio da eficiência, quer por albergar o mandamento democrático concretizado ao longo do texto constitucional. Devem os agentes estatais, contudo, manejá-los sempre em cotejo com os ditames do Estado Democrático de Direito, com o escopo de atingir o tão almejado interesse público.

5 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL SOB A ÓTICA DO CÓDIGO CIVIL E CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O presente capítulo objetiva traçar as zonas de contato do acordo de não persecução cível com o Código Civil e Código de Processo Civil. Antes disso, com o escopo de melhor contextualização, convém abordar as dificuldades práticas evidenciadas na judicialização obrigatória das ações de improbidade administrativa, diante da negativa expressa imbuída no revogado art. 17, §1º da Lei 8.429/92. Em um segundo momento, a partir da revogação legislativa que vedava a transação, o acordo ou a conciliação nas ações previstas na Lei de Improbidade Administrativa, almeja-se analisar a natureza jurídica do acordo de não persecução cível, para, em sequência, verificar as situações em que o instrumento assume a característica de negócio jurídico material e processual, sempre em confluência com os diplomas cível e processual cível. Por fim, pretende-se elucidar os deveres dos negociantes ao firmarem o acordo de não persecução cível, especialmente a partir dos preceitos constitucionais, os quais irradiaram valores ao Direito Administrativo Sancionador.

5.1 DA PROIBIÇÃO NEGOCIAL ENCARTADA NO ARTIGO 17, § 1º DA LEI 8.429/92: OBRIGATORIEDADE DA JUDICIALIZAÇÃO

Segundo a disposição contida no antigo artigo 17, § 1º da Lei 8.429/92, restava vedada a transação, o acordo ou a conciliação nas ações de improbidade administrativa, acometendo-se aos órgãos de persecução do Estado a necessidade de propor a correspondente ação de improbidade administrativa para salvaguardar o interesse público.

Na realidade, com o advento da Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), que encetou profundas alterações no campo penal e processual, é possível divisar um claro propósito de admitir a consensualidade no Direito Administrativo Sancionador. Dois pontos fundamentais parecem ter motivado o legislador, comportando destaque.

O primeiro deles, e mais evidente, repousa na constatação de que grande parte das ações de improbidade administrativa, com todo o ônus advindo da judicialização obrigatória, tende a não resguardar o interesse público violado. Nesse

sentido, conquanto ainda se defenda os ajuizamentos em determinadas situações¹²³, é certo que a consensualidade efetivaria a proteção ao patrimônio público de forma célere e efetiva, convencionando-se o imediato ressarcimento ao erário.

O segundo ponto, e talvez o mais relevante, radica no surgimento de diversos instrumentos normativos, no Direito Penal e no Direito Administrativo Sancionador, que permitiram medidas consensuais quando o Estado figurar como interessado. Almejam-se, nessa hipótese, significativos benefícios ao interesse público, mitigando-se algumas penalidades. Esses variados diplomas, devidamente abordados nos capítulos anteriores deste trabalho, tutelam o patrimônio público e os princípios administrativos dele decorrentes, guardando similaridade, o que exigiu o tratamento homogêneo por parte do legislador ao estabelecer o acordo de não persecução cível.

No que pertine ao primeiro aspecto levantado, de que o ajuizamento da ação de improbidade administrativa, por vezes, não tutelaria o verdadeiro interesse coletivo, pode-se elencar as seguintes causas que, a um só tempo, inviabilizam o sistema de responsabilização do agente ímprobo e inibem a restituição de valores: a) dificuldade probatória; b) morosidade das ações.

Ao que se observa, os atos de improbidade administrativa, comumente praticados por agentes públicos que ocupam altos escalões nas mais variadas esferas de governo, são difíceis de apuração e identificação de seus autores. Não raras vezes, as ilicitudes são concretizadas por organizações criminosas encrustadas no seio do Estado, de maneira estruturada e sofisticada, com intensa participação de membros com elevada posição hierárquica.

Nesse contexto, como os corruptores são beneficiários diretos ou indiretos e por envolver cumplicidade, a comprovação dos fatos resta, muitas vezes, prejudicada. Há, ainda, a utilização de conRAINTeligência e técnicas de sofisticação pelas organizações criminosas para encobrir os fatos ilícitos, o que acarreta em mais uma barreira probatória aos órgãos de persecução do Estado.

Discorrendo sobre a dificuldade probatória nos crimes de corrupção, Renato de Lima Castro (2018, p. 382):

¹²³A linha da pesquisa defende que, a partir de um juízo de axiológico de ponderação por parte do Ministério Público, em casos gravíssimos cujo interesse público não se coadunaria com o acordo, a judicialização seria necessária, já que a consensualidade antecipada traria, à luz do interesse público, a sensação de impunidade.

Além disso, trata-se de delito que, no mais das vezes, corruptor e corrupto são beneficiados, o que dificulta a apuração e identificação de seus autores. Essa dificuldade de comprovação, somado às estruturas de poder imbricadas com a corrupção, certamente são os principais fatores que conduziram a décadas de impunidade. Nesse esteio, a corrupção trata-se de ato ímprobo e, no mais das vezes, delitivo de indisfarçável dificuldade probatória, o que facilitou, durante décadas no Brasil, sua absoluta impunidade.

Anote-se, por oportuno, como abordado no capítulo II do presente trabalho, que a Lei 8.429/92, com redação dada pela Lei 14.230/21, em seu artigo 1º, parágrafo 2º, exige a presença de dolo específico do agente público na tipificação dos atos ímprobos, refutando a voluntariedade.

Não se descarta de que a regra, inserida de forma desmedida e estratégica pelo legislador, além de afrouxar a proteção do patrimônio público, praticamente inviabiliza o combate aos atos ímprobos porque impõe ao Promotor de Justiça o ônus probatório quase impossível de ser demonstrado na prática. E, como consequência, despreza-se o regime de responsabilidade dos agentes públicos ímprobos consagrado na Constituição Federal.

Por outro lado, é de conhecimento que as ações de improbidade administrativa são, em linhas gerais, morosas e complexas. Assim é que, tradicionalmente, as demandas são propostas em face de diversos agentes públicos, de particulares em conluio, que comumente utilizam de suas empresas para locupletarem o dinheiro público, de modo que, frequentemente, tanto as pessoas físicas (agentes públicos e particulares) quanto as pessoas jurídicas respondem judicialmente por seus atos.

Significa dizer que a presença de múltiplas partes, cada qual com seus respectivos advogados, que se valem das incontáveis medidas recursais para buscar a prevalência de seus direitos, por certo, acarreta a procrastinação excessiva da demanda e contribui, conseqüentemente, para a ineficaz proteção do patrimônio público¹²⁴. Afinal, a ação judicial que se eterniza, em primeiro grau ou nos tribunais, tende a ser menos efetiva na reparação do dano causado ao patrimônio público ou mesmo para imposição de determinadas sanções.

¹²⁴Relembre-se que a Lei 14.230/21 suprimiu a necessidade de defesa preliminar nos processos de improbidade administrativa, o que tende a gerar economia de atos e tempo processual.

Nesse cenário, ponderando os benefícios do acordo de não persecução cível como instrumento de consensualidade, Renato de Lima Castro (2020, p. 257) esclarece:

Pode-se questionar, por outro vértice, se a criação do acordo de não persecução cível trata-se de uma medida salutar no microsistema de proteção da probidade administrativa. É indubitoso que a eternização dos processos, somados a infundáveis prescrições de ações penais e de improbidade administrativa, criaram um solo propício para a promoção e aprovação destas recentes alterações na legislação brasileira. A consensualidade, então, passa a ser fundamental meio de promoção e salvaguarda de direitos coletivos, ainda que alguns deles tenham sido marcados com o status de sua indisponibilidade.

Veja-se, por exemplo, o político que não mais detém seu mandato inviabiliza a aplicação da penalidade de perda do cargo, já que esta pressupõe o seu efetivo exercício. De igual sorte, a proibição de contratar com o poder público não surtirá efeito se a empresa estiver extinta por ocasião da sentença judicial. Além disso, raramente se consegue a recomposição financeira do patrimônio público após anos de processo.

Nessa linha de pensamento, cumpre asseverar que o Conselho Nacional de Justiça, em 2015, efetuou relevante pesquisa sobre a efetividade das ações de improbidade administrativa, com base em 132 processos dos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo, Mato Grosso, Rio Grande do Norte, Pará, Tribunal Regional Federal da 4ª Região e Superior Tribunal de Justiça, sendo que, em média, as ações de improbidade administrativa levavam 1.855,83 dias (aproximadamente 5 anos) para sua conclusão (BRASIL, 2015).

Na mesma sintonia, outra importante pesquisa destinada a mapear as ações de improbidade administrativa no ano de 2015, publicada na Revista CNJ, foi realizada por Jaqueline Barbão e Luci de Oliveira (2017, p. 28-30) trazendo dados expressivos sobre o tempo de tramitação e a taxa de congestionamento dos referidos processos:

A taxa de congestionamento média para os casos de improbidade administrativa foi de 95,3% em 2015. No Brasil, a taxa total de congestionamento observada nesse ano foi de 72,2%, indicando um desempenho nos processos de improbidade administrativa muito aquém da média, demonstrando que esses casos tramitam com maior vagar. Na Justiça Estadual, a menor taxa de congestionamento observada em casos de improbidade administrativa foi no TJRO, com 77,8% (embora a quantidade de casos identificados nessa classe temática seja baixa no tribunal). Na Justiça Federal, a menor taxa de congestionamento foi a do TRF da 5ª Região: 87,0%. (...) A única base de dados que possibilita

conhecer o universo de processos em tramitação na classe improbidade administrativa é a base do Selo Justiça em Números, na qual constavam, para o ano de 2015, mais de 36 mil processos pendentes e 1.816 processos baixados – isso excluindo os tribunais de justiça estadual de São Paulo e Rio Grande do Norte, e os tribunais federais da 1ª e 3ª regiões, que não forneceram os dados. Essas comparações revelam uma realidade preocupante, pois, se mantido esse ritmo decisório, ocorreria um acúmulo de processos no estoque, que demandaria muitos anos para ser zerado. Outra possibilidade, também danosa, seria a prescrição dos processos de improbidade administrativa (BARBÃO e OLIVEIRA, 2017, p. 28-30).

Seguindo a mesma sistemática, outro dado coletado, não menos nocivo à salvaguarda do interesse público, refere-se aos valores efetivamente devolvidos aos cofres estatais, sendo constatado, infelizmente, que apenas uma ínfima quantia do dinheiro desviado retorna ao erário após o ajuizamento da correspondente ação de improbidade administrativa (cerca de 0,1%), consoante conclui a citada pesquisa:

Um dado relevante a ser observado é o volume de condenações impostas pelo Poder Judiciário que implicaram em necessidade de ressarcimento de valores e/ ou pagamento de multas, e o quanto de fato essas decisões foram cumpridas. Ou seja, qual o montante de recursos que o Poder Judiciário, a partir dessas condenações e aplicações de penalidades, conseguiu fazer voltar aos cofres públicos? No período, as condenações cadastradas somam 1,9 bilhão de reais, e os valores efetivamente recuperados (executados) representam 2,7 milhões de reais – cerca de 0,1% do total nas condenações (Tabela 3), indicando o baixo êxito dessas medidas. (BARBÃO e OLIVEIRA, 2017)

Identifica-se, no ponto, as penas de multa e perda de bens, as quais caracterizam-se pela sua inexecutabilidade, conforme complementa a pesquisa utilizando-se o Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade e por Ato que implique inelegibilidade, DPJ/CNJ 2017:

	Valor da Condenação	Valor Recuperado	% Recuperado
Ressarcimento Integral	R\$ 986.110.018,97	R\$ 1.896.780,66	0,192%
Perda de Bens	R\$ 32.848.983,32	R\$ 450,00	0,001%
Pagamento de Multa	R\$ 869.365.543,01	R\$ 856.883,74	0,099%

Fonte: Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que implique Inelegibilidade, DPJ/CNJ 2017

1 – penas de multa e perda de bens CNJ 2017

Nesse aspecto, cabe mencionar o resultado da pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça no que pertine aos obstáculos da Lei de Improbidade Administrativa, oportunidade em que se concluiu pelo inexpressivo índice de ressarcimentos (BRASIL, 2015):

Em termos de efetividade da decisão, com o ressarcimento dos danos causados, verificou-se uma grave falha no sistema processual. Mesmo após longa tramitação, raras foram as ações nas quais se verificou uma efetiva atuação no sentido de obter a reparação dos danos. As ações de Improbidade Administrativa não têm um fim, ou pelo menos uma parte considerável tem tramitação durante décadas, o que reflete no baixo índice de ressarcimentos.

Por outro lado, a atuação consensual na improbidade administrativa tem resguardado, em linhas gerais, o interesse público, com significativos resultados para a proteção do patrimônio público.

Relevante colacionar, nesse sentido, dados técnicos obtidos no Ministério Público do Estado do Paraná, no que diz respeito aos valores de multa civil e ressarcimento ao erário devolvidos aos cofres públicos, via acordos em improbidade administrativa, a partir de 2021:

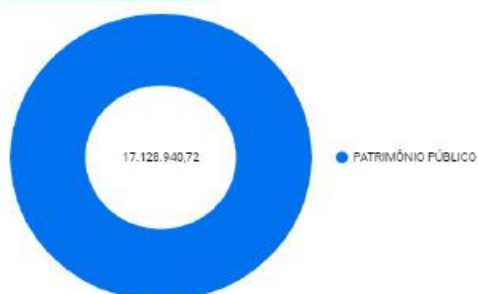
Escolher Área de Atuação: ... (1) ▾

Período: 1 de jan. de 2021 - 13 de mai. de 2022 -

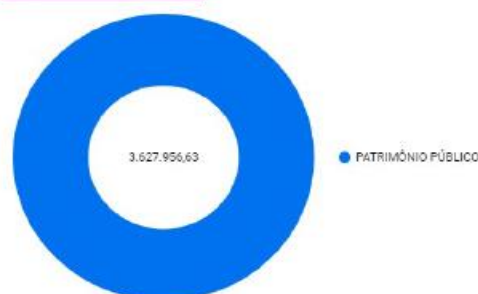
Ressarcimento/Multa

Deliberação	Área Atuação	Nº de procedimentos	Valor Ressarcimento	Valor Multa Civil
HOMOLOGAÇÃO TAC (RES. 01/2017 CSMP)	PATRIMÔNIO PÚBLICO	143	11.888.320,98	1.736.176,35
HOMOLOGAÇÃO DO ARQUIVAMENTO COM TAC	PATRIMÔNIO PÚBLICO	186	5.040.952,71	1.725.391,29
HOMOLOGAÇÃO DO ARQUIVAMENTO	PATRIMÔNIO PÚBLICO	6	50.640,53	28.234,76
DETERMINAÇÃO DE DILIGÊNCIAS/ADEQUAÇÕES TAC (RES. 01/201...	PATRIMÔNIO PÚBLICO	3	122.137,11	54.949,48
CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA (PRESIDENTE)	PATRIMÔNIO PÚBLICO	11	26.880,39	59.198,25
Total geral		351	17.128.940,72	3.627.956,63

Valor Ressarcimento



Valor Multa Civil



Fonte: elaboração conforme dados contidos no sistema PROMP do MPPR.

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

Veja-se que foram obtidos a título de ressarcimento ao erário R\$ 17.128.940,72 e R\$ 3.627.956,63 a título de multa cível, o que se conclui pela absoluta eficiência do sistema negocialista na improbidade administrativa, notadamente, em cotejo com a problemática prática judicialista.

No entanto, esse caótico quadro de processos judiciais, que já se apresentava extremamente preocupante, tende a piorar. Sucede que a Lei 14.230/2021 alterou substancialmente o regime de prescrição dos atos de improbidade administrativa ao prever, no art. 23, § 5º da Lei 8.429/92, que o prazo de oito anos, durante o processo, será contado pela metade.

Desponta, nesse contexto, o prazo da prescrição intercorrente em exíguos quatro anos. Trata-se, pois, de medida inconstitucional cujo aprofundamento escapa do mister desse trabalho; todavia, calha afirmar que grande parte das ações judiciais de improbidade administrativa inclina-se ao fadado caminho da prescrição, diante dos motivos acima elencados¹²⁵.

Daí porque os problemas advindos da obrigatoriedade em ajuizar a ação de improbidade administrativa, como decorrência lógica da proibição encartada no artigo 17, § 1º da Lei 8.429/92, revelam-se potenciais violadores do princípio da proporcionalidade a partir da vedação da proteção deficiente, do princípio da eficiência e, ainda, da razoável duração do processo, conquanto exista risco evidente à tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa. Cabe, então, analisá-los.

Há, inexoravelmente, um direito fundamental e difuso pertencente à coletividade, como um núcleo rígido e indelegável, de ter a Administração Pública hígida, proba e honesta. É justamente nesse contexto que a atuação do Estado radica como essencial ao sistema de responsabilização dos agentes públicos ímprobos, exigindo-se dos órgãos incumbidos de promover a tutela da probidade administrativa uma resposta célere e efetiva. Assim, a precária salvaguarda do interesse público arrefece o princípio da proibição da proteção deficiente, que também alcança as condutas omissivas ou insuficientes do Estado.

¹²⁵Principalmente se considerarmos o tempo médio de 5 anos das ações de improbidade administrativa, consoante a citada pesquisa.

Como se observa, o conteúdo que emana do artigo 37 da Constituição Federal reveste-se de elevada carga principiológica e valorativa, acarretando um severo regime jurídico de responsabilização por atos ímprobos, cabendo ao Estado efetivar medidas que se destinem a preservar o núcleo essencial protetor da probidade administrativa.

Sobre a coexistência do princípio da proibição da proteção deficiente com a omissão estatal, Daniel Sarmiento (2016, p. 483) adverte:

A operacionalização do princípio da proporcionalidade por proibição da proteção deficiente baseia-se nos mesmos subprincípios acima descritos. Assim, quando o Estado se abster, total ou parcialmente, de adotar alguma medida que favoreceria a promoção ou a proteção de um determinado direito fundamental ou de envergadura constitucional, caberá indagar: se sua omissão ou atuação deficiente contribuiu para a promoção de algum objetivo legítimo (subprincípio da adequação); b) se não existia outro meio menos prejudicial àquele direito que favorecesse, em igual intensidade, o citado objetivo (subprincípio da necessidade); c) se a promoção de referido objetivo compensa, sob o ângulo constitucional, a deficiência na proteção ou promoção do direito em discussão (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito).

No que respeita ao princípio da eficiência, amplamente citado nos capítulos anteriores, as ações que visam combater atos ímprobos, por vezes, não asseguram a fruição dos bens jurídicos tutelados na Lei 8.429/92, porquanto, após anos de tramitação, raramente se consegue restituir o dinheiro locupletado dos cofres públicos, implicando, fundamentalmente, na violação dos direitos fundamentais do cidadão, garantidos pelo Estado Democrático de Direito (CF, art. 6º).

O princípio da eficiência exige que os órgãos operacionais do Estado atuem sempre na busca do melhor resultado possível à satisfação do interesse público, de modo que a ineficácia das ações judiciais de improbidade administrativa, em sua maioria, impossibilita a concretude deste princípio no âmbito da Administração Pública.

Destaque-se, nessa seara, que o princípio da eficiência não deve ser analisado unicamente sob o viés gerencial do Poder Executivo, uma vez que o seu conteúdo irradia efeitos aos demais poderes. Implica afirmar, portanto, que os órgãos de persecução do Estado, assim como os agentes investidos no Poder Judiciário, na condição de legítimos representantes estatais, também devem ter suas atuações funcionais pautadas para a idealização de resultados efetivos, dentro de uma perspectiva de incremento concreto do bem-estar social.

Conforme leciona Fábio Medina Osório (2013, p. 137-138):

A eficiência, aqui, ao englobar a eficácia, traduz exigências funcionais concretas aos agentes públicos, relacionando-os não apenas com a legitimidade de seus gastos, mas com a economicidade dos resultados, a qualidade do agir administrativo, o comprometimento com metas e solução de problemas. No sentido constitucional, eficiência pressupõe a economicidade dos resultados, a qualidade do agir administrativo, o comprometimento com metas e solução de problemas. No sentido constitucional, eficiência pressupõe eficácia, qualidade, compromissos com resultados, abarcando os paradigmas da chamada Nova Gestão Pública, nos tempos da pós modernidade.

Por conseguinte, é crível que o princípio da eficiência administrativa esteja intimamente relacionado à geração de resultados da forma mais econômica possível, de modo a atender às necessidades e aos interesses da coletividade e, conseqüentemente, evitar a má utilização dos recursos públicos.

Em sendo assim, os processos judiciais são custosos ao Estado, com dispêndio financeiro e material. Não obstante, nos casos de desvios financeiros, a eventual e rara restituição dos valores, após décadas do fato, é contraproducente e impede a atuação rápida e proficiente da Administração Pública, o que, obviamente, macula o princípio da eficiência.

Nessa linha, as ações judiciais de improbidade administrativa que não salvaguardam os interesses coletivos, a despeito da lesão aos princípios da proporcionalidade e efetividade, também denegam o acesso à justiça, já que se exige do Estado a prestação de tutela jurisdicional que seja célere e hábil a atender a situação de direito material.

Na esteira dessas ponderações, as eternas ações de improbidade administrativa também têm potencial para violar outro princípio, de jaez constitucional, o da razoável duração do processo, o qual guarda íntima relação com o princípio da eficiência.

Certo é que, segundo expressa disposição constitucional, consubstanciada no art. 37, o Estado deve atuar de forma eficiente na consecução de seus fins perante a sociedade, seja no plano administrativo, seja no plano jurisdicional. Assim, parece crível que a efetividade processual caminha no mesmo sentido da celeridade e razoável duração do processo.

Claro que não se preconiza a aniquilação dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos (contraditório, ampla defesa, devido processo legal) em prol da razoável duração do processo que pode, perfeitamente, coexistir com os preceitos constitucionais. Em verdade, exige-se que o processo judicial seja, a um

só tempo, eficiente, célere e tenha razoável duração, mediante a fiel observância do devido processo legal.

A Constituição Federal, como não poderia ser diferente, consagrou expressamente o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII), conquanto “a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

Além disso, no âmbito internacional, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, promulgados pelo Decreto Presidencial 678, de 1992, também previu o princípio da razoável duração do processo ao estatuir que:

toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (BRASIL, 1992).

O Código de Processo Civil, de igual sorte, albergou o direito a um processo célere (art. 4º) e que seja, a um só tempo, satisfatório e eficaz, não bastando a prolação de decisão judicial.

De fato, uma vez positivado o princípio da razoável duração do processo, seja no âmbito interno ou internacional, há de se reconhecer a dificuldade prática em aquilatar o seu real alcance, tratando-se, portanto, de conceito jurídico indeterminado, abstrato e geral. A fluidez conceitual aparece como limitador do critério proposto, permitindo-se ao intérprete verificar, a partir de determinadas situações, se há a devida violação principiológica.

Cumprе assinalar, nesse aspecto, que a razoável duração do processo se alinha a diversos outros princípios de notável relevância como o devido processo legal, a segurança jurídica, o acesso à justiça, a dignidade da pessoa humana, a eficiência. Não se olvida que o Estado, como titular do monopólio da jurisdição, deve fornecer meios adequados a fim de propiciar a solução justa e eficaz da lide em tempo célere, de modo a não prejudicar a efetiva prestação jurisdicional¹²⁶.

¹²⁶O CPC, em seu art. 77, disciplina os atos atentatórios a dignidade da justiça, com as respectivas sanções aos violadores.

Nesse íterim, José Rogério Cruz (1997, p. 69) preconiza a existência de três critérios para considerar o limite temporal razoável de determinado processo, consoante a Corte Europeia dos Direitos do Homem de 1987, quais sejam: a) a complexidade da causa; b) comportamento dos litigantes e de seus procuradores; c) atuação do órgão jurisdicional.

É preciso compreender, portanto, que a razoável duração do processo não comporta interpretação absoluta, notadamente, quanto à eventual extrapolação de prazos expressamente estabelecidos pelo legislador. Exige, todavia, a devida fundamentação por parte do magistrado, que deve expor as razões pertinentes ao caso concreto.

Como dito, as ações de improbidade administrativa são marcadas, em sua maior parte, pela demora excessiva em proferir um julgamento. Deve-se ter em conta que o prolongamento injustificado de atos processuais que frustrem a imposição sancionatória da Lei 8.429/92 e, por conseguinte, desguarneçam o interesse público, invalida o princípio constitucional da razoável duração do processo.

Saliente-se, contudo, que não se propõe o fim das ações de improbidade administrativa, porque essenciais ao interesse coletivo, ainda que em situações excepcionais. Há de se coibir, entretanto, o comportamento estritamente procrastinatório das partes, tanto do Ministério Público quanto da defesa; de igual sorte, acomete-se ao magistrado o poder-dever de respeitar os prazos processuais e velar para que o processo se desenvolva da forma mais célere possível, assegurando todas as garantias constitucionais aos envolvidos.

Assim é que, em atos de improbidade administrativa, é absolutamente recomendável que o Ministério Público avalie concretamente todos os ônus advindos da judicialização, por meio de um exame acurado das possibilidades de insucesso da demanda, notadamente, quanto à restituição aos cofres estatais e à imposição sancionatória.

É, sem dúvida, esse dilema que deve nortear a atividade dos Promotores de Justiça, como único órgão estatal legitimado para viabilizar os interesses gizados na Lei de Improbidade Administrativa. Por certo, a decisão deve ser fruto de um criterioso juízo de ponderação, com base no princípio da proporcionalidade, visando almejar a concretização do verdadeiro interesse público.

E, nesse cenário, em se tratando da judicialização obrigatória dos atos de improbidade administrativa, diante da citada proibição encartada no artigo 17, § 1º, da Lei 8.429/92 que refutou qualquer acordo no âmbito ímprobo, força reconhecer as dificuldades práticas em aplicar as sanções legais aos agentes públicos condenados por violação aos arts. 9º, 10º e 11º da aludida Lei.

Em contrapartida, não é demais repetir que a resistência inicial em convencionar o objeto litigioso, nos processos que versam sobre direito público, fundava-se nos famigerados princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público, o que certamente influenciou na expressa vedação da Lei de Improbidade Administrativa.

É certo que a necessidade de modernizar os atos emanados do poder público, especialmente a partir do aparelhamento estatal e da materialização dos valores insculpidos na Constituição Federal, sob a égide do Estado Democrático de Direito, despertou certa reflexão nos operadores do Direito, no sentido de questionar a constitucionalidade da proibição negocial na improbidade administrativa.

Nesse contexto, se, de um lado, a legislação impedia qualquer solução negocial no âmbito da improbidade administrativa, tendo como ineficazes as respectivas ações judiciais, de outro, exsurge a necessidade de concretizar valores fundamentais da coletividade, consubstanciados pelos princípios da eficiência e da razoável duração do processo.

Daí porque, não raras vezes, levantou-se a tese da inconstitucionalidade do art. 17, parágrafo 1º da Lei de Improbidade Administrativa, em especial, porque a aplicação literal do dispositivo, além de lesar diferentes princípios constitucionais, estava em completo desacordo com o moderno sistema normativo de Direito Público, tornando-se indispensável a superação de alguns dogmas.

Com efeito, reforça a aludida inconstitucionalidade a proeminente violação aos princípios da proporcionalidade, da eficiência, do acesso à justiça e da razoável duração do processo, exaustivamente abordados.

Ademais, a proibição negocial na improbidade administrativa também colide com o preâmbulo constitucional, assim como com o seu art. 4º, VII, conquanto a República Federativa do Brasil rege-se, na ordem interna e externa, pela solução pacífica dos conflitos.

Para além disso, afora a tese da inconstitucionalidade do art. 17, § 1º da Lei 8.429/92, grande parcela da doutrina entendia pela revogação tácita do dispositivo,

que estava em descompasso com a legislação mais atual, em especial, com a previsão normativa do art. 36, § 4º, da Lei 13.140/2015 que dispôs expressamente sobre a possibilidade de conciliação nos casos de improbidade administrativa.

Há inúmeros diplomas posteriores à edição da Lei de Improbidade Administrativa que trouxeram soluções negociadas nos interesses públicos, os quais foram trazidos no capítulo anterior. É importante destacar, nesse sentido, que esse microsistema de tutela ao patrimônio público alinha-se aos postulados fundamentais delineados no Estado Democrático de Direito, ao passo que a proibição da solução consensual na Lei de Improbidade Administrativa demonstrava um sistema anacrônico e incoerente.

Exemplificando a problemática, a Lei 12.850/13 (Colaboração Premiada), assim como a Lei 12.846/13 (Leniência), permitia expressamente que os agentes de persecução do Estado celebrassem acordos destinados a promover a salvaguarda do interesse público, enquanto se inadmitia qualquer negociação no âmbito da improbidade administrativa.

Desponta, nesse contexto, em evidente discrepância jurídica. Imagine-se que um único comportamento ilícito do agente público no exercício funcional poderia ensejar a sua responsabilização pelas sanções do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador. Assim, esse agente estaria autorizado a celebrar acordo de colaboração premiada com os órgãos de persecução do Estado, auxiliando-os no desbaratamento criminoso; todavia, estaria impedido de pactuar na improbidade administrativa, em virtude do art. 17, § 1º da Lei 8.429/92.

Por certo, essa desarmônica forma de atuação estatal para combater os desvios de recursos públicos do Estado, com efeitos díspares nos respectivos ramos do Direito, desestimula os agentes públicos a colaborarem com os órgãos de persecução.

Nesse sentir, Fredie Didier e Hermes Zanetti Jr. (2018, p. 350-351):

Se agora é possível negociar as consequências penais, mesmo nas infrações graves, não haveria razão para não ser possível negociar as sanções de improbidade. Pode-se estabelecer a seguinte regra: a negociação da ação de improbidade é possível sempre que for possível a negociação no âmbito penal, em relação de proporção. A interpretação literal do comando do § 1º do artigo 17 da Lei 8.429/92 leva a uma situação absurda: seria possível negociar as sanções tidas como mais graves pelo sistema, porque decorrentes da prática de crimes, mas não seria possível negociar no âmbito de uma ação de improbidade administrativa. Além de absurdo, a interpretação desse texto ignoraria completamente os contextos históricos da promulgação da Lei (1992) e sua aplicação.

É possível afirmar, nessa ordem de ponderação, que os diversos diplomas legais que regulamentam o Direito Administrativo e o Direito Penal admitem a integração e colmatação de suas regras, por meio de um microssistema que se interliga, exatamente para possibilitar a aplicação do instituto negocial na improbidade administrativa. Sustentava-se, desse modo, a possibilidade de o acordo englobar a improbidade administrativa, mediante a revogação tácita do artigo 17, § 1º da Lei 8.429/92.

Discorrendo sobre o tema, Igor Pereira Pinheiro e Henrique da Rosa Ziesemer (2022, p. 260):

A despeito dessa proibição, entendemos que esse dispositivo restou tacitamente revogado pelas leis que lhes sucederam. Ora, se toda a ordem jurídica precisa ser coerente e harmônica, depõe contra essa finalidade a subsistência de norma cível que veda acordo permitido por leis penais posteriores (ontologicamente, as destinadas para os casos mais graves com natureza de última ratio).

Também nessa toada, perfilhando o entendimento sobre a existência de microssistema integrativo, acresce Renato de Lima Castro (2018, p. 401):

É fato, entretanto, que esses microssistemas de proteção da coisa pública precisam “dialogar”, no sentido de se promover verdadeiras simbioses de eficazes instrumentos disponibilizados aos órgãos de persecução do Estado, com o propósito de se enfrentar as novas e modernas técnicas criminosas e ímprobas, no mais das vezes praticadas por sofisticadas organizações criminosas instaladas no interior das pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

A jurisprudência, nesse ponto, trilhava o mesmo caminho, consoante se observa pela decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, especificamente da 5ª Câmara Cível, por meio do eminente Relator designado Luciano Campos de Albuquerque (PARANÁ, 2019):

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR SUPOSTOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DOS DIPLOMAS LEGAIS. MICROSSISTEMA DE DEFESA DA PROBIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DA ANÁLISE DOS ASPECTOS FORMAIS E DE CONTEÚDO DO ACORDO. NECESSIDADE DE INTERESSE PÚBLICO PREVALENTE NO CASO CONCRETO. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO EM PARTE PARA O RETORNO DOS AUTOS A ORIGEM PARA ANÁLISE DO ACORDO. **1. Da interpretação sistemática das Leis Federais n. 12.846/2013 e n. 12.850/2013, que compõem juntamente com a Lei de Improbidade Administrativa o microssistema de defesa da probidade, bem como das leis de cunho penal que preveem a possibilidade de negociações entre autor e réu (Lei n.**

9.099/1995) e, ainda, das Leis Federais n. 13.140/2015 e n. 13.655/2018, que previram a possibilidade da solução de conflitos no âmbito da administração pública mediante autocomposição, extrai-se a evolução legislativa em se admitir negócios jurídicos processuais em demandas que, em princípio, teria a característica de indisponibilidade do objeto. 2. Entretanto, essa premissa de não se poder dispor do interesse público merece a compreensão ressaltada por Hely Lopes Meirelles no sentido de que o interesse público prevalente é extraído da ordem jurídica em cada caso concreto. Ou seja, a análise do interesse público prevalente é extraída da ordem jurídica - lei formal e preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito - no caso concreto. **E é justamente nessa ordem de ideias que a autocomposição dos conflitos no âmbito de demanda de Improbidade Administrativa poderá ocorrer.** 3. O juiz da causa tem a incumbência de analisar os aspectos formais e de conteúdo dos acordos para fim de verificação de sua legitimidade para solucionar as demandas, resguardar o interesse público, evitando qualquer discricionariedade na busca do combate à imoralidade e improbidade na gestão pública. (grifo nosso) (TJPR - 5ª C.Cível - 0016606-24.2019.8.16.0000 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR NILSON MIZUTA - Rel.Desig. p/ o Acórdão: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU LUCIANO CAMPOS DE ALBUQUERQUE - J. 20.08.2019)

Em decorrência de todos esses fundamentos, o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução 179/17 regulamentou a possibilidade de celebrar acordos em improbidade administrativa¹²⁷. De igual sorte, o Ministério Público do Paraná editou a Resolução 01/2017¹²⁸ admitindo a negociação em improbidade administrativa.

Deliberados os motivos para a superação da proibição consensual na improbidade administrativa, fato é que a Lei 13.869/19, conhecida como Pacote Anticrime, alinhando-se à moderna tendência negocial nos processos que envolvam o Poder Público, suprimiu a vedação existente e passou a admitir, expressamente, a consensualidade na improbidade administrativa, por intermédio da admissibilidade do acordo de não persecução cível.

Vale registrar, a propósito, que os acordos de não persecução cível firmados antes da nova redação do art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92, definida pela Lei 13.869/19, são válidos, conquanto obedeçam aos mínimos critérios estabelecidos pelo Conselho Superior do Ministério Público (AI 1.0382.15.007024-3/003, Relª Desª Áurea Brasil, Quinta Câmara Cível do TJMG, j. em 25.09.2020).

¹²⁷Art. 1º, § 2º: É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com o ato praticado (BRASIL, 2017).

¹²⁸Art. 1.º. As tratativas prévias e a celebração de compromisso de ajustamento de conduta e acordo de leniência envolvendo as sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa, definidos na Lei 8.429, de 02.06.1992, e aos atos praticados contra a Administração Pública, definidos na Lei 12.846, de 01.08.2013, no âmbito do Ministério Público do Estado do Paraná, deverão observar os parâmetros procedimentais e materiais previstos na presente Resolução (BRASIL, 2017).

5.2 NATUREZA JURÍDICA

Enquanto fenômeno do Direito Negocial, o acordo de não persecução cível pode ser considerado instrumento, de recente aparição no cenário nacional, tipificado pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Como se percebe, essa disposição legislativa revogou o artigo 17, §1º da Lei 8.429/92, que vedava a transação, o acordo ou a conciliação nas ações previstas na Lei.

Note-se, contudo, que os referenciais de aplicação, que fundamentariam o acordo de não persecução cível, foram vetados pelo Presidente da República¹²⁹, com manutenção do veto pelo Congresso Nacional.

Em 25 de outubro de 2021, entrou em vigor a Lei 14.230/21 que, a despeito de promover significativas modificações desguarnecedoras do regime jurídico-administrativo previsto pela Constituição Federal, disciplinou o acordo de não persecução cível cujas situações legitimadoras serão abordadas no capítulo subsequente.

Diante desse quadro, o estudo e o aprofundamento do inovador instrumento normativo ganha, cada vez mais, contornos de relevância. Paralelamente, o desenvolvimento de uma nova realidade no Direito Administrativo - encabeçado pela concretização do princípio democrático, da eficiência e do acesso à justiça - viabilizou a celebração de acordos por parte do Poder Público, que culminou no surgimento de inúmeros mecanismos de consenso.

Mais do que um instrumento reparatório, divisa-se, como se vê, verdadeiro e legítimo interesse público na consensualidade administrativa pois, nas palavras de Emerson Garcia (2018, p. 309), esta contribui para harmonizar e pacificar as relações sociais; atenua a intensa tensão dialética entre os referenciais de lícito e ilícito; acarreta a redução de custos, inerentes a longa tramitação de certas relações processuais, administrativas ou judiciais; e tende a aumentar os índices de satisfação dos envolvidos, que ganham em certeza e celeridade, em patamares sensivelmente superiores àqueles que obteriam ao fim da relação processual.

¹²⁹As razões do veto foram: "A propositura legislativa, ao determinar que o acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade, contraria o interesse público por ir de encontro à garantia da efetividade da transação e do alcance de melhores resultados, comprometendo a própria eficiência da norma jurídica que assegura a sua realização, uma vez que o agente infrator estaria sendo incentivado a continuar no trâmite da ação judicial, visto que disporia, por lei, de um instrumento futuro com possibilidade de transação."

É nessa perspectiva que se insere o acordo de não persecução cível, o qual possui natureza de negócio jurídico, na medida em que se aperfeiçoa pela vontade livre e consciente das partes. Assim é que, de um lado, o Ministério Público formulará a proposta, consistente na reparação integral do dano, cumulada com uma ou mais sanções abstratamente previstas na Lei de Improbidade Administrativa, e, de outro, o autor do fato ímprobo, poderá anuir com a proposta, tendo como característica essencial o consenso entre as partes.

Nessa linha, Eduardo Cambi, Diogo Araújo e Mariana Sartori Novaki (2020, p. 68) consideram o acordo de não persecução cível como um negócio jurídico, bilateral e comutativo, cujo aperfeiçoamento opera com a manifestação de vontade de ambas as partes e com o estabelecimento de prestações certas e determinadas.

Na realidade, o negócio jurídico concretiza-se com a vontade das partes, que se constitui como essencial à formalização do acordo. No que tange à intervenção obrigatória do ente federativo lesado, assim como, à aprovação do Conselho Superior do Ministério Público, se o acordo for firmado em sede extrajudicial, ou mesmo, à homologação judicial, em qualquer momento, fato é que, muito embora seja requisito imprescindível, incide sobre a eficácia do negócio jurídico (art. 17-B, § 1º, I, II e III da Lei 8.429/92).

Por conseguinte, o autorregramento da vontade das partes soa tão relevante que a terminologia empregada pelo legislador “acordo” não deixa margem de dúvidas sobre a característica negocial do acordo de não persecução.

Nesse ponto, convém destacar o entendimento do Ministério Público de São Paulo, por meio da Nota Técnica n. 02/2020-PGJ/CAOPP (2020, p. 05):

O acordo de não persecução cível tem natureza de negócio jurídico, na medida em que depende da clara e livre manifestação de vontade das partes. Embora os efeitos mais importantes deste negócio jurídico estejam previstos na lei, a declaração de vontade, ínsita ao acordo de não persecução cível, tornará específica a forma de incidência da norma no caso concreto, vinculando os pactuantes aos efeitos expressos no ajuste.

É claro que o poder de escolha das partes encontra-se limitado pelo ordenamento jurídico, em maior ou menor medida, o que não retira a natureza negocial do instituto, tampouco desqualifica a autonomia da vontade, afinal, consoante afirmam Fredie Didier Jr e Daniela Santos Bonfim (2017, p. 112), em nenhum âmbito do Direito pode-se falar em autorregramento sem limites, ao contrário, o autorregramento pressupõe um espaço atribuído e limitado pelo sistema.

Vale dizer, se inexistente a discricionariedade ao ressarcimento ao erário (art. 17-B, I), há, em contrapartida, liberdade para pactuar o valor da multa a ser eventualmente aplicada, a condição, o prazo do pagamento e até mesmo a antecipação de determinado cúmulo de sanções.

Por essa razão, Renato de Lima Castro (2020, p. 258) o considera como negócio *sui generis*, entendendo que há reduzida liberdade das partes intervenientes no negócio, já que as sanções serão proporcionais à maior ou menor gravidade do injusto ímprobo.

Alinhavadas tais circunstâncias, é de se apresentar a classificação do acordo de não persecução cível, sob a perspectiva da natureza obrigacional do negócio jurídico.

Nessa classificação, o ponto de partida seria considerar o acordo de não persecução como um contrato. Sim, porque há convergências de vontades com interesses contrapostos, pois na medida em que o Ministério Público almeja a concretização instantânea do interesse público, antecipando-se uma ou mais sanções, além da restituição ao erário, o autor do fato ímprobo beneficia-se com a não propositura da ação judicial e todos os ônus dela decorrente, poupando-lhe dispêndio financeiro com custas processuais, honorários advocatícios, além da sujeição às demais medidas assecuratórias existentes na Lei 8.429/92, como a indisponibilidade de bens.

Na hipótese de o acordo ser celebrado durante a ação de improbidade administrativa, o benefício ao réu advém da extinção da demanda antes da sentença terminativa, com a imposição de sanções menos prejudiciais.

É possível afirmar, ainda, que o negócio jurídico se afigura como bilateral, na medida em que implica direitos e vantagens para ambas as partes. Para melhor ilustrar esse cenário, deve-se compreender os ônus e bônus dos protagonistas do acordo:

1) Ministério Público: acomete-se o dever de atuar para resguardar o interesse essencialmente público cuja vantagem circunscreve-se em: 1.1) recuperar os valores amealhados dos cofres públicos e impor, de forma célere e eficiente, uma ou mais sanções estabelecidas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa; em contrapartida, obriga-se a: 1.2) abrir mão da imputação cível, requerer a extinção da ação judicial ou atenuar a imposição sancionatória.

2) Autor do fato ímprobo: atribui-se a obrigação de: 2.1) ressarcir os valores desviados do Estado e, a critério do Ministério Público, confessar a prática do ato de improbidade administrativa ou mesmo colaborar com o órgão de persecução; por outro lado, o acordo lhe trará benefícios consistentes em: 2.2) não ser processado por ato de improbidade administrativa, não ter medidas cautelares contra si, ter a ação extinta e receber uma sanção menos invasiva do que a imposta em decisão judicial, ao final do processo.

De fato, há dependência entre as obrigações pactuadas, sendo uma causa da outra, de modo que o Ministério Público somente promoverá o arquivamento da investigação ou da ação proposta após o cumprimento da avença (como a devolução de valores, o pagamento total da multa acordada ou mesmo, a colaboração para cooperação da investigação).

Como decorrência lógica da reciprocidade benéfica de interesses entre o Ministério Público e o autor do fato ímprobo, observa-se que o negócio jurídico é oneroso, da espécie comutativa¹³⁰, já que ambos os contratantes conhecem previamente as suas respectivas prestações.

Por outro lado, não é crível que, de antemão, se predeterminem as cláusulas do acordo de não persecução cível. Afinal, cada fato objeto da negociação guarda singularidade que não se aplica, automaticamente, a outros casos, ensejando o tratamento apartado. Assim, coíbe-se a inserção de cláusula padrão para todos os acordos, que devem ser elaborados a partir dos anseios das partes, inadmitindo-se que o negócio tenha forma de contrato de adesão¹³¹. Daí porque o acordo de não persecução cível é considerado um negócio jurídico paritário.

Dito isso, é de se exigir que o Promotor de Justiça e o autor do fato, devidamente assistido por defensor, iniciem as tratativas em igualdade de condições, cada qual com seus respectivos argumentos em busca do consenso, e construam juntos a solução a partir de suas pretensões. Não custa lembrar que o princípio da autonomia da vontade, como expressão máxima do direito de liberdade, de jaez constitucional, encontra fundamento de validade no Estado Democrático de Direito

¹³⁰O contrário é o contrato aleatório, em que a obrigação somente pode ser exigida em razão de fatos futuros, atrelados a risco, como é o caso dos contratos de seguro, jogo e aposta.

¹³¹O art. 54 do CDC define contrato de adesão como àquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo (BRASIL, 1990).

adotado pela República Federativa do Brasil, em especial, no princípio da dignidade da pessoa humana.

Há, nessa contenda, a proeminente necessidade de que seja observada a isonomia. Assim, caso o Promotor de Justiça entenda que o defensor não resguarda, suficientemente, os interesses de seu cliente deve recusar o acordo, dada a hipossuficiência da parte. De igual sorte, o Conselho Superior do Ministério Público ou o magistrado também deve negar a homologação nessas condições, sobretudo, porque desguarnece o interesse de um dos negociantes.

É importante compreender, todavia, que a situação de vulnerabilidade da parte deve ser analisada cautelosamente, com esteio nas características da negociação e seu entorno, não se admitindo a alegação de assimetria pelo fato de um dos negociantes aceitar o acordo mais facilmente, cedendo aos seus termos.

Como bem aponta Antônio do Passo Cabral (2016, p. 395-396):

Não se pode imaginar que todos os poderes processuais sejam simétricos, e que qualquer posição jurídica que não representasse um “espelho” das alternativas da contraparte fosse considerada inválida. O poder de barganha e negociação de cada indivíduo é resultante de variáveis diversas, como conhecimento, informação, necessidade e urgência de fechar o acordo (pressões internas e externas), habilidades negociais, experiência, dentre outras. E é claro que essas variáveis nem sempre levarão a uma desigualdade apta a invalidar a avença. Além disso, a igualdade deve ser analisada em relação a alguém: ninguém é igual ou desigual em si mesmo, mas cotejado com outro referencial; a isonomia é um conceito relacional, exigindo uma comparação casuística.

Não se desconhece, portanto, o poder de barganha que permeia toda a negociação em que as partes partem do máximo para cederem, paulatinamente, até a concretização de um denominador comum. Tal prática é válida e comumente utilizada, desde que, por óbvio, sejam respeitadas as suas vontades, sem qualquer condição impositiva.

Nessa trilha, Igor Pereira Pinheiro e Henrique da Rosa Ziesemer (2022, p. 271):

É claro que a fase da negociação não impede a apresentação de propostas divergentes entre as partes acordantes, suspensão das negociações para a reflexão sobre condições sugeridas e debates para se chegar a um denominador comum, que, porém sempre terá o limite mínimo da aplicação de duas sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Por fim, cuida-se de contrato de natureza mista cuja vontade define categorias jurídicas processuais e materiais, tema este que será tratado adiante.

Neste sentido, o acordo de não persecução cível caracteriza-se por ter natureza consensual bilateral. Logo, inconcebível a sua forma cogente e arbitrária. Em sendo assim, inexistente direito subjetivo ao autor do fato ímprobo¹³², tampouco pode o Promotor de Justiça obrigá-lo a aderir à medida, cabendo ao órgão de persecução aquilatar, dentro de um juízo responsável de ponderação e a partir de discricionariedade regrada, com base na proporcionalidade e nos princípios constitucionais que regem à Administração Pública (CF, art. 37), se o interesse público estará satisfeito com a prática negocial ou, contrariamente, se a propositura da ação judicial é o melhor caminho¹³³.

Renato de Lima Castro (2020, p. 262) perfilha do mesmo entendimento:

Nessa métrica, o legitimado, v.g., Promotor de Justiça, possui a faculdade de, à vista da concreta situação a ele submetida, verificar se o acordo de não persecução cível terá o condão de atingir aos fins a que se destina, sobretudo após apropriado sopesar as espécies de sanções são proporcionais ao ato ímprobo praticado. Pode, ao contrário, verificar que, estrategicamente e para os fins de combate à espécie de ato de improbidade de que se trata, não ser passível de concretizar esse negócio jurídico.

A Resolução do Colégio dos Procuradores do Ministério Público de São Paulo nº 1.193/2020-CPJ, de 11 de março de 2020 (BRASIL, 2020) disciplinou o tema da seguinte forma:

Art. 2º – Constitui pressuposto do acordo em matéria de improbidade administrativa a verificação de que este meio é mais vantajoso ao interesse público do que o ajuizamento da ação civil por ato de improbidade administrativa ou seu prosseguimento, levando-se em consideração, dentre outros fatores, a possibilidade de duração razoável do processo, a efetividade das sanções aplicáveis e a maior abrangência de responsabilização de agentes públicos, de terceiros envolvidos no ilícito ou que dele tenham auferido vantagem indevida de qualquer natureza.

É claro que se exige a devida fundamentação do Ministério Público para refutar o acordo de não persecução cível, com base no dispositivo encartado no art. 17-B, § 2º da Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL 2021), pois, em qualquer caso, a celebração do acordo, a que se refere o caput deste artigo, considerará a

¹³²A nota 01/2021, da Procuradoria-Geral da República disciplina no item 131 (BRASIL, 2020): Não há direito público subjetivo à celebração de Acordo de Não Persecução Cível, tendo em vista que o novo regramento do artigo 17-B da LIA expressamente consagra margens relevantes de valoração e decisão (discricionariedade), em favor do Ministério Público competente, conforme o caso concreto.

¹³³O STJ consagrou entendimento no sentido de que o Termo de Ajustamento de Conduta é destituído de caráter obrigatório, razão pela qual sua não proposição não induz à carência de ação. Esse mesmo entendimento, por analogia, deverá ser adotado para o acordo de não persecução cível (REsp 1.252.869/DF, 2 T., Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 15.08.2013).

personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens para o interesse público da rápida solução do caso.

Evidentemente que a motivação, quanto a não realização do acordo de não persecução cível, inibe as alegações de protecionismo ou vingança por parte do Ministério Público, que tem o poder-dever de expor, concretamente, os fundamentos que o levaram a denegar a negociação, em obediência ao princípio da transparência.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2020) decidiu:

O acordo de não persecução cível em ação de improbidade administrativa não é direito subjetivo do réu. Cabe ao Ministério Público avaliar, à luz do interesse público, a oportunidade e conveniência de firmar solução consensual. (AGInt no RtPaut no AgInt no RE nos Edcl no AgInt no AREsp 1.341.323, Rel^a Min^a Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial do STJ, j. em 05.05.2020).

Na mesma linha, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE do SUL, 2020):

O Ministério Público pode manifestar-se contrariamente à realização de acordo na ação de improbidade, considerando-o contraproducente e contrário ao interesse público, quando os mesmos fatos já tiverem ensejado a condenação em primeira instância dos requeridos e a ação de improbidade se encontrar em fase de prolação de sentença (CPC 70084406685, Rel. Des. Carlos Roberto Lofego Canibal, Primeira Câmara Cível do TJRS, j. em 16.12.2020).

Como se percebe, o acordo de não persecução cível expressa a materialização da vontade do Ministério Público e do autor do fato ímprobo, devidamente representado por defensor. Exige-se, então, do titular da pretensão estatal a demonstração de elementos que evidenciem a compatibilização da hipótese fática com os ditames legais. Deve, pois, fundamentar o ato, seja para celebrar ou denegar o acordo de não persecução cível.

É preciso ressaltar, nesse aspecto, que a Lei 14.230/21 não estabelece nenhuma forma de controle do ato emanado pelo Promotor de Justiça, na hipótese de este negar o acordo de não persecução cível. Assim, surge a dúvida sobre como proceder em eventual irresignação da parte contrária.

Emerson Garcia (2022, p. 622) sustenta que a negativa de celebração do acordo de não persecução cível, previsto no art. 17-B da Lei nº 8.429/1992 inserido

pela Lei nº 14.230/2021, à mingua de lei que o preveja, não é suscetível de revisão por órgão da Administração Superior do Ministério Público. Trata-se de verdadeiro silêncio eloquente, insuscetível de preenchimento com o uso da analogia e que não pode ser contornado com a criação dessa instância de revisão, por meio de ato regulamentar, ou mesmo com a invocação da “teoria do diálogo entre as fontes”, já que esta última pressupõe uma pluralidade de normas potencialmente incidentes sobre o mesmo objeto, não legitimando a aplicação de normas direcionadas a objetivo diverso, estranho ao objeto analisado.

Com a devida vênia, discorda-se de tal posicionamento. Apesar do silêncio legislativo, entende-se que a recusa do Promotor de Justiça em celebrar o acordo de não persecução cível pode ser controlada pelos órgãos de revisão do Ministério Público.

Evidente que os membros do Ministério Público estão sujeitos ao regime jurídico-administrativo albergado sistematicamente pela Constituição Federal, incumbindo-lhes o cumprimento dos princípios constitucionais, como limites de contenção da manifestação da pretensão estatal.

Assim, a possibilidade de revisão da negativa do ANPC destina-se a coibir comportamentos funcionais que destoem de deveres institucionais do Promotor de Justiça, ainda que esteja fundada na proteção de bens jurídicos fundamentais. Ademais, o princípio da transparência que permeia os atos da Administração Pública reforça a conclusão de que é necessária a pretendida revisão.

Com efeito, ainda que se trate de negócio jurídico baseado na autonomia da vontade da parte, a discordância do Promotor de Justiça em celebrar o acordo de não persecução cível pode desbordar de sua atribuição funcional, sendo imprescindível ofertar nova análise pelo órgão superior do Ministério Público. Coíbe-se, dessa forma, a atuação dissociada do interesse público, evitando um tratamento desigual entre as partes.

No que diz respeito a opção do legislador em não disciplinar tal situação, é certo que se torna impossível a previsão e descrição de todas as hipóteses que regulam o instituto, ainda que essenciais à finalidade do tema. Veja-se, por exemplo, que muito embora incida sobre aspecto de fundamental importância do acordo de não persecução cível, a Lei 14.230/21 omitiu-se quanto às sanções objetos da negociação. E, por óbvio, não se cogita celebrar o acordo de não persecução cível

sem que advenha a pactuação de ao menos uma penalidade prevista no artigo 12 da Lei 8.429/92.

É dizer, a lacuna legislativa admite a colmatação com outras normas que guardem sintonia entre si, no caso, o artigo 28 do Código de Processo Penal¹³⁴, sendo que os diversos pontos de contato entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal foram tratados no decorrer desse trabalho.

Por certo, em razão do princípio da independência funcional, cuja concretização assegura uma proteção ao exercício independente da atuação ministerial, jamais o órgão de revisão pode obrigar o Promotor de Justiça a aderir à negociação, tendo que designar outro membro.

Em sede judicial, da mesma forma, se houver insurgência da parte contra a negativa ministerial em celebrar o acordo de não persecução cível, deve o magistrado encaminhar os autos ao órgão de revisão do Ministério Público, não podendo substituir a vontade do Promotor de Justiça e firmar o acordo. Haveria, pois, subversão das funções.

Por outro lado, dada a natureza negocial do acordo de não persecução cível, devem ser aplicadas as condições, trazidas pelo Código Civil, de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos em geral.¹³⁵ Há de se observar, ainda, os requisitos do ato administrativo (competência, finalidade, forma, motivo e objeto), considerando que o regime jurídico de direito público norteará a negociação, notadamente, quanto ao fiel cumprimento dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública¹³⁶.

Estabelecida a natureza jurídica do acordo de não persecução cível, indubitavelmente de negócio jurídico, é possível ir mais além e verificar se o instituto se enquadra no conceito clássico ou assume uma conotação contemporânea.

¹³⁴ Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

¹³⁵ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção. Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

¹³⁶ O tema foi abordado no capítulo antecedente.

A propósito, em se tratando de negócio jurídico tradicional, somente o titular de um direito subjetivo, fruto de um direito objetivo positivado, poderia pactuá-lo, já que o direito lhe pertence (CC de 1916). O próprio Código de Processo Civil de 1973, como instrumento normativo que albergava essa clássica concepção, ditava valores privatistas e patrimoniais.

Assim é que, para a tutela dos direitos subjetivos individuais, existia uma relação jurídica entre as partes cujo sujeito detentor de um direito (subjetivo), amparado pelo direito (objetivo), poderia exigir o cumprimento de determinada prestação.

Em tom crítico, Luiz Edson Fachin (2000, p. 26) afirma que a relação jurídica exprime menos um meio técnico para desenhar uma exposição e mais uma ordenação conceitual para dar conta de um modo de ver a vida e sua circunstância. Sob suas vestes está menos o direito em movimento, coletivamente considerado, e mais um direito que se afirma no confronto e na negação do outro. É um conceito superado por sua própria insuficiência, denunciada pela tentativa de captar, atemporalmente, pessoas, nexos e liames.

Daí a constatação de que a concepção atual sobre a relação jurídica cede espaço para a ideia de situação jurídica, que pode ser entendida como as situações existenciais legitimadas pelo direito cujo sujeito não é elemento essencial para a existência da situação (ao contrário da relação jurídica), podendo existir interesses e, portanto, situações jurídicas, que são tutelados pelo ordenamento jurídico, apesar de não terem ainda um titular.

Exatamente nesse contexto inserem-se os interesses difusos e coletivos, em especial, os bens jurídicos tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa, em que não há sujeito individualizado a titularizar os direitos dessa espécie; todavia, eles são tão relevantes do ponto de vista jurídico que o ordenamento jurídico lhes assegura a devida tutela (protege-se a coletividade).

A partir dessa premissa, pode-se concluir que, no acordo de não persecução cível, inexistente relação jurídica de direito material entre o Ministério Público e o autor do fato ímprobo, tampouco possuem direito subjetivo amparado pelo ordenamento jurídico, colidindo, portanto, com o conceito de negócio jurídico tradicional.

Sobre a nova faceta do negócio jurídico, Ana Paula Ruiz Silveira Ledo, Isabela Cristina Sabo e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2017, p. 12) discorrem que há um novo modelo no qual os sujeitos nela envolvidos não são

titulares de um direito subjetivo, mas sim de interesses juridicamente relevantes para o Direito.

É preciso ressaltar que a adequação do acordo de não persecução cível ao conceito de negócio jurídico perpassa, fundamentalmente, pela releitura de alguns institutos jurídicos, notadamente, porque limitados por normas publicistas e, acima de tudo, pelos valores idealizados pela Constituição Federal.

Justamente por se estar diante de uma nova perspectiva negocial, conquanto alguns instrumentos não se amoldam ao acordo de não persecução cível, como a relação jurídica e a situação patrimonial, parece mais adequado trazer a lume a noção de situação jurídica existencial cujo objeto não tem valor econômico, mas vincula-se a ditames constitucionais pertencentes a sujeitos indeterminados, tal qual o patrimônio público e a moralidade administrativa. Daí porque a autonomia da vontade, como elemento fundamental do negócio jurídico tradicional, é relativizada por preceitos estabelecidos na Constituição Federal.

Ana Paula Ruiz Silveira Ledo, Isabela Cristina Sabo e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2017, p. 13) complementam:

Nesse ambiente pós-moderno, em que transitam interesses existenciais de igual relevância, encontra-se o negócio jurídico existencial, cuja relação jurídica é formada por situações subjetivas existenciais e "(...) a tutela da pessoa passa a ser realizada, em especial, por meio de proteção de seu centro de interesses". Contudo, sem a regulamentação normativa existente nas relações jurídicas clássicas, que funciona, sobretudo, como limitador às negociações, nasce a dificuldade de como tutelar essas relações existenciais, bem como mensurar a intervenção do Estado e de particulares nos interesses existenciais do indivíduo. A resposta é a autodeterminação. A proteção objetiva de situações jurídicas existenciais, portanto, se opera por meio da liberdade do indivíduo considerar sua existência. O livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação, a possibilidade para a criação, modificação ou extinção de situações no campo da subjetividade, tudo isso se vale da autonomia privada para ganhar corpo no mundo jurídico (...). O princípio da dignidade da pessoa humana é marco inicial e final para o exame dos negócios jurídicos existenciais no ambiente pós-moderno: inicial, pois é fundamento para a gênese de diversos interesses existenciais que devem ser protegidos pelo Poder Judiciário em caso de violação; e final, em virtude de ser utilizado como último critério para o apontamento de sua relevância jurídica e, conseqüentemente, como merecedor de tutela.

Certo é que, a despeito da natureza jurídica essencialmente consensual, o acordo de não persecução cível não pode ser equiparado ao negócio jurídico clássico, porque alguns de seus preceitos são inaplicáveis e insuficientes para concretizar os interesses nele abrangidos.

Em decorrência dessa sistemática, inexistem nos interesses transindividuais relação jurídica entre sujeitos mas imposição normativa do dever jurídico de respeito a certos bens fundamentais, sendo que os seus titulares ostentam vinculação com o ordenamento jurídico e não com a parte contrária.

De igual sorte, ausente o sujeito individual que detenha titularidade dos interesses coletivos, simplesmente porque pertencem à coletividade, como um todo. Há, todavia, substancial relevo desses interesses por parte do ordenamento que lhes concede legitimidade e proteção. Logo, a visão clássica de negócio jurídico revela-se inviável para explicar o fenômeno coletivo e, por consequência, o acordo de não persecução cível.

Portanto, a natureza jurídica do acordo de não persecução cível deve ser compatibilizada com o moderno conceito de negócio jurídico em que os sujeitos envolvidos na pactuação não são titulares de direitos subjetivos, tampouco constituíram relação jurídica entre si, mas são integrantes de situação jurídica legitimada pelo ordenamento.

5.3 NEGÓCIO JURÍDICO: MATERIAL E PROCESSUAL

Situado no cerne do negócio jurídico, o acordo de não persecução cível pode assumir a característica material ou processual, a depender do conteúdo eficaz do acordo firmado entre as partes.

Trabalha-se com a ideia de definir consequências jurídicas ao autor do fato ímprobo, afinal a sua conduta se mostrou apta a ser enquadrada nas sanções delimitadas pelo artigo 12 da Lei 8.429/92, podendo ensejar a sua condenação. Esses efeitos, que podem ser de direito material ou processual, dependem, como em toda medida conciliatória, da vontade livre e consciente dos negociantes.

No ambiente negocial do acordo de não persecução cível, após uma percuciente análise do tipo de injusto de improbidade administrativa correspondente ao ato praticado, as partes dialogam com o fim de anteciparem uma ou mais sanções, previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, proporcionais à magnitude do fato ímprobo e destinadas a assegurar o respeito aos princípios que norteiam a Administração Pública.

Desse modo, na medida em que se pactuam sanções estabelecidas na Lei 8.429/92, as quais não se referem a consequências processuais, tampouco a aspectos procedimentais, as situações jurídicas firmadas têm natureza de direito civil material. De igual sorte, quando existirem valores a devolver aos cofres públicos, conquanto inegociáveis, também assumirão a feição de negócio material.

Cumprе assinalar que os eventuais limites convencionais acerca das penalidades descritas na Lei de Improbidade Administrativa, ou seja, se existe plena liberdade de proposição de quaisquer das espécies de sanções decorrentes do ato ímprobo ou se algumas delas não podem ser firmadas, serão objeto de verificação no subseqüente capítulo. Sob qualquer perspectiva, fato é que, além da possibilidade de convencionar sanções, se afigura viável a inserção de outras cláusulas, de natureza processual, que efetivamente influem no negócio a ser homologado.

Nesse contexto, é assente que o acordo de não persecução cível também pode ter a característica de negócio jurídico processual, por conter consequências jurídicas que incidem sobre aspectos nitidamente processuais ou pré-processuais.

São exemplos de convenções processuais, dentre outras, as que: a) estabeleçam deveres e sanções para o cumprimento dos acordos; b) ampliem prazos das partes de qualquer natureza; c) dispensem ou invertam os ônus probatórios; d) pactuem para a produção obrigatória de prova antecipada; e) fixem o rateio de despesas processuais; f) excluam a recorribilidade; g) estipulem a obrigatoriedade de mediação ou conciliação extrajudicial.

Como ressaltado no capítulo anterior, o poder público pode, perfeitamente, celebrar negócio jurídico processual, seja típico ou atípico. E, sendo o acordo de não persecução cível a materialização consensual de atos do Estado, por intermédio de seu órgão acometido do poder-dever de tutelar a probidade na Administração Pública, nada impede a negociação sobre os aspectos processuais.

É perceptível que o acordo de não persecução cível tem por finalidade precípua, a partir de uma solução construída pelo consenso, proteger a probidade administrativa em cotejo com os valores materializados na Constituição Federal.

De igual sorte, o Código de Processo Civil de 2015 almeja o fenômeno da constitucionalização do processo cujos regramentos foram idealizados a partir desta perspectiva, especialmente, o respeito aos princípios e direitos fundamentais calcados no Estado Democrático de Direito.

Esta simbiose finalística de ambos os diplomas (Lei de Improbidade Administrativa e CPC), absolutamente intrincados por diretrizes constitucionais, permite a utilização recíproca de seus mecanismos, com integração e colmatação de suas regras, para conferir um espectro protetivo constitucional pleno dos valores tutelados em cada ramo do Direito.

Admite-se, portanto, o aperfeiçoamento do acordo de não persecução cível sob a feição de negócio jurídico processual atípico, presente no artigo 190 do Código de Processo Civil, mediante a inserção de cláusulas abertas e gerais, respeitados, por certo, os preceitos legais que tratam do tema (Lei 8.429/92) e, obviamente, as diretrizes constitucionais.

Questão que merece reflexão é quanto à necessidade de confissão do agente no acordo de não persecução cível, já que se insere no campo de negócio jurídico processual atípico, sendo que a legislação não traz essa exigência de forma expressa, diferentemente das normas que tratam do acordo de não persecução penal e do acordo de leniência.

Há, de fato, orientações divergentes sobre o tema.

Igor Pereira Pinheiro e Henrique da Rosa Ziesemer (2022, p. 270), por exemplo, afirmam que apesar de recomendável, afigura-se inconstitucional e ilegal a exigência de confissão para fins de acordo de não persecução cível, já que o ajuste é espontâneo, não podendo criar condição não prevista em lei e que viola o direito da parte de não produzir prova contra si mesmo.

Em sentido contrário, entendendo ser necessária a confissão do agente como requisito indispensável ao acordo de não persecução cível, até mesmo pela similitude com o acordo de não persecução penal e leniência, o qual exige a confissão como condição da celebração, tem-se orientações internas no âmbito do Ministério Público de várias unidades da federação.

Assim, segundo Landolfo Andrade, a utilização da confissão no acordo de não persecução cível, assemelhando-se ao acordo de não persecução penal, encontra fundamento na própria racionalidade do sistema jurídico (BRASIL, 2020):

Essa interpretação favorece a coerência do microssistema de tutela do patrimônio público. Afinal, não abona a lógica jurídica sustentar que um agente público que fraudar uma licitação poderá celebrar um acordo de não persecução cível na esfera da improbidade administrativa, pela prática de ato lesivo ao erário (artigo 10, VIII, da LIA), independentemente de confissão, ao passo que, na esfera criminal, esse mesmo agente somente poderá celebrar um acordo de não persecução penal, pela prática do

mesmo fato, se confessar sua participação no ilícito (artigo 89 da Lei 8.666/1996). (Acordo de não persecução cível)

O Ministério Público de São Paulo, por intermédio da Resolução 1193/2020-CPJ, em seu art. 5º, V, exigiu a confissão como condicionante¹³⁷. De igual modo, a Resolução 01/20, no art. 3ª, I, do Conselho Superior do Ministério Público de Pernambuco¹³⁸.

Diante desse panorama, pode-se concluir que embora seja recomendável a inclusão de cláusula da confissão do agente ímprobo no acordo de não persecução cível, em especial, nas condutas ilícitas que encontram correspondente na esfera penal admitindo o acordo de não persecução penal (por exemplo, o delito de corrupção passiva), é fato que a sua exigência deveria ter constado expressamente na Lei 14.230/21.

Na realidade, a obrigatoriedade de confissão reveste-se, inegavelmente, em medida prejudicial à situação jurídica do agente ímprobo, o que refuta a possibilidade de colmatar o vácuo legislativo pelo uso da analogia, ainda que o acordo de não persecução penal preveja tal hipótese.

Logo, a confissão do agente como antecedente necessário e obrigatório do ANPC parece não se coadunar com as diretrizes consensuais que permeiam a Lei 8.429/92. Todavia, como bem enfatiza Renato de Lima Castro (2020, p. 256), é plenamente possível estabelecer normativamente a sua necessidade ou desnecessidade, à vista de determinadas condições previstas na legislação.

Afora a possibilidade de prever a confissão do agente no acordo de não persecução cível, como negócio jurídico processual atípico, perfeitamente viável a pactuação e, conseqüentemente, a transcrição de cláusula em que o agente se obriga a colaborar com o órgão de persecução estatal no descortino dos atos ímprobos. Há, evidentemente, relevante espectro de liberdade das partes em firmarem negociação nesse sentido, a depender, por certo, das circunstâncias do caso concreto e do interesse público.

¹³⁷ Art. 5º – O instrumento que formalizar o acordo deverá conter obrigatoriamente os seguintes itens, inseridos separadamente: V – Assunção por parte do pactuante da responsabilidade pelo ato ilícito praticado (...).

¹³⁸ Art. 3º – O compromissário que aceite celebrar Acordo de Não Persecução Cível com o Ministério Público, fixado prazo razoável para o cumprimento do avençado e observados os prazos prescricionais estabelecidos em lei, estará sujeito aos seguintes requisitos: I. confessar a participação dos fatos e aceitar voluntariamente ser submetido a, pelo menos uma, das sanções previstas no art. 4º desta Resolução (...).

Nesse cenário, a obrigação de colaborar com as autoridades investidas é uma situação jurídica de natureza processual, relacionado ao direito à colheita da prova oral, com esteio na boa-fé e lealdade¹³⁹. O tema, entretanto, será melhor abordado no capítulo seguinte, especialmente no campo do acordo de não persecução cível e institutos correlatos.

Ainda sob a vertente de negócios jurídicos processuais atípicos, com esteio no art. 190 do CPC, pode-se no âmbito do acordo de não persecução cível: a) alterar prazos procedimentais; b) pactuar a não interposição de determinados recursos; c) renunciar atos; d) ajustar a forma de intimação, tudo como preconiza o princípio da eficiência (CF, artigo 37 e CPC, artigo 8).

Assim, nada impede que os celebrantes, em caso de descumprimento do ANPC, planejem a marcha processual com o fim de produzir resultados mais satisfatórios. Ao magistrado, resta gerir o procedimento conforme a livre manifestação das partes, respeitados, por óbvio, os limites constitucionais. Neste íterim, o Código de Processo Civil regulamenta a medida, ao prever o calendário processual (artigo 191).

Esteado nesses pressupostos a 26ª Promotoria de Justiça da Comarca de Londrina, ao celebrar acordo de não persecução cível¹⁴⁰, incluiu no negócio jurídico processual, dentre outras cláusulas (MPPR, 2020):

As partes declaram que, em razão da composição alcançada, estabelecem convenção processual no sentido de renunciarem ao direito de ajuizar ações para rescindir ou anular o presente acordo e renunciam ao direito à apresentação de embargos à execução, embargos de terceiro, impugnações (artigo 525 do Código de Processo Civil), incidentes processuais, recursos e quaisquer espécies de ações, especialmente, rescisória, tudo na forma do artigo 190 do Código de Processo Civil.

Com efeito, também no cenário das convenções processuais, admite-se a negociação sobre os meios de prova, distribuição de ônus probatório, inclusive, quanto a eventuais limites. E são diversos os fundamentos favoráveis. A uma, no âmbito colaborativo e democrático da pactuação, prevalece a liberdade e o

¹³⁹Entre os elementos que os acordos de não persecução cível devem conter, o art. 5º, inciso VI, da Resolução 1.193/2020 do MP/SP, que disciplinou o acordo após o Pacote Anticrime, estabelece: “prever o compromisso de, quando for o caso, colaborar amplamente com as investigações, promovendo a identificação de outros agentes, partícipes, beneficiários, localização de bens e valores e produção de outras provas, durante o curso do inquérito civil ou do processo judicial” (BRASIL, 2020).

¹⁴⁰ Refere-se ao acordo pactuado no Inquérito Civil nº MPPR-0078.18.008478-8.

autorregramento da vontade das partes em detrimento do ato de provar. A duas, a produção probatória não pode ser considerada um dever, portanto, indisponível. A três, o conceito de verdade real, inatingível, cede espaço para a noção de verdade material, ou seja, aquela efetivamente trazida aos autos em cotejo com a vontade das partes. A quatro, o moderno conceito de justiça não se relaciona à prova produzida no processo e sim ao respeito aos ditames constitucionais.

Digno de registro, nesse ínterim, a menção de Renato de Lima Castro (2020, p. 256):

(...) é possível editar, normativamente e na forma admitida pela disposição contida no art. 190 do Código de Processo Civil, que as partes convençionem cláusulas processuais com ritos abreviados, com cognição probatória abreviada, em que o autor do fato já reconhece e ratifica as provas produzidas durante a fase da investigação, sem a possibilidade da interposição de recursos advindos desta sucessão de atos processuais. Estas sugestões normativas se destinam, a um só tempo, dotar o Direito Administrativo Sancionador do Estado de maior celeridade e eficiência administrativa, o que propiciará uma razoável duração do processo, com a correspondente satisfação dos direitos por meio de soluções consensuais.

Em contrapartida, o acordo de não persecução cível pode ter a natureza de negócio jurídico processual típico, ou seja, aquele previsto expressamente pela legislação.

Observe-se, nesse sentido, a redação do art. 17-B, parágrafo 6º, da Lei de Improbidade Administrativa em que a negociação poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades; a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso; bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas (BRASIL, 2020).

Trata-se, portanto, da consagração do negócio jurídico processual típico no acordo de não persecução cível cujos celebrantes podem incluir termos que envolvam a obrigação de fazer, como por exemplo, a adoção do *compliance*, que se define pelo conjunto de medidas e procedimentos com o objetivo de evitar, detectar e remediar a ocorrência de irregularidades, fraudes e corrupção, exatamente nos termos da previsão encartada no citado art. 17-B, § 6º, da Lei de Improbidade Administrativa.

Assim, é de se concluir que as consequências jurídicas que irradiam logo após a celebração do acordo são de natureza mista, seja porque se antecipa uma ou mais sanções de natureza nitidamente material, mas também se pactuam condições

de natureza tipicamente processual como a confissão, colaboração, alteração procedimental, renúncias de prazos, *compliance*, dentre outras.

É preciso deixar claro que todos os mecanismos consensuais negociados na esfera pública estão sujeitos aos limites de ordem legal e constitucional, exatamente como já enfatizado anteriormente, por ocasião do negócio jurídico processual atípico na esfera privada.

Reconhece-se, por fim, a proeminente necessidade de as partes observarem estritamente os deveres negociais regulados pelo Código Civil e Código de Processo Civil, adequando-se aos mandamentos irradiados pela Constituição Federal com destaque aos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé objetiva e da função social.

5.4 DEVERES DOS NEGOCIANTES

Superada a fase de cabimento do acordo de não persecução cível cujos pressupostos de aplicação e limites serão abordados no capítulo subsequente, optando as partes pela solução consensual, devidamente motivada e compatível com o interesse público, é possível constatar princípios valorativos inerentes ao modelo de Estado Democrático de Direito que tangenciam com o Código Civil e Código de Processo Civil e são de submissão obrigatória dos contratantes.

Cumprir afirmar, nessa vertente, que inexistente liberdade absoluta na confecção do acordo de não persecução cível, quer porque se trata de contrato público, sendo naturalmente limitado pelos ditames legais, quer porque em toda e qualquer negociação se resguardam princípios fundamentais constitucionais.

Digno de registro que a Constituição Federal de 1988 reordenou alguns institutos e preceitos no sentido de todo e qualquer ato jurídico, na esfera privada e pública, compatibilizar-se, necessariamente, com os princípios fundamentais expressamente consagrados no texto constitucional. Assim é que o princípio da dignidade da pessoa humana, idealizado como fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III), irradia efeitos aos princípios negociais em que o poder público é parte.

Com efeito, compreender e definir o princípio da dignidade da pessoa humana revela-se complexo, especialmente, pela abstração que o caracteriza. Contudo, o

ponto de partida que se pretende estabelecer é considerar a dignidade humana como pilar do ordenamento jurídico e vetor do Estado Democrático de Direito.

Traçando um paralelo da dignidade humana com as relações negociais, Roberto Wagner Marquesi e Ana Paula Ruiz Silveira Lêdo (2017, p. 255-260) apresentam um cotejo do instituto a partir do valor intrínseco, igualdade, liberdade e solidariedade:

O caráter universal da dignidade humana como valor intrínseco do ser humano impossibilita seu tratamento desumano ou degradante. Ao mesmo tempo, a dignidade da pessoa humana é materializada quando se tutelam os interesses existenciais, notadamente os que decorrem dos avanços tecnológicos e biotecnológicos. No entanto, multifacetada, a dignidade humana impõe para a sua compreensão a contemplação de outros conteúdos além do valor intrínseco do ser humano, como a igualdade.

A igualdade repousa no princípio da dignidade da pessoa humana na medida em que a garantia da isonomia entre os seres humanos, principalmente no que tange à coibição de tratamento discriminatório e arbitrário, constitui pressuposto fundamental para a defesa da dignidade.

Consagra-se o princípio da liberdade como a terceira substância da dignidade da pessoa humana, verificado na autonomia do sujeito, isso porque o exercício da dignidade humana exige a defesa e concretização da liberdade, pela qual o ser humano escolherá os caminhos por onde deseja trilhar sua existência.

Premissa para o desenvolvimento do ser humano como tal é o seu convívio com seus semelhantes. E é por isso que se traduzem como imprescindíveis à dignidade os elementos de igualdade e solidariedade ao lado da liberdade. É a solidariedade, aliás, o elemento capaz de viabilizar a existência dos outros dois preceitos que não são intrínsecos ao ser humano – a igualdade e a liberdade –, o que possibilita a coexistência entre os três, a fim de promover a própria dignidade da pessoa humana. Isso porque as condutas adotadas, unidas por valores solidários, acarretam a realização de condutas igualitárias que, por sua vez, permitem que a liberdade individual não seja exercida de forma a constringer a dignidade de ninguém (LEDO; MARQUESI, 2017, p. 255-260).

Reconhece-se que o princípio da dignidade da pessoa humana possui confluência que o aproxima do Direito Civil, já que nesse ramo as relações humanas, frequentemente, necessitam de tutela jurídica; todavia, sua aplicação no Direito Administrativo Sancionador é inquestionável, porquanto o Estado deve primar pelo devido respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, dentre eles o postulado da dignidade da pessoa humana.

Anote-se, uma vez mais, que inexistente espaço para o absolutismo do Poder Público evidenciado no passado cujos fins estatais justificavam a sua posição hierárquica frente ao particular. Daí porque a mudança de paradigma, na relação contratual da Administração Pública com o indivíduo, prestigiando a valorização do ser humano, como sujeito de direitos.

É claro que os agentes do Estado, incumbidos de promover a tutela dos interesses coletivos, têm o poder-dever de zelar pelos bens jurídicos coletivos, tal qual ocorre nos casos em que há valores a ressarcir aos cofres públicos, sendo, nesse aspecto, absolutamente inegociável o seu montante.

Certo é que, no acordo de não persecução cível, o investigado/réu tem o direito de ser tratado de forma digna em todas as etapas da negociação e durante o seu cumprimento, já que, apesar de evidenciado um ilícito ímprobo, inadmissível a falta de urbanidade e cordialidade das partes na relação negocial.

Sobreleva pontuar, nessa seara, o poder-dever de informação que paira sobre o Promotor de Justiça, a fim de que o investigado não seja surpreendido por qualquer hipótese não alertada. Assim, por exemplo, em eventual pagamento parcelado de multa civil deve ser informada a incidência de correção monetária. Trata-se, em verdade, de uma das vertentes da boa-fé objetiva.

Note-se que, em razão da dignidade da pessoa humana, as sanções pactuadas em sede do acordo de não persecução cível (art. 12, Lei 8.428/92) devem ser alinhadas com a natureza do fato e a magnitude de injusto ímprobo, coibindo-se a pactuação de penalidade desapropriada à espécie, ainda que seja anuída pelo investigado e seu defensor. Nesta hipótese, indubitável de que a sanção não pode ultrapassar, sob qualquer circunstância, os limites estabelecidos na Lei de Improbidade Administrativa.

Some-se, ainda, a necessidade do princípio da boa-fé objetiva, como vetor da dignidade da pessoa humana, estar presente nas relações entre a Administração Pública e os particulares, notadamente, na perfectibilização do acordo de não persecução cível.

Compreende-se a boa-fé como uma regra de fundo ético e exigibilidade jurídica que impõe às partes contratantes a observância de deveres anexos de proteção tão importantes quanto o negócio jurídico principal. Esses deveres implícitos, inerentes ao acordo de não persecução cível, podem ser exemplificados pelo dever de informação, de assistência, de sigilo, de respeito, dentre outros. São preceitos de observância necessária e quando descumpridos geram responsabilidade civil (CC, art. 187).

Não sem razão, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado não apenas pelo órgão estatal, incumbido de celebrar o acordo de não persecução cível, mas fundamentalmente pelo agente ímprobo, que tem o dever de agir com ética e

lealdade na negociação, estabelecendo um diálogo transparente. Assim, caso seja firmado compromisso de colaboração na improbidade administrativa¹⁴¹, o autor não deve escamotear qualquer informação relevante aos órgãos de investigação, sob pena de agir de má-fé e, invariavelmente, ter o acordo rescindido.

Em verdade, a boa-fé¹⁴² dos agentes públicos no exercício de suas funções delimita, em linhas gerais, o princípio da moralidade administrativa (CF, art. 37), uma vez que se exige dos órgãos do Estado a atuação condizente com a honestidade, os bons costumes e os deveres da boa administração. É por isto que, nesse particular, o Promotor de Justiça tem o poder-dever de firmar o ANPC apenas se houver elementos indicadores da prática de ato ímprobo, preferencialmente como último ato da investigação ou durante o processo judicial, sendo absolutamente ilegítima a negociação se o fato concreto não possuir correspondente típico ímprobo e, por consequência, ensejar o seu arquivamento.

Calha consignar que o princípio da boa-fé objetiva encontra-se expressamente albergado no art. 422 do Código Civil brasileiro¹⁴³ cujo teor motivou a aprovação dos enunciados 24, 25, 26 e 27 na I Jornada de Direito Civil pelo Conselho da Justiça Federal (BRASIL, 2002), sendo pertinente e aplicável ao acordo de não persecução cível¹⁴⁴.

São oportunas as considerações de Renato de Lima Castro (2020, p. 265) quanto à utilização de boa-fé no acordo de não persecução cível, em especial, se um colaborador confessa a prática de um fato de corrupção pública, esta prova somente poderá ser transportada para outras esferas de responsabilidades nos estritos limites de sua aquiescência, pois:

(...) é necessário que na hipótese da confissão do fato pelo autor do ato de improbidade administrativa como pressuposto do acordo seja explicitado,

¹⁴¹ Essa hipótese será tratada no próximo capítulo, no cotejo com o instituto da colaboração premiada.

¹⁴² A Lei 9.784/99, do Processo Administrativo, no âmbito federal, traz em seu art. 2º, parágrafo único, inciso IV, que nos processos administrativos serão observados critérios de atuação conforme padrões de ética, decoro e boa-fé

¹⁴³ “Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e de boa-fé”. (BRASIL, 2020).

¹⁴⁴24 - Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

25 - O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós contratual.

26 - A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.

27 - Na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos.

em cláusula expressa, a plena transversalidade do acordo ou, eventualmente, conste ressalva quanto a necessidade de manifestação expressa do juízo competente acerca da admissão do empréstimo da prova, em referência aos princípios da boa-fé e segurança jurídica, exigindo é, claro, que as instâncias administrativas que assim pleiteiem o empréstimo da prova, se comprometam a repercutir, proporcionalmente, na sanção prevista (CASTRO, 2020, p. 265).

Outra, não menos importante, relevância da boa-fé no ordenamento jurídico é a sua função interpretativa, que influi decisivamente na decodificação das relações contratuais, inclusive, no acordo de não persecução cível.

Pablo Stolze Galhano e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p. 105) acrescentam que o aplicador de direito tem na boa-fé objetiva, um referencial hermenêutico dos mais seguros para que possa extrair da norma, objeto de sua investigação, o sentido moralmente mais recomendável e socialmente mais útil.

Há, nesse aspecto, expressa previsão legal, insculpida no artigo 113 do Código Civil¹⁴⁵, que torna a cláusula geral interpretativa aplicável a todos os negócios jurídicos, inclusive, os de natureza pública.

Com a devida perspicácia, Roberto Wagner Marquesi e Ana Paula Ruiz Silveira Ledo (2017, p. 264-268) identificam na boa fé as funções de interpretação, de limitação de direitos subjetivos e de integração ou criação de deveres de conduta:

Considerando a função de interpretação do negócio jurídico em consonância com os preceitos da boa-fé objetiva, as cláusulas definidas pelos negociantes deverão ser interpretadas de modo a compatibilizar-se com os princípios do ordenamento jurídico em geral, com o objetivo de se proceder uma interpretação unitária. Essa função, em suma, consiste na ideia de que, ao realizar a interpretação e definir a abrangência das disposições elaboradas pelas partes, o magistrado leve em consideração a intenção real e comum das partes na realização do negócio jurídico em consonância com sistema jurídico, atendendo aos seus preceitos fundamentais.

O abuso do direito pode ser entendido como a prática do direito subjetivo que manifestamente excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. O princípio negocial aparece, deste modo, como o verdadeiro critério para a identificação de prática abusiva no exercício dos direitos subjetivos no campo das obrigações, pois os atos assinalados como de abuso do direito são aqueles que violam o dever de agir conforme os padrões de lealdade e confiança.

A função de integração do negócio jurídico é a atividade pela qual se preenchem os espaços existentes nele. Assim, quando o negócio for submetido ao ato de interpretação e o intérprete não conseguir vislumbrar norma adequada para permear a lacuna existente, recorrerá ao processo de integração, preenchendo-a com normas da lei ou dos usos e costumes (AMARAL, 2014, p. 465). O princípio da boa-fé promove esta integração por meio da criação dos deveres de conduta, que figuram como deveres

¹⁴⁵Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (BRASIL, 2002).

obrigatórios do negócio ao lado de seus deveres centrais, objeto da negociação (LÊDO; MARQUESI, 2017, p. 264-268).

Além dos princípios da dignidade da pessoa humana e boa-fé, a função social também deve nortear os contratos em geral, como um instrumento de estabilidade da paz social, com esteio no artigo 422 do Código Civil¹⁴⁶.

A função social é um dos mais importantes princípios do direito privado brasileiro e remete a ideia de que o negócio jurídico somente deverá ser chancelado pelo poder judiciário se forem observados os limites impostos pelo solidarismo social e o interesse público.

Humberto Theodoro Jr (2003, p. 43), ao citar Paulo Nalin, esclarece que a função social do contrato se manifesta em dois níveis:

- a) Intrínseco: o contrato é visto como relação jurídica entre as partes negociais, impondo-se o respeito à lealdade negocial e à boa-fé objetiva, buscando-se uma equivalência material entre os contratantes;
- b) Extrínseco: o contrato em face da coletividade, ou seja, visto sob o aspecto de seu impacto oficial na sociedade em que fora celebrado.

Importa destacar, ainda, que o princípio da função social do contrato surge como inspiração do princípio da função social da propriedade, previsto na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso XXIII¹⁴⁷.

Cumprido, doravante, verificar o ponto de contato entre o acordo de não persecução cível e a função social do contrato. E, nesse prisma, identifica-se o denominador comum dos institutos justamente no interesse público. Assim, a negociação somente pode ser firmada em caso de evidente interesse público, no qual, por consequência, estará satisfeito o requisito de função social do contrato.

Nessa linha, exige-se que o Promotor de Justiça, à luz do caso concreto, identifique indícios suficientes de ato de improbidade administrativa e, a partir daí, verifique se a negociação é mais vantajosa ao interesse público.

Para logo, podem-se utilizar alguns critérios norteadores para aquilatar o interesse público, como: a) o desvalor da conduta e do resultado da ação ímproba; b) a razoável duração do processo; c) a possibilidade de efetividade da aplicação da

¹⁴⁶A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (BRASIL, 2002).

¹⁴⁷A propriedade atenderá a sua função social e que também é princípio geral da atividade econômica, previsto no art. 170, inciso III, da Carta Federal.

sanção; d) a imediata recomposição financeira do patrimônio público lesado, com esteio nos princípios da eficiência, razoabilidade e proporcionalidade.

Portanto, legitimado o acordo de não persecução cível, porquanto resguardado o interesse público, estar-se-á cumprindo com a função social do contrato.

De outro vértice, as partes do acordo de não persecução cível também têm a obrigação de ajuda mútua. O dever de cooperação exige que os negociantes processuais estabeleçam um padrão comportamental lastreado na lealdade, colaborando entre si para a justa solução da demanda. A solução dialogada surge como determinante para a resolução harmoniosa da lide, de modo que o magistrado, antes mero espectador, também convirja e coopere com as partes.

Deve-se enfatizar que a construção do princípio cooperativo revela, sob o plano constitucional, a consagração do próprio Estado Democrático de Direito, cujo objetivo é propiciar a efetiva participação dos indivíduos na prestação jurisdicional, com a finalidade de construir uma estrutura processual pautada no diálogo.

É bom esclarecer, por óbvio, que a divergência quanto ao objeto litigioso não impede as partes de colaborarem com a justiça, pautando-se com equidade, boa-fé e bom senso na busca pela resolução processual.

É certo que a postura leal e recíproca se reverte em favor das partes, seja ao sujeito, que obteve a pretensão favorável em tempo célere e eficaz, seja àquele que não se sagrou vencedor, no entanto, teve os seus direitos absolutamente respeitados sob a perspectiva constitucional do devido processo legal, seja ao Estado, porque os sujeitos processuais tendem a aceitar as decisões judiciais com mais naturalidade, sem a interposição de infundáveis recursos. Afinal, decisão justa é aquela que obedece aos preceitos constitucionais.¹⁴⁸ Daí reside o regime de responsabilidade das partes e respectivos procuradores, consoante a previsão nos arts. 77 e 78 do CPC.

¹⁴⁸ Conforme Daniel Mitidiero, o processo justo se baseia em nove elementos necessariamente presentes, quais sejam: a) tutela adequada e efetiva, b) juiz natural, c) ampla defesa, d) paridade de armas, e) contraditório, f) direito à prova, g) processo em prazo razoável, h) publicidade, e i) dever de motivação; Mitidiero, Daniel. Elementos (...), cit. p.45 e ss.

Trata-se, na realidade, da consagração do princípio da cooperação, albergado pelo Código de Processo Civil em diversas passagens, como se denota pelos artigos 6º, 9º, 373, § 1º, 378, 493, § único e 983¹⁴⁹.

Discorrendo sobre as vantagens do princípio da cooperação, Roberto Wagner Marquesi e Ana Paula Ruiz Silveira Lêdo (2017, p. 280):

As partes contratantes devem cooperar para que a obrigação seja cumprida da melhor maneira possível, de maneira menos onerosa para elas. Devem agir de modo solidário entre si, visando ao cumprimento da obrigação em sua integralidade, e não apenas seus interesses de forma antagônica. Apenas a cooperação e a proteção mútua elevará a relação negocial ao patamar de relações livres, justas e solidárias, pois “[...] a necessidade de cooperação com o parceiro e a proteção de sua integridade físico-psíquica e patrimonial remanescem para além da execução do teor do contrato.

Oportuno afirmar que a cooperação traz ínsita a ideia de lealdade entre as partes e não se restringe aos atos processuais, mas abarca, inegavelmente, as negociações efetivadas em plano pré-processual, como nos meios de autocomposição de conflitos. Nesse viés, um ponto comporta destaque.

Reputa-se absolutamente viável, conforme deliberado, que o acordo de não persecução cível contemple a confissão do agente como requisito necessário ao aperfeiçoamento do ato, ao lado das demais medidas sancionatórias devidamente pactuadas. Nesse caso, havendo descumprimento do acordo, com a conseqüente rescisão, é certo que, após a propositura da ação judicial de improbidade administrativa, a confissão pode perfeitamente ser utilizada em juízo como meio de

¹⁴⁹Art. 6º: Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 9º: Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 373: O ônus da prova incumbe: § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Art. 378: Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Art. 493: Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

Art. 983: O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

obtenção de prova, já que se trata de violação contratual causada pelo comportamento inadequado de uma das partes.

Por outro lado- daí reside a conexão entre o dever de lealdade e o ANPC- na hipótese de o acordo de não persecução cível não ser homologado pelo magistrado e, portanto, não emanar efeitos, parece inexorável concluir que a confissão não possa ser manejada pelo Ministério Público, em razão da lealdade e boa-fé dos contratantes, notadamente porque o não aperfeiçoamento do negócio decorreu por fato alheio às partes, sequer havendo transgressão contratual.

É perceptível, enfim, que os valores constitucionais irradiaram nas relações negociais, sobretudo naquelas em que o poder público ocupa um dos polos. A supremacia do poder público sofreu modificação; antes marcada pelo absolutismo, a noção passou a ser limitada por preceitos jurídicos sedimentados na Constituição Federal, culminando na necessidade de concretizar, ao lado da dignidade da pessoa humana, os princípios da boa-fé objetiva, função social e cooperação. E, nessa perspectiva, o acordo de não persecução cível, como ato de negociação de agentes de persecução do Estado, deve refletir esse mandamento de otimização.

6 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL NA TUTELA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

O capítulo final aborda o acordo de não persecução cível como fenômeno de recente criação no cenário nacional. Ao tempo em que a Lei 14.230/21 promoveu diversas modificações na Lei de Improbidade Administrativa, também se estabeleceram alguns aspectos gerais e pressupostos de aplicação do acordo de não persecução cível; todavia, não enfrentou temas relevantes como o alcance e eventuais limites do instituto. Pretende-se, assim, analisar todas essas questões em cotejo com as inovadoras orientações doutrinárias e jurisprudenciais que despontam no meio jurídico, inclusive, divisando institutos similares com seus respectivos objetivos e requisitos, que porventura possam auxiliar na integração de preceitos não previstos na Lei 8.429/92.

6.1 ASPECTOS GERAIS

O significativo avanço em matéria de consensualidade no Direito nacional finalmente alcançou os processos de improbidade administrativa os quais, como tratado anteriormente, em muitas vezes não resguardavam os bens jurídicos tutelados na Lei 8.429/92, já que evidentes os percalços inerentes à prestação jurisdicional, dentre estes a morosidade processual.

Embora grande parte da comunidade jurídica¹⁵⁰ entendia pela plena viabilidade do consenso nos processos e investigações de improbidade administrativa, visto que a proibição encetada na Lei 8.429/92 revelava-se absolutamente divergente do microsistema legislativo de defesa do patrimônio

¹⁵⁰Segundo Fernando da Fonseca Garjardoni (2014, p. 258-259), por considerar não haver diferença substancial entre os regimes sancionatórios (administrativo e civil) das leis 8.429/1992 e 12.846/2013, absolutamente razoável sustentar, doravante, ser possível a celebração de acordo de leniência (ou de TAC) com a pessoa física ou jurídica investigada por improbidade administrativa, nos termos do art. 16 da lei 12.846/2013. Não faz o mínimo sentido, tampouco abona a regra da isonomia (art. 5.º, caput, da CF/1988), admitir que a pessoa jurídica praticante de atos apenados pela Lei 12.846/2013, que concomitantemente configurem improbidade administrativa, possa ser beneficiada pelo acordo de leniência, enquanto a pessoa física que pratique as mesmas condutas não. Essa interpretação se tornava ainda mais plausível se observado que a própria lei 12.846/2013 (art. 17) já estende a possibilidade de celebração de acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na lei 8.666, de 21.06.1993 - que, concomitantemente, configuram improbidade administrativa na forma do art. 10 da lei 8.429/1992 -, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

público¹⁵¹ e, especialmente, colidia com os valores preconizados na Constituição Federal, fato é que a Lei 13.964/2019 (pacote anticrime) promoveu inúmeras alterações na legislação brasileira, admitindo o acordo de não persecução cível.

Há que se ressaltar, todavia, que as situações legitimadoras do instituto foram vetadas pelo Presidente da República, criando um solo propício de incertezas, ao menos até o advento da Lei 14.230/21 que estabeleceu pressupostos mínimos de aplicação do acordo de não persecução cível.

É certo que a regulamentação do acordo de não persecução cível, apesar de aguardada há tempos, estabeleceu parâmetros insuficientes de aplicação do instituto, os quais contribuirão para o surgimento de dúvidas e reflexões a respeito de postulados fundamentais do Direito Administrativo Sancionador, em especial quanto: a) às hipóteses de cabimento; b) às sanções que podem ser convencionadas; c) aos eventuais limites processuais e materiais.

Afinal, como bem observado por Igor Pereira Pinheiro e Henrique da Rosa Ziesemer (2022, p. 261), a mudança precisará ser muito bem refletida e aplicada de forma condizente com a tutela efetiva e proporcional da probidade administrativa, bem jurídico de envergadura constitucional da mais alta relevância para a garantia e implementação de diversos direitos fundamentais.

Não se desconhece, contudo, que algumas questões debatidas pela doutrina e jurisprudência no período de lacuna legislativa foram padronizadas pela Lei 14.230/21, como a legitimidade, o limite temporal para a sua celebração, a necessidade de homologação judicial, dentre outras. Cumpre, doravante, analisá-las.

De partida, ressalte-se que uma das novidades trazidas pela Lei 14.230/21 diz respeito à legitimidade exclusiva do Ministério Público para propor o acordo de não persecução cível¹⁵², conforme disciplinado pelo art. 17-B da Lei de Improbidade Administrativa.

¹⁵¹É possível verificar a contradição da previsão do art. 17, § 1º da Lei 8.429/92 com a redação consensualista da Lei de Leniência (12.846/13) e da Lei das Organizações Criminosas (12.850/13).

¹⁵²Vale observar que o acordo de não persecução civil somente pode ser celebrado se houver a prática do ato de improbidade administrativa; assim, é necessário lembrar que o comportamento do agente deve compatibilizar-se com os modelos de injusto ímprobo descritos nos artigos 9º, 10 e 11º da Lei 8.429/92. Significa dizer que a eventual ilicitude cometida pelo agente público que não enquadra nas citadas hipóteses inviabiliza a celebração do instrumento. De igual sorte, ainda que a conduta do agente tenha correspondente ímproba, mas fundamentalmente, faltar algum elemento para a caracterização do tipo de improbidade administrativa, v.g. dolo, ensejando o arquivamento da investigação, também não será possível firmar o acordo.

Trata-se, na realidade, de previsão legal que se revela conectada com o disposto no art. 17, *caput*, da lei 8.429/92, porquanto confere apenas ao Ministério Público a legitimidade para propor a correspondente ação de improbidade administrativa.

A bem da verdade, a Lei 13.964/19 também havia estabelecido a legitimidade única do Ministério Público para propor o referido acordo de não persecução cível. Todavia, o Presidente da República vetou tal dispositivo, porque, segundo ele (BRASIL, 2019):

A propositura legislativa, ao determinar que caberá ao Ministério Público a celebração de acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa, contraria o interesse público e gera insegurança jurídica ao ser incongruente com o art. 17 da própria Lei de Improbidade Administrativa, que se mantém inalterado, o qual dispõe que a ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa pode ser proposta pelo Ministério Público e/ou pessoa jurídica interessada leia-se, aqui, pessoa jurídica de direito público vítima do ato de improbidade. Assim, excluir o ente público lesado da possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível representa retrocesso da matéria, haja vista se tratar de real interessado na finalização da demanda, além de não se apresentar harmônico com o sistema jurídico vigente.

De todo modo, prevalece a atual redação da Lei de Improbidade Administrativa, no sentido de acometer ao Ministério Público, exclusivamente, a titularidade na proposição do acordo de não persecução cível, assim como da respectiva ação ímproba.

No que pertine à legitimidade da parte para firmar o acordo de não persecução cível, é certo que, frequentemente, há solidariedade¹⁵³ quantos aos atos de improbidade administrativa. Na medida em que dois ou mais agentes públicos são investigados pela prática das condutas tipificadas na Lei 8.429/92, parece ser incontroversa a possibilidade de firmar acordo com apenas um, alguns ou mesmo todos os agentes públicos. Pode-se celebrar, nessa ótica, o instrumento quanto a um deles e o outro não. A propósito, são situações jurídicas distintas que permitem o tratamento individualizado. Exige-se, contudo, a devida fundamentação por parte do Ministério Público, que deverá expor as razões pela qual não proporá o acordo.

Não se discute que o particular também pode figurar no polo passivo da ação, desde que, para tanto, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/62, art. 3º). O Superior Tribunal de Justiça

¹⁵³Nos termos do art. 264 do CC, há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigação, à dívida toda.

(BRASIL, 2020)¹⁵⁴, inclusive, entende que inexistente litisconsórcio passivo necessário na ação de improbidade administrativa entre agentes públicos e terceiros beneficiados com o ato. É certo que sem a presença de agente público na confecção do ato ímprobo, não há que se falar em improbidade administrativa exclusiva ao particular. O aparente problema reside no cometimento de ato ímprobo em conjunto, quando há um agente público e um particular em conluio.

Poder-se-ia argumentar, nessa perspectiva, pela impossibilidade em celebrar o acordo de não persecução cível apenas com o agente público, já que, nessa hipótese, remanesceria a propositura ou continuidade da ação de improbidade administrativa quanto ao particular, o que, a toda evidência, estaria vedada.

O argumento, entretanto, não convence. Evidentemente, o particular não poderá, isoladamente, praticar ato de improbidade administrativa, diante da atipicidade de comportamento porque lhe falta o elemento essencial ao núcleo de injusto ímprobo, qual seja, ser agente público. Assim, se na condição de particular, solicitar vantagens indevidas, por exemplo, estará sujeito às sanções de outra área e não do Direito Administrativo Sancionador.

Todavia, na problemática citada, não se pode esquecer que o fundamento legitimador da responsabilização do particular foi absolutamente satisfeito, na medida em que concorreu para a prática do ato de improbidade administrativa. Nesse viés, os pressupostos autorizadores da imputação processual estão plenamente cumpridos, sendo plausível que o agente público firme acordo de não persecução cível com o Ministério Público e, concomitantemente, o particular responda a ação de improbidade administrativa.

Segundo Eduardo Cambi, Diogo Araújo e Mariana Sartori Novaki (2020, p. 89):

(...) não haveria dificuldades das condutas serem analisadas e processadas em processos distintos, quando não for possível a discussão conjunta. Isso porque, ressalvada a situação de indivisibilidade, não seria razoável exigir que todos os investigados estejam de acordo com a autocomposição para que o Ministério Público aproveite a colaboração do servidor público investigado na elucidação dos atos de improbidade administrativa. No limite, é possível que, em relação ao agente público que realizou o acordo de não persecução cível, o Ministério Público quando opte por ajuizar a ação civil pública, requeira apenas o efeito declaratório (reconhecimento da improbidade), por já ter acordado às sanções com o investigado. Já em

¹⁵⁴ Superior Tribunal de Justiça, AREsp 1579273/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, segunda Turma, julgamento em 10/03/2020.

relação ao particular a ação poderá ter efeitos condenatórios, quando este estiver interesse ou não for incluído no acordo.

Outro ponto de relevo, que restou sedimentado pelo legislador, reside no limite temporal para a celebração do acordo. E, nesse aspecto, havia grande divergência doutrinária e jurisprudencial, sobretudo em razão da normatividade aprovada pelo Congresso Nacional, mas vetada pelo Presidente da República. De fato, surgiram algumas posições dissonantes.

A primeira orientação considerava que o acordo de não persecução cível poderia ser celebrado somente em fase judicial, já que a redação do art. 17, § 1º, da Lei de 8.429/92¹⁵⁵, acrescido pela Lei 13.964/2019, ao afirmar que “as ações de improbidade administrativa admitem o acordo de não persecução cível” pressupõe ação ajuizada e, conseqüentemente, processo. É preciso lembrar, todavia, que o artigo 17-A, § 4º¹⁵⁶, vetado pelo Presidente da República, mencionava expressamente a negociação no plano judicial ou extrajudicial. Daí porque esse posicionamento não se sustentou.

A segunda corrente, dominante, despontava para a admissibilidade do acordo até o oferecimento da contestação, com base no comando legal do artigo 17, § 10-A, da Lei de Improbidade Administrativa¹⁵⁷. Esta posição convergia com o princípio da celeridade e boa-fé processual, pois não faria sentido que a parte aguardasse eventual produção probatória desfavorável para, a partir daí, celebrar o acordo de não persecução cível.

Igor Pereira Pinho e Mauro Messias (2021, p.188), filiando-se a tal orientação, acrescentam:

Permitir que o réu se valha de toda a marcha processual, com os recursos e incidentes quase intermináveis do sistema processual brasileiro, para, uma instrução desfavorável ou por conveniências pessoais (como a proximidade de uma eleição), mostra-se “aberto ao acordo” que antes refutava por certeza de sua inocência, seria algo contra a própria essência do instituto e um prêmio a recalcitrância, falta de boa-fé processual e comportamento contraditório.

Também nessa linha, Renato de Lima Castro (2020, p. 263):

¹⁵⁵As ações de que trata este artigo admitem a celebração do acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei (BRASIL, 2019).

¹⁵⁶O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil (BRASIL, 2019).

¹⁵⁷Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias (BRASIL, 2019).

Portanto, embora esta disposição legal constate o pacote anticrime tenha sido vetada pela Presidência da República, entende-se que o final do aperfeiçoamento de acordo de não persecução cível deve ser feito até a contestação. Assim, contestada a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, passa a ser inadmissível a formulação do acordo, já que o Estado não pode permitir que, de um lado, o autor do fato ímprobo aguarde o término da instrução para aquilatar a conveniência/oportunidade de realizar o acordo de não persecução em sentido estrito ou leniência, já que isso implica, também viola a eficiência administrativa, economicidade e contribui ainda mais para a morosidade da prestação jurisdicional.

A conclusão, inclusive, encontrava suporte em decisão do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2020):

O pedido de sobrestamento decorrente da possibilidade de acordo advinda com a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), no âmbito da ação de improbidade, deve ocorrer até a apresentação da contestação (**AgInt no REsp 1.659.082**, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma do STJ, j. em 15.12.2020).

A terceira posição, calcada na ausência de regulamentação legislativa, repousava na permissividade do instituto até o trânsito em julgado do processo. Filiam-se a ela Adriano Andrade, Cléber Masson e Landolfo Andrade (2020, p. 995) cuja ideia recai sobre a interpretação gramatical do artigo 17, § 10-A, da Lei 8.429/92, que em nenhum momento mencionou o prazo fatal, mas, fundamentalmente, tratou da possibilidade das partes suspenderem o prazo da contestação, caso queiram firmar o acordo.

Segundo os autores, a intenção da norma não era a de fixar um prazo para a celebração do acordo, mas sim, de maximizar as possibilidades de uma solução negociada, por meio da interrupção do prazo para contestação por até 90 dias. Nesse prazo, as partes poderão concentrar todos os seus esforços nas tratativas necessárias à celebração do acordo, o que acaba ampliando, indiscutivelmente, a chance de sucesso da negociação.

Há, nesse aspecto, recente decisão do próprio Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2021):

O acordo de não persecução cível, nos termos da nova redação do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992, pode ser homologado na fase recursal das ações de improbidade administrativa (**AREsp 1.314.581**, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma do STJ, j. em 23.02.2021).

A última orientação, por sua vez, defendia a admissibilidade do acordo de não persecução cível mesmo após o trânsito em julgado processual, pois além de inexistir óbice legal, haveria interesse público sobrepondo-se a qualquer termo final.

Perfilhado nesse entendimento, relata GARJARDONI (2020, p. 368):

O objetivo deve ser o melhor resultado para a defesa do interesse público e o acordo pode resultar em um desfecho melhor que o título executivo judicial. A análise deve ser feita caso a caso, nada havendo no sistema que vede a possibilidade, ainda que após o término do processo, como aliás em qualquer demanda judicial.

Diante desse instável quadro, com quatro diferentes posições, o legislador tratou de definir o tema no artigo 17-B, § 4º, da Lei 8.429/92¹⁵⁸ e optou pela posição maximalista, no sentido de permitir o acordo de não persecução cível nas três fases: a) investigatória; b) processual; c) execução.

Em se tratando de acordo de não persecução cível, acomete aos agentes estatais o poder-dever de satisfazer o interesse público, celebrando o instrumento quando for mais vantajoso à coletividade, à vista de critérios permeados pelos princípios constitucionais. Daí radica a necessidade de flexibilizar o limite temporal, já que o resguardo dos bens jurídicos fundamentais da Lei de Improbidade Administrativa pode-se efetivar durante o processo judicial e até mesmo em execução da sentença condenatória. Assim, entende-se que a ampliação legislativa viabiliza a busca do melhor interesse público no caso concreto.

Nem se cogite o argumento de que a parte poderia esperar eventual produção probatória desfavorável para firmar o acordo, porquanto, como antes destacado, inexistente direito subjetivo, bastando, para tanto, que o Ministério Público opte por não iniciar qualquer negociação, caso entenda, por óbvio, pela desvantagem ao interesse público. De igual sorte, o réu também não pode ser impelido a aceitar o acordo de não persecução após a instrução probatória que, na sua concepção, for prejudicial ao Estado.

Há de se ter em conta, a esse respeito, as circunstâncias que envolvem o fato ímprobo e todo o seu contorno, seja em fase judicial ou investigativa, as quais servem de baliza e orientação às partes, ao Ministério Público e ao réu, com seu defensor. Evidentemente, diante da vicissitude da situação jurídica, o transcurso do

¹⁵⁸17-B, § 4º: O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória (BRASIL, 2021).

tempo pode, perfeitamente, desencadear um interesse inicialmente inexistente. Não há que se falar, portanto, em preclusão, ante aos novos fatos.

Desta forma, exemplificando o tema, o Ministério Público poderá firmar a composição quando concluir que atenderá ao interesse público, como no caso do agente ímprobo condenado, por ato de improbidade administrativa, a ressarcir aos cofres públicos e ao pagamento de multa cujos bens são insuficientes a solver a dívida, mas este almeja encerrar a execução e propõe o pagamento dos valores de forma parcelada.

É importante consignar, ainda, que a medida em que o processo segue seu curso, afunila-se a margem de incerteza que naturalmente recai sobre as sanções que porventura serão aplicadas ao réu, especialmente após a instrução probatória, de modo que se pode exigir, diante da possível situação de vantagem ou desvantagem de uma das partes, nesse particular aspecto, uma contraprestação mais rígida ou mais branda, porém, absolutamente conectada ao interesse público.

Por outro lado, convém abordar o instituto da competência em sede de acordo de não persecução cível. E, nesse aspecto, aclara-se que a competência para a homologação do acordo deve guardar sintonia com a ação de judicial.

Como se observa, as ações de improbidade administrativa tem natureza estritamente cível, não se confundindo com as ações penais.¹⁵⁹ Logo, inexistente foro por prerrogativa de função, de modo que a parte é julgada em primeiro grau de jurisdição¹⁶⁰.

Cumpra transcrever, por oportuno, posição jurisprudencial sobre o tema (BRASIL, 2014):

O Supremo Tribunal Federal tem advertido que, tratando-se de ação civil por improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92), mostra-se irrelevante, para efeito de definição da competência originária dos Tribunais, que se cuide de ocupante de cargo público ou de titular de mandato eletivo ainda no exercício das respectivas funções, pois a ação civil em questão deverá ser ajuizada perante magistrado de primeiro grau' (STF, Plenário, AgPet n. 4.089, Min. Celso de Mello; T1, AgREAL n. 556.727, Min. Dias Toffoli; T1, AgRgAI n. 637.566, Min. Ricardo Lewandowski; T2, AgRg n. 790.829, Min. Cármen Lúcia; T2, AgRgAI n. 538.389, Min. Eros Grau)" (ACP n.

¹⁵⁹Tanto que o art. 37, § 4º da CF ressalva os atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal, diferenciando ambas.

¹⁶⁰A Adi 2797 declarou a inconstitucionalidade dos §1º e 2º, do art. 84 do CPP, em que a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece, ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública e que a ação de improbidade de que trata a LGIA será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública.

2013.019975-4, de Brusque, rel. Des. Newton Trisotto, j. 14-5-2013). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.012317-1, de Brusque, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. 15-04-2014).

Nessa linha de pensamento, os acordos de não persecução cível são firmados perante o primeiro grau de jurisdição, em que o Ministério Público, com atribuição da defesa do patrimônio público, pactua com o autor do fato ímprobo, cabendo ao magistrado competente a devida homologação. Essa é a regra, pois não há que se falar em prerrogativa de foro em matéria de improbidade administrativa.

Anote-se, outrossim, ser plenamente possível a celebração do acordo de não persecução cível nos tribunais, notadamente, diante do permissivo, expresso na Lei de Improbidade Administrativa, de que o instrumento pode ser firmado em qualquer tempo, inclusive, em grau de recurso. É o caso, por exemplo, diante da recusa do magistrado em homologar o acordo em primeiro grau, em que as partes recorrem ao respectivo Tribunal de Justiça¹⁶¹.

Situação diversa, entretanto, é a hipótese em que uma das partes refuta o acordo por entender que não atende aos seus interesses, já que, nesse aspecto, tem-se como legítima a manifestação da autonomia da vontade que decidiu por não aderir ao ato. Por evidente que o juiz de segundo grau não poderá imiscuir a qualquer das partes e homologar o ato. Inexiste, pois, direito subjetivo ao acordo. Nesta hipótese, o magistrado deve remeter os autos ao órgão de revisão do Ministério Público, conforme anteriormente abordado.

Claro que se houver modificação da situação processual, mediante o surgimento de novos fatos, oportunizar-se-á uma nova celebração do acordo de não persecução cível cujas partes poderão aceitá-lo ou rejeitá-lo novamente.

Sobreleva salientar que a competência do acordo de não persecução cível pode ser da Justiça Estadual ou Justiça Federal, sendo aquela residual a esta. Deve-se verificar se a matéria enquadra-se nas hipóteses descritas no artigo 109 da Constituição Federal, permanecendo, de resto, a competência da Justiça Estadual.

Daí que, se a competência for da Justiça Federal, compete ao Procurador da República firmar o acordo de não persecução cível. Ao contrário, se a Justiça Estadual for a competente, o Promotor de Justiça responsável pela proteção da probidade administrativa deverá celebrar o instrumento.

¹⁶¹Com base no artigo 932, I do CPC a competência será do Relator do recurso.

Questão interessante surge quando o acordo de não persecução cível prever medidas que se referem direta ou indiretamente à matéria eleitoral, notadamente, quanto à antecipação de sanção de natureza política, como a encartada no artigo 12, I e II, da Lei 8.429/92, o que poderia emergir dúvidas a respeito da competência da Justiça Eleitoral para homologar o acordo de não persecução cível.

Nesse ponto, vale destacar a decisão do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2020), que definiu pela competência da Justiça Estadual, consoante se transcreve:

Compete à Justiça Comum Estadual apreciar acordos de não persecução cível sobre atos de improbidade administrativa sujeitos à sua jurisdição. Não cabe ingerência da Justiça Eleitoral no acerto ou desacerto de decisão de outro órgão do Poder Judiciário que homologa acordo contendo cláusula sobre o exercício de direitos políticos (CC 174.121, Rel^a Min^a Assusete Magalhães, decisão monocrática, Segunda Turma do STJ, j. em 15.09.2020).

Por outro lado, ainda no campo dos aspectos gerais, a celebração do acordo de não persecução cível tem o condão de interromper a prescrição, nos termos do art. 202, VI, do Código Civil.¹⁶²

Igor Pereira Pinheiro e Henrique da Rosa Ziesemer enfatizam (2022, p. 269):

Nesse tocante, é recomendável que se insira no acordo de não persecução cível uma cláusula no sentido de que o acordante confessa a prática do ato de improbidade sob apuração, para caracterizar o ato inequívoco que importe reconhecimento pelo devedor de que trata o Código Civil.

6.2 PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO

Conforme já enfatizado, a Lei 14.230/21 estabeleceu contornos normativos delimitadores do acordo de não persecução cível. Se, por um lado, o legislador não enfrentou diversos aspectos relevantes, por outro, trouxe alguns referenciais de aplicação, os quais serão, por ora, analisados.

¹⁶²Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor. Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

Inicialmente, entende-se que o acordo de não persecução cível é cabível em relação aos três grupos de atos de improbidade administrativa: que causam prejuízo ao erário, que acarretam enriquecimento ilícito e por ofensa aos princípios da Administração Pública.

Aliás, ainda que a conduta do agente também configure ilícito penal e se subsumi a todos os modelos de injusto típico da Improbidade Administrativa, reputa-se admissível, no plano teórico, a celebração do instrumento com o agente ímprobo. É claro que se exige do titular da pretensão punitiva estatal um criterioso juízo de axiológico de ponderação, esteado no interesse público, com a finalidade de verificar se aquele caso concreto pode ser objeto de acordo de não persecução cível.

Há, evidentemente, hipóteses que se apresentam mais vantajosas ao interesse público, portanto, passíveis de negociação, outras nem tanto. É preciso delinear as hipóteses permissivas do acordo de não persecução cível, já que Lei 14.230/21, no art. 17-B, § 2º, incluiu expressamente uma barreira de contenção. Nesse contexto, é fato que nem sempre o acordo de não persecução cível concretizará a melhor atuação em prol do interesse público cuja referência deve priorizar os anseios e as necessidades da sociedade.

A Lei de Improbidade Administrativa dispõe, no art. 17-B, § 2º, que a celebração do acordo de não persecução cível considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso. (BRASIL, 2020)¹⁶³.

A disposição, ora comentada, tem o condão de fornecer vetores genéricos ao agente de persecução do Estado, com a finalidade de auxiliá-lo em seu convencimento para propor ou não o acordo de não persecução cível. De igual modo, a norma também pode subsidiar o Ministério Público na escolha das sanções que serão antecipadas, consoante se abordará ao final deste capítulo. Pode-se afirmar, nesse esteio, que o art. 17-B, § 2º, da Lei 8.429/92 possui natureza dúplice.

Da mesma maneira, tratando-se de negócio jurídico que se aperfeiçoa pela vontade das partes, inexistindo qualquer direito subjetivo do réu, na hipótese de o

¹⁶³De forma semelhante, a Cartilha Técnica do Centro de Apoio às Promotorias de Defesa do Patrimônio Público do Ministério Público de Pernambuco, coordenada por Lucila Varejão Dias Martins, traz previsão no sentido de que o Ministério Público deverá levar em consideração a repercussão social, a extensão, a gravidade do dano e o grau de censura da conduta só compromissário, com vistas a assegurar o respeito aos princípios que norteiam a administração pública e eficácia da Lei 8.429/92, para estabelecer as condições do ANPC (BRASIL, 2021).

Promotor de Justiça recusar o acordo de não persecução cível, é certo que o dispositivo servirá de parâmetro para a correspondente fundamentação.

A partir disso, é possível identificar simetria com a Lei Processual Penal, no que pertine ao acordo de não persecução penal, em que o titular da pretensão acusatória somete proporá o instituto se for necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Cumprido, doravante, verificar em apartado os preceitos gizados no parágrafo 2º do art. 17-B da Lei de Improbidade Administrativa.

a) personalidade do agente: trata-se de conceito fluído e aberto, de difícil avaliação por parte do intérprete, já que, a rigor, não se refere a aspectos jurídicos, mas fundamentalmente relacionado a outras ciências como a psicologia e psiquiatria. Por esse motivo, cotejando a norma com o disposto no art. 59 do CP, grande parte da doutrina e jurisprudência¹⁶⁴ entende que o juiz não deve considerar tal condição para fixação da pena base.

Como adverte Rogério Greco (2006, p. 604):

Acreditamos que o julgador não possui capacidade técnica necessária para a aferição da personalidade do agente, incapaz de ser por ele avaliada sem uma análise detida e apropriada de toda a sua vida, a começar pela infância. Somente os profissionais de saúde (psicólogos, psiquiatras, terapeutas, etc) é que, talvez tenham condições de avaliar essa circunstância judicial.

b) natureza: a natureza dos atos de improbidade administrativa refere-se à correspondência da conduta do agente com os respectivos modelos de injusto ímprobo, podendo acarretar enriquecimento ilícito, causar prejuízo ao erário e ofender aos princípios da Administração Pública, consoante a descrição, respectivamente, dos arts. 9º, 10º e 11º da Lei 8.429/92. Parte-se, de maneira gradual, da tipicidade mais grave (enriquecimento ilícito) para a menos grave (violação aos princípios).

Não é demais repetir que se admite, a critério do Ministério Público, a celebração do acordo de não persecução cível ainda que a conduta do agente tenha correspondente nos três grupos de improbidade administrativa. Basta visualizar a situação do agente público enriquecer-se de ínfimos valores e causar dano insignificante ao erário, o que possibilita, em tese, a convenção do acordo.

¹⁶⁴ Nesse sentido TJTO, Apelação Criminal 500952370.20138270000, Relator Adelina Maria Gurak.

Nesse cenário, exige-se por parte do Promotor de Justiça um criterioso juízo valorativo, a fim de verificar se a natureza do injusto decorrente do ato de improbidade tem significativo desvalor de ação e resultado, hipótese em que poderá perfeitamente refutar a negociação.

Nessa linha de pensamento, Renato de Lima Castro (2018, p. 410) cita alguns parâmetros que permeiam o desvalor de comportamento e de resultado. Confira-se:

Nesse sentido, o maior desvalor do comportamento do agente público acoimado de ímprobo, seu grau hierárquico na estrutura funcional, eventual dever de fiscalização, reiteração omissiva ou comissiva na prática das condutas ímprobas; maior ou menor enriquecimento ilícito são importantes componentes que devem ser avaliados no caso concreto, para se aquilatar o maior ou menor desvalor de comportamento funcional do agente. De igual sorte, também será indispensável verificar o maior ou menor desvalor do resultado praticado pelo agente ímprobo, que se materializa na escassa ou significativa lesão ao bem jurídico protegido pela Administração Pública, na ampla acepção imposta pelo art. 39, *caput*, da Constituição Federal (de qualquer dos poderes da República). Assim, escassos danos ao erário, ínfimas ou isoladas lesões aos princípios que regem a Administração Pública, deverão influir na maior ou menor imposição das sanções (CASTRO, 2018, p. 410).

c) circunstâncias: entende-se que as circunstâncias do ato de improbidade administrativa são elementos acidentais que não constituem os respectivos tipos, muito embora se relacionem com ele. Vinculam-se ao modo de agir do agente ímprobo, conectando-se ao ilícito. São os atos preparatórios, o meio ardiloso no cometimento do ato de improbidade administrativa, enfim, o que efetivamente gravita em torno da conduta ilegal. Nessa vertente, as circunstâncias devem auxiliar o órgão estatal de persecução a averiguar a possibilidade da celebração do acordo de não persecução cível. Um ato de improbidade administrativa pode ser cometido, por exemplo, em local ermo, que dificulte sobremaneira a sua descoberta e a apuração do responsável ou que vise proteger o superior hierárquico, o que deveria afastar, em um juízo *ex ante*, a negociação.

d) gravidade: como bem observado por Renato de Lima Castro (2018, p. 409), este paradigma legal, embora preceitue uma ordem decrescente de magnitude do injusto ímprobo (do maior para o menor), não é estanque porque admite análises distintas e individualizadas, ainda que excepcionais.

Assim é que a gravidade de um ato de improbidade administrativa deve ser cotejada com as disposições encartadas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, consubstanciada nas consequências do comportamento ilícito do agente público.

Trata-se, pois, do maior desvalor de resultado obtido cuja violação ao bem jurídico tutelado apresenta-se de grande monta. E, embora se admitida, no plano teórico, a celebração do ANPC (acordo de não persecução cível) com agente público que cometa o ato ímprobo descrito nos três tipos, a gravidade extrema inerente a um deles ou a todos pode perfeitamente servir de parâmetro para afastar a solução dialogada. Inexistirá, pois, interesse público.

O exemplo pode facilitar a visualização. O Secretário Municipal do Meio Ambiente recebe propina para omitir-se na fiscalização de determinada atividade mineradora que acaba por poluir um riacho e contaminar diversas famílias que vivem na região. Nessa hipótese, pode-se refutar o acordo de não persecução cível, porquanto extremamente grave a consequência do ato de improbidade administrativa. Em verdade, é o interesse público que deverá nortear a decisão do Ministério Público.

Digna de registro, entretanto, é a posição de Rafael Pereira (2020, p. 87):

O que se quer demonstrar é que, aliado a outros elementos como de que não há outras ações em andamento, ou inquéritos civil, ou seja, que a prática do ato de improbidade administrativa não é um meio comum do investigado ou do réu, mas que embora tenha sido de enriquecimento ilícito, as obrigações estipuladas que demonstrem o interesse público junto com a renúncia a direitos e pagamentos de multa e danos morais coletivos, seria possível o acordo mesmo com um ato mais “gravoso”, pois se teria de forma célere a reparação do dano e a fixação das obrigações semelhantes as sanções de forma imediata, sem a necessidade de todo o decurso da ação judicial.

e) repercussão social e as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso: o Ministério Público tem o poder-dever de mensurar se o acordo de não persecução cível salvaguarda o interesse público. É claro que uma análise açodada e superficial poderia constatar que a devolução imediata de valores desviados do erário sempre atenderia, por si só, tal interesse. Daí reside a previsão legislativa de que, além do interesse público, há de se verificar a repercussão social do fato. São requisitos cumulativos.

Com efeito, em determinadas hipóteses, o acordo de não persecução cível poderá fomentar ainda mais a noção de injustiça, além de revestir-se contra a opinião popular.

Partindo-se dessa orientação, não parece adequado, porquanto não atende ao interesse público firmar o acordo de não persecução cível em situações excepcionais, com agentes públicos que ocupem altos escalões dentro da estrutura

funcional do Estado e que, cumulativamente, sejam potenciais violadores do regime jurídico administrativo cuja magnitude do injusto ímprobo desponte para um grau extremamente elevado.

Assim, poder-se-ia refutar a negociação com o Prefeito Municipal que faz parte de organização criminosa e desvia sistematicamente valores destinados ao combate de uma pandemia, incrementando o risco de morte de diversos munícipes. Evidentemente, o acordo nesta hipótese traria a nítida sensação de impunidade, afastando-se da ideia de interesse público.

É preciso lembrar que a verificação quanto à admissibilidade do acordo de não persecução cível deve ser feita conforme o caso concreto, à luz dos princípios constitucionais que guarnecem à Administração Pública e da proporcionalidade, sendo absolutamente prudente que o Ministério Público avalie todos os elementos constantes no artigo 17-B, § 2º, da Lei de Improbidade Administrativa para se aquilatar o resguardo do interesse público.

Nessa medida, como forma de legitimar a decisão de aceitar ou rechaçar o acordo e, notadamente, aferir o interesse público e a repercussão social do fato, pode o Ministério Público, sob seu juízo de conveniência, necessidade e oportunidade, promover audiências públicas¹⁶⁵ e reuniões com os interessados. Esse importante mecanismo garante a participação popular na discussão e solução de assuntos de interesse público, constituindo em fundamental instrumento legitimador do acordo de não persecução cível.

Por outro lado, calha tecer comentários a respeito de algumas condicionantes específicas estabelecidas pelo legislador no art. 17-B da Lei 8.429/92 para perfectibilizar o acordo de não persecução cível. Importante asseverar que, na redação original revogada, o dispositivo possuía semelhante previsão a da legislação atual, com exceção do inciso III, o qual foi suprimido¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Ressalte-se que o Ministério Público tem o poder de convocar as partes para a audiência pública, conforme autoriza o artigo 8º, da LC 75/93.

¹⁶⁶ Artigo 17-A O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que ao menos, advenham os seguintes resultados:

I- o integral ressarcimento do dano;

II- a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados;

III- o pagamento de multa de até 20% (vinte por cento) do valor do dano ou da vantagem auferida, atendendo a situação econômica do agente. (BRASIL, 2019)

Assim é que a Lei de Improbidade Administrativa, por intermédio do art. 17-B, fixa os seguintes critérios do acordo de não persecução cível (BRASIL, 2021)¹⁶⁷:

Artigo 17-B O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados:

I- o integral ressarcimento do dano;

II- a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados;

Fato é que a expressão transcrita no “caput” do referido artigo “desde que dele advenham, ao menos” possibilita que as partes convençionem novas obrigações, conquanto sejam lícitas e observem os preceitos e limites constitucionais.

Nesse cenário, o integral ressarcimento do dano causado ao erário é condição necessária para o aperfeiçoamento do acordo. Em essência, representa a materialização do tratamento constitucional sobre a tutela do patrimônio público e a proteção da probidade administrativa. Como não poderia ser diferente, também no caso de ajuizamento da ação de improbidade administrativa, trata-se de requisito indispensável a ser observado pelo magistrado, que tem o poder-dever de aplicar a medida, obviamente, em caso de procedência do pedido.

Daí reside a constatação de que, na hipótese de o ato de improbidade administrativa causar prejuízo ao erário, nos termos do art. 10 da Lei 8.429/92, a restituição completa do dano deve ser pactuada, sendo absolutamente inegociável o seu montante. Admite-se, todavia, o seu parcelamento, a critério das partes¹⁶⁸.

Tratando-se de restituição dos valores locupletados do Estado, importa esclarecer que não constitui sanção, mas pressuposto do ilícito, em que se recompõem os cofres públicos, com retorno ao *status quo*.

Na verdade, a equivocada associação, que comumente se faz, do ressarcimento ao erário como espécie de sanção repousa na previsão do art. 37, §4º, da CF cujos atos de improbidade administrativa importarão na suspensão dos

¹⁶⁷A Nota Técnica 01/21, da 5º CCR, Ministério Público Federal, por meio do item 118, acresce: Os incisos I e II do novo artigo 17-B da LIA constituem condicionantes objetivos mínimos para a celebração de acordos de não persecução cível. Em havendo dano causado ao erário e/ou enriquecimento patrimonial ilícito, o ANPC deverá contemplar o ressarcimento integral do dano e o perdimento de bens correspondentes ao acréscimo patrimonial ilícito (BRASIL, 2021).

¹⁶⁸ Segundo Resolução 1.193/2020 do Colégio dos Procuradores de Justiça do Ministério Público de São Paulo, no art. 7º: A reparação do dano e devolução de bens e valores acrescidos ilicitamente poderão ser objeto de parcelamento, devendo abranger a previsão de correção monetária e juros pré-fixados na taxa legal (BRASIL, 2020).

direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (BRASIL, 1988).

Nesse ponto, infere-se que o constituinte estabeleceu, como reprimenda à prática de ato de improbidade administrativa, duas sanções (suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública), uma cautelar assecuratória (indisponibilidade de bens) e outra medida compensatória do ilícito (ressarcimento ao erário), sem que elas sejam, ontologicamente, oriundas da mesma natureza.

Significa dizer que optou a Constituição Federal por englobar diversas medidas de diferentes categorias jurídicas, no mesmo dispositivo constitucional, sendo inadmissível alocá-las no mesmo patamar processual. De igual sorte, inexistente dúvida quanto à indisponibilidade de bens, que também não configura sanção.

Perfilhado na orientação de que a restituição do dano não constitui penalidade, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2015):

(...) o ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações. (STJ, REsp 1.184.897/PE, rel. ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe de 27/4/2011) (2ª Turma, AgRg no Agravo em Recurso Especial 606.352-SP, relatora ministra Assusete Magalhães, julgado 15/12/2015)

Discorrendo sobre o tema, na sistemática dos recursos especiais repetitivos (Tema 1.089)¹⁶⁹, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu a tese de que é possível o prosseguimento da ação civil pública, por ato de improbidade administrativa, para pleitear o ressarcimento ao erário, ainda que prescritas as demais sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/1992, o que, evidentemente, consagra a noção de que a restituição do dano não constitui penalidade.

Além do ressarcimento ao erário, outro requisito trazido por Lei é a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados. Assim, reputa-se compatível com a natureza do ato de improbidade administrativa praticado que o valor acrescido ilicitamente ou os bens eventualmente desviados sejam destinados à entidade prejudicada. Trata-se, a rigor, de

¹⁶⁹ STJ, REsp 1899407/DF, acórdão publicado em 13 de out. 2021 (BRASIL, 2021).

recomposição financeira da Administração Pública, coibindo-se que o órgão de persecução estatal escolha, a seu bel prazer, o destinatário da quantia recuperada, ainda que a pessoa jurídica beneficiada não exerça atividade lucrativa.

E, apesar de constar em Lei, tem-se como pressuposto lógico do acordo de não persecução cível a antecipação de uma ou mais sanções descritas no art. 12 da Lei 8.429/92. Se há indicativo da prática de ato de improbidade administrativa, mediante a violação dos bens jurídicos tutelados pelo constituinte, não se concebe a celebração do acordo sem a submissão de uma reprimenda estatal, cumulado com o ressarcimento, se houver.

Parte-se da premissa que inexistente interesse público em firmar ANPC sem que advenha uma penalidade da Lei de Improbidade Administrativa, pois, nas palavras de Igor Pereira Pinheiro e Henrique da Rosa Ziesemer (2022, p.277-278), ponto de fundamental importância diz respeito às balizas necessárias para a escolha das sanções do acordo, já que o mesmo não pode se apresentar como um instrumento de fraqueza do Estado (ao aplicar penas irrisórias ou mínimas), bem como exagerado, diante do tipo de ato ímprobo in concreto. Afinal, valores pertencentes à coletividade, como a moralidade administrativa e o patrimônio público, foram violados com a conduta do agente, merecendo, pois, o sancionamento¹⁷⁰.

É certo, portanto, que a obrigatoriedade da fixação de sanção na negociação decorre do sistema de proteção constitucional da probidade administrativa cuja transgressão ao bem jurídico tutelado exige a imposição de uma sanção adequada e suficiente para prevenir e reprimir fatos similares.

É claro que, como exaustivamente mencionado, pela própria natureza negocial do acordo de não persecução cível, qualquer medida antecipatória de sanção necessita de consenso, o que não impede, por óbvio, as tratativas quanto à espécie, tampouco quanto à graduação.

Nesse aspecto, Landolfo Andrade, Cleber Masson e Anderson Andrade (2020, p. 151-152) defendem que, além o ressarcimento integral do dano causado e sua reversão à pessoa jurídica lesada, são necessários, ainda, mais dois requisitos mínimos para que se tenha o ANPC: 1) confissão da prática do ato de improbidade

¹⁷⁰ O Colégio de Procuradores do Ministério Público de São Paulo foi mais além ao prever como medida obrigatória, por meio da Resolução nº 1.193/2020-CPJ, no art. 5ª, VIII a aplicação de duas ou mais medidas sancionatórias na hipótese de ato previsto no art. 9º ou uma ou mais medidas na hipótese de atos previstos nos arts. 10 e 11 da Lei n. 8.429/92, observados os limites máximos e mínimos legais, sem prejuízo do disposto no inciso anterior (BRASIL, 2020).

administrativa e 2) aplicação de uma ou algumas das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92.

Sobre o tema, Igor Pereira Pinheiro e Henrique da Rosa Ziesemer (2022, p. 279) destacam:

Portanto, existe um piso obrigatório nas sanções a serem aplicadas consensualmente em sede de improbidade administrativa, a saber: reparação ao erário e, pelo menos, qualquer das outras estipuladas pelo artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, inclusive o dano moral coletivo, resguardados os parâmetros mínimo e máximo estipulados pelo citado diploma legal cujo juízo deve ser realizado pelos acordantes no caso concreto. Trata-se de diretriz cogente, que, se descumprida, ensejará a anulação do acordo por conta da manifesta proteção deficiente à probidade administrativa, o que representa uma igual violação ao princípio da tutela mínima anticorrupção que incide sobre a ordem jurídica brasileira.

No mesmo sentido, Christiano Jorge Santos e Sílvio Antônio Marques (2020, p. 291-314) entendem que o ANPC deve conter, dentre outras obrigações, a aplicação de pelo menos uma das cominações por ato ímprobo, como multa e suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o poder público, nos termos do art. 12 da LIA e art. 1º da Resolução 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Anote-se, nessa perspectiva, que inexistente, na recém-alteração promovida na Lei de Improbidade Administrativa, qualquer menção ao modelo sancionatório que deva ser objeto de aplicação imediata, tampouco a espécie de sanção que se pretende antecipar. De igual medida, também não estabeleceu limites subjetivos ou objetivos.

Em virtude dessa omissão legislativa, recomenda-se que o Conselho Nacional do Ministério Público estabeleça diretrizes orientadoras aos Promotores de Justiça, em especial, a respeito dos pressupostos do acordo de não persecução cível, já que a Lei 14.230/21, conforme frisada, silenciou em alguns aspectos.¹⁷¹

¹⁷¹O Ministério Público de São Paulo, por intermédio da Nota Técnica 02/2020- PGJ/CAOPP1, exigiu o cumprimento dos seguintes pressupostos (BRASIL, 2020):

1. confissão da prática do ato de improbidade administrativa (art. 5º, V, da Resolução 1193/2020-CPJ);
2. compromisso de reparação integral do dano eventualmente sofrido pelo erário (art. 5º da LIA; art. 1º, § 2º, da Res. 179/2017-CNMP; e art. 5º, VII, da Res. 1193.2020-CPJ);
3. 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 (art. 5º da LIA; art. 1º, § 2º, da Res. 179/2017-CNMP; e art. 5º, VII, da Res. 1193.2020-CPJ);
4. aplicação de uma ou algumas das sanções previstas no artigo 12 da LIA (art. 1º, § 2º, da Res. 179/2017-CNMP; e art. 5º, VIII, da Res. 1193.2020-CPJ; e

No que respeita às vantagens ao infrator em aceitar de antemão a sanção ímproba, pode-se dizer que inegavelmente acarreta uma situação material favorável ao agente, quer porque não lhe é imputado qualquer tipo ímprobo, quer porque encerra o processo judicial a que se submete, quer porque se livra de outras penalidades a serem possivelmente impostas por decisão judicial.

Enfatiza-se que a Lei 14.230/21 implementou, ainda, por meio do § 1º do artigo 17-B da Lei 8.429/92, outros elementos essenciais ao acordo de não persecução cível, quais sejam: I- da oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação; II- de aprovação, no prazo de 60 dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação; III- de homologação judicial, independentemente do acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa (BRASIL, 2020).

No caso do inciso I, impõe-se a anuência do ente federativo lesado, por intermédio da respectiva procuradoria. Em primeiro lugar, é preciso lembrar que a regulamentação do acordo de não persecução cível conferiu legitimidade exclusiva ao Ministério Público, afastando os entes lesados até mesmo da propositura das ações de improbidade administrativa.

Na prática, antes do advento da reforma na Lei de Improbidade Administrativa, já se colhia, por prudência, a ciência da pessoa jurídica lesada no acordo de não persecução cível, já que, na condição de colegitimado poderia questionar judicialmente a solução negociada.

Sobre o tema, ponderam Eduardo Cambi, Diogo Araújo e Mariana Sartori Novaki (2020, p. 86):

É recomendável que o agente do Ministério Público, antes da homologação do acordo de não persecução cível pelo Conselho Superior, intime a pessoa jurídica de direito público lesada, por ser colegitimada para tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º da Lei 7.347/85) e para a propositura da ação civil pública por improbidade administrativa (art. 17, caput, da Lei 8.429/92). Embora se trate de uma legitimidade concorrente e disjuntiva, o que não exige anuência, autorização ou participação do outro colegitimado, a manifestação da advocacia pública inibe acordos incompletos e que possam ser, eventualmente, questionados e até anulados perante o Poder Judiciário. Com isso, também se confere maior segurança no cumprimento desses acordos.

5. constatação, no caso concreto, de que a resolução consensual é mais vantajosa ao interesse público do que o ajuizamento da ação civil por ato de improbidade administrativa ou seu prosseguimento (art. 2º da Res. 1.193/2020-CPJ).

Fato é que, mesmo após a exclusão da pessoa jurídica lesada do polo ativo das ações de improbidade administrativa e, por consequência, dos acordos de não persecução cível, o legislador exigiu a sua intimação, uma vez que será a destinatária dos valores eventualmente ressarcidos, possibilitando melhor fiscalização no cumprimento das obrigações assumidas pelo compromissário.

Entendendo ser requisito de validade do acordo de não persecução cível, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal emitiu nota técnica 01/21 sobre o tema (BRASIL, 2021)¹⁷²:

O artigo 17-B, §1º, inciso I da LIA não obriga o ente público ou governamental a se manifestar, mas condiciona a validade do Acordo ao ato de sua notificação para manifestação em prazo razoável. Por outro lado, o ente público e governamental estará adstrito a se manifestar sobre matérias afetas às suas atribuições institucionais, notadamente sobre as consequências administrativas do ANPC e ressarcimento de danos ao erário.

Sobre o interesse do ente federativo, Hermes Zaneti Jr. e Gustavo Silva Alves (BRASIL, 2021)¹⁷³:

O legislador não trouxe quais seriam os poderes dessa pessoa jurídica diante da oitiva realizada, mas, pode-se cogitar sua participação: (i) no acompanhamento da sanção de perda da função pública a ser aplicada ao agente ímprobo (p. ex., com a informação acerca da efetivação da sanção por parte de ato voluntário do próprio agente ímprobo); (ii) na reversão em seu proveito dos valores pagos a título de ressarcimento do dano ao erário causado (p. ex., com a indicação de conta bancária para depósito); (iii) na identificação de outros agentes públicos ímprobos a partir de um ANPC de colaboração, entre outros.

Já o inciso II não parece enfrentar maiores dilemas, já que implementa medida já utilizada no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais e Federal, qual seja, a aprovação do acordo, no prazo de 60 dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação. Sendo o instrumento firmado em juízo, prescinde-se da apreciação.

Acomete-se ao Conselho Superior do Ministério Público Estadual e à Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal o dever de aprovar e

¹⁷²Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NTOrientao12.2021.pdf>. Acesso em 05 fev. 2022.

¹⁷³Ideias para bem interpretar a nova Lia: as alterações na Lei de Improbidade Administrativa e o acordo de não persecução cível. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/ideias-para-bem-interpretar-a-nova-lia-as-alteracoes-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-o-acordo-de-nao-persecucao-civil-i>. Acesso em 07 fev. 2022.

homologar o acordo de não persecução cível, caso seja firmado em fase extrajudicial. Trata-se, portanto, de condição de eficácia estabelecida por Lei.

Força observar outrossim que, caso o órgão discorde dos termos da solução negocial, poderá solicitar ao Ministério Público atuante em 1º grau informações e complementações de diligências; contudo, não pode obrigá-lo a propor a correspondente ação de improbidade administrativa, conquanto vigora a garantia da independência funcional, de jaez constitucional.

Por fim, o inciso III disciplina a necessidade de homologação judicial¹⁷⁴, independentemente do acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa.

A previsão legislativa, nesse ponto, não é infensa a críticas. Na hipótese do acordo de não persecução cível ser celebrado durante o curso do processo, por certo, deve obter a chancela do magistrado, uma vez que os atos negociais serão realizados sob o crivo do juiz, o qual é incumbido de extinguir o processo com o cumprimento do acordo. Há, conseqüentemente, um título executivo judicial, oponível a terceiros.

O problema reside quando o acordo de não persecução cível é firmado em âmbito extrajudicial. Exigir, incondicionalmente, a homologação judicial parece não se coadunar com a moderna tendência de desjudicializar os conflitos.

É fato que um dos vetores almejados com a pacificação da controvérsia em fase extraprocessual é justamente evitar o ingresso em juízo, já que é de conhecimento geral a sobrecarga de trabalho evidenciado pelos membros do Poder Judiciário, os quais não têm dado vazão ao excessivo volume de processos em prazo razoável. Por óbvio, a necessidade de homologação do acordo, nessa hipótese, fomentará o caótico cenário de judicialização desnecessária.

Há que se ressaltar, por conseguinte, que os pactos celebrados no âmbito extrajudicial deverão ser aprovados e homologados pelos respectivos órgãos de controle do Ministério Público, como pontuado no inciso anterior. Logo, inapropriada a imposição legal, em especial, nos casos menos graves, com a antecipação da

¹⁷⁴ Não cabe reexame necessário da sentença que homologa acordo de não persecução cível celebrado em ação de improbidade administrativa (RN 0002106-84.2018.8.16.0097, Rel. Des. Abraham Lincoln Calixto, decisão monocrática, 4ª Câmara Cível do TJPR, j. em 16.05.2020).

pena de multa, por exemplo¹⁷⁵. A solução extrajudicial, portanto, é a propensão do processo atual.

Em tom crítico à atual previsão legislativa, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal emitiu nota técnica 01/21 nos seguintes termos (BRASIL, 2020)¹⁷⁶:

124. Nos termos do artigo 17-B, §1º, inciso III, constituindo o ANPC é forma específica de Termo de Ajustamento de Conduta (de que trata o artigo 5º, §6º da LACP), revelando-se a improbidade administrativa é campo singular do Direito Administrativo Sancionador na tutela coletiva de interesses difusos e coletivos, a exigência de homologação judicial obrigatória em acordos extrajudiciais ofende à autonomia do Ministério Público como Instituição, e à independência funcional do membro do *Parquet* oficiante no caso (artigo 127, caput e parágrafo 1º). Caberá, exclusivamente, ao membro do *Parquet* oficiante deliberar pela homologação ou não do ANPC extrajudicial, junto ao órgão do Poder Judiciário competente.

125. Mesmo que superada esta visceral inconstitucionalidade – a previsão de homologação pelo Poder Judiciário de ANPC celebrados pelo MP no âmbito administrativo ou extrajudicial, na hipótese de celebração do ANPC antes do ajuizamento da ação, a oitiva do ente federativo lesado (§ 1º, do art. 17-B, da LIA), se dará na forma prevista nos arts. 721 e 722, do CPC.

Sedimentado tal posicionamento, cabe verificar o papel do magistrado ao homologar o acordo de não persecução cível, notadamente, se há limites ou, ao contrário, se é possível adentrar no mérito ou interferir nas respectivas cláusulas.

Não se descarta de que compete às partes definir os termos do acordo, levando-se em consideração, por óbvio, o regime jurídico de Direito Público e os princípios regentes da Administração Pública. A lógica é o deslocamento do protagonismo judicial para as partes. Essa, aliás, é uma das diretrizes do Código de Processo Civil de 2015.

Dito isso, em se tratando de negócio jurídico aperfeiçoado pela convergência de vontades, inadmite-se que o magistrado intervenha no mérito do acordo, substituindo as partes. Seria ilógico consagrar a consensualidade no Direito Administrativo Sancionador, sem que os pactuantes pudessem, livremente, discutir seus termos. Haveria, assim, violação do princípio da autonomia da vontade.

De outro lado, perfeitamente possível, por parte do magistrado, imiscuir no exame de legalidade do acordo de não persecução cível, em especial, para apreciar algum vício existente, como a sua validade.

¹⁷⁵Na hipótese de se admitir a antecipação de sanções que exigem a intervenção do magistrado, como a suspensão dos direitos políticos, por certo, deverá existir a homologação judicial.

¹⁷⁶Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NTOrientao12.2021.pdf>. Acesso em 05 fev. 2022.

Assim, reputa-se viável a sua análise quando ocorrer as seguintes situações exemplificativas: a) o agente ímprobo não estiver acompanhado de advogado; b) não observada a cláusula obrigatória de ressarcimento integral ao erário; c) não homologado pelos órgãos de controle do Ministério Público, se firmado extrajudicialmente; d) antecipação de sanção fora dos limites estabelecidos no artigo 12 da Lei 8.429/92; e) situações ostensivamente desproporcionais; f) celebrado pela pessoa jurídica lesada, conquanto deixou de ser colegitimada.

Em recente decisão o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu (BRASIL, 2020):

O juiz pode recusar a homologação de acordo firmado entre o Município e a parte requerida, na fase de cumprimento de sentença de ação de improbidade administrativa, quando houver divergência entre o valor da avaliação judicial do imóvel dado em garantia para o ressarcimento e aquele contido no acordo (AI 0014033- 76.2020.8.16.0000, Rel^a Des^a Maria Aparecida Blanco de Lima, 4^a Câmara Cível do TJPR, j. em 22.06.2020).

Eduardo Cambi, Diogo Araújo e Mariana Sartori Novaki (2020, p. 87) acrescentam:

Por se tratar de ato discricionário, em regra, não cabe ao juiz intervir na proposição do acordo, tampouco substituir seu conteúdo. Seu papel restringe-se ao exame das formalidades legais e dos requisitos jurídicos pertinentes. Havendo discórdia do Estado-Juiz em relação à estrita legalidade dos termos do acordo, caberá ao magistrado devolvê-lo para adequação, sob pena de interferir na esfera de liberdade e autonomia da vontade das partes. Afinal, são as partes que estão autovinculadas às convenções pelo livre acordo de vontades. Já os juízes estão adstritos ao ordenamento jurídico (heterovinculação), submetendo-se às normas jurídicas- sejam legisladas ou pactuadas.

Na mesma toada, Renato de Lima Castro (2020, p. 270-271) sustenta que a indevida interferência macula o princípio da inércia da jurisdição, sendo que o papel do juiz consiste em verificar a observância do devido processo legal. E complementa acertadamente pela possibilidade do controle judicial na seguinte hipótese:

Claro que, excepcionalmente, poderá o magistrado intervir no acordo de não persecução pactuado, quando houver absoluta e ostensiva violação ao princípio da proporcionalidade, ou seja, quando se verificar que total incompatibilidade entre a natureza da sanção proposta, frente a maior ou menor desvalor do fato ímprobo. Nessa situação o magistrado, visando salvaguardar o princípio da proporcionalidade e esteado no princípio da não exclusão da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV CF), pode negar a respectiva homologação (CASTRO, 2020, p. 270-271).

Cumpra observar que a impossibilidade de o magistrado incursionar no mérito do negócio, entabulado pelas partes, encontra correspondência no acordo de não persecução penal cuja redação disposta no art. 28-A, § 5º, do Código de Processo Penal indica que se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor (BRASIL, 2019).

Por fim, inovou o legislador no § 3º do art. 17-B da Lei de Improbidade Administrativa, ao exigir que, para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias.

Não é demais repetir que a devolução de valores amealhados dos cofres públicos é de caráter impositivo às partes. A esse respeito, verifica-se que a previsão legislativa se revela desastrosa, incoerente e desconforme os vetores do Estado Democrático de Direito.

Conseqüentemente, pretender que o Ministério Público encaminhe o acordo de não persecução cível ao Tribunal de Contas para apurar o dano macula o princípio da celeridade e em nada contribui para a proteção do bem jurídico resguardado pela Lei de Improbidade Administrativa.

Há que se destacar, inclusive, a violação à autonomia e à independência funcional do Ministério Público, porquanto a Constituição Federal conferiu ao órgão o dever de proteger o patrimônio público e social (CF, art. 129, III) mediante a propositura de ação judicial ou acordo de não persecução cível. Não acomete ao Tribunal de Contas, dentre as suas atividades finalísticas previstas constitucionalmente, promover a defesa da probidade administrativa, cabendo tal função exclusivamente aos Promotores de Justiça.

E, nesse aspecto, condicionar a reparação do dano à atuação de órgão externo do Ministério Público, por intermédio de um ato complexo e vinculado à decisão do Tribunal de Contas, representa uma ofensa à sua autonomia de atuação, que está constitucionalmente garantida pelo art. 127, § 2º da Constituição Federal.

Por outro lado, a inconsistente norma também violaria a autonomia do próprio Tribunal de Contas, pois conforme aduzem Ivan Lelis Bonilha e Cristlayne Cavalcanti (2022, p. 07):

No momento em que a Lei de Improbidade Administrativa determina que, por requisição do Ministério Público, o Tribunal de Contas deve parar suas funções para se manifestar sobre avaliação de dano ao erário de possível acordos de não persecução cível, na prática, será o Ministério Público quem determinará o que deve ser fiscalizado ou não. Neste contexto e conforme a demanda solicitada pelo Ministério Público, há risco do Tribunal de Contas se tornar um órgão parecerista do parquet. E, isto viola frontalmente a autonomia funcional do Tribunal de Contas de planejar suas próprias auditorias e inspeções, bem como executar suas outras competências constitucionais

Sustentando a inconstitucionalidade material da reforma legislativa, Rafael Pereira (2022, p. 05) aduz:

Assim, a previsão de que, para eventual Acordo de Não Persecução Civil seja necessária a oitiva do Tribunal de Contas, a qual não possui legitimidade ativa ou passiva para formulação do acordo, cria, assim, uma restrição infraconstitucional à atuação do Ministério Público, tornando tal previsão legislativa inconstitucional por atingir o exercício de uma função ministerial, a qual é prevista como autônoma, Art. 127 da Constituição Federal.

Não obstante, o mencionado autor ainda afirma que a norma seria inconstitucional do ponto de vista formal, considerando que a deflagração legislativa não partiu do próprio Tribunal de Contas, mas do legislador ordinário. E preceitua que já existe precedente do Supremo Tribunal Federal¹⁷⁷ que declarou inconstitucional dispositivo da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte (PEREIRA, 2022, p. 8).

Também nessa ótica, preceituam Ivan Lelis Bonilha e Cristlayne Cavalcanti (2022, p. 08):

Conforme este argumento, ao determinar o prazo de manifestação do Tribunal de Contas em 90 (noventa) dias, o legislador interfere no funcionamento interno do órgão e acaba por impactar no funcionamento das outras funções definidas constitucionalmente. E, conforme artigo 73, 75 e 96, II da Constituição Federal, caberia apenas ao Tribunal de Contas a competência privativa de propor alterações legislativas sobre seu próprio funcionamento.

¹⁷⁷ (STF - ADI: 5323 RN, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 11/04/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/05/2019)

Convém destacar, por oportuno, que o Ministério Público possui estrutura suficiente para apurar o valor do dano aos cofres públicos por meio de suas respectivas auditorias e, conseqüentemente, negociar com os agentes ímprobos, de modo que se mostra absolutamente contraproducente e despropositado pleitear o cálculo de quantias líquidas e certas.

Certamente, esse trâmite excessivo e dispensável do acordo de não persecução cível não se compatibiliza com a rápida solução extrajudicial dos litígios. De igual maneira, quando o negócio for firmado em juízo, poder-se-ia utilizar os contadores judiciais das respectivas Varas, em prazo muito mais exíguo do que o idealizado pelo legislador.

Claro que, até que a norma seja porventura declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cabe ao intérprete extrair do texto legal a melhor compatibilização com o regime jurídico-administrativo, diante da presunção de constitucionalidade.

Assim é que a melhor exegese é no sentido de considerar a intervenção do Tribunal de Contas facultativa, interpretando o dispositivo conforme a Constituição Federal, de modo a preservar outras normas fundamentais transcritas ao longo do texto, sob pena de infringir as mencionadas autonomia e independência funcional do Ministério Público.

Agrega-se a perspectiva de dispensa da oitiva do Tribunal de Contas às hipóteses em que o valor do dano é facilmente apurável por simples cálculo aritmético. Por exemplo, se um agente público acumulou indevidamente funções públicas por 30 dias, cabe devolver a quantia correspondente ao salário mensal recebido, sendo incoerente a pretendida remessa para apurar um valor certo e determinado cujos critérios de correção monetária são facilmente contabilizados.

Portanto, em razão do inadequado tratamento do tema por parte do legislador, há orientação no sentido de interpretar a regra do art. 17-B, § 3º, da Lei 8.429/92 como facultativa, muito embora a literalidade da expressão “deverá ser realizada oitiva do Tribunal de Contas” parece não deixar dúvidas sobre a imposição legal.

A 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal emitiu nota técnica 01/21 sobre o tema, optando pelo respeito à autonomia dos Promotores de Justiça (BRASIL, 2020):

126. Interpretado conforme a autonomia constitucional do MP (artigo 127, §1º da CF), o artigo 17-B, §3º, da LIA permite, no curso do procedimento do

ANPC, que se promova a oitiva do Tribunal de Contas competente, no prazo de 90 (noventa) dias, seja no caso de ANPC extrajudicial, seja no caso de ANPC judicial, a juízo do membro do Parquet, no exercício de sua independência funcional.

127. A Lei nº 14.230/2021 não oferece solução na eventual controvérsia sobre o valor do dano indicado pelo MP e o valor indicado pelo TC. Entende-se que o não acolhimento da manifestação da Corte de Contas exige motivação tempestiva, suficiente e congruente, apontando as razões do não acolhimento, pelo Ministério Público.

Nesse sentido é o parecer emitido pelo Promotor de Justiça do Estado do Paraná Gustavo Henrique Rocha Macedo, na condição de assessor de gabinete, consoante protocolo nº 16553/2021 MPPR (PARANÁ, 2021)¹⁷⁸:

É por isso que o parágrafo 3º, do art. 17-B, da Lei Federal nº 8.429/1992, somente será constitucional se for interpretado no sentido de que é facultativa a consulta ao Tribunal de Contas para fins de apuração do dano, e que a realização ou dispensa da diligência deve ser objeto de deliberação fundamentada do presidente do inquérito civil.

Reforça a conclusão sobre a faculdade do dispositivo em comento a não vinculação dos valores apresentados pelo Tribunal de Contas, o que inviabiliza qualquer impugnação nesse sentido pelo órgão. Exige-se, por certo, a devida fundamentação por parte do Promotor de Justiça, que deverá motivar a não utilização do cálculo.

A esse respeito, cumpre transcrever o enunciado 731 do XI Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, ocorrido em Brasília, nos dias 18 e 19 de março de 2022 (BRASIL, 2022)¹⁷⁹: *“O teor da manifestação do Tribunal de Contas competente não limita ou condiciona a celebração de acordo de não persecução cível. (Grupo: Nova Lei de Improbidade)”*.

No que pertine ao prazo legal de 90 dias, porquanto não estabelecido por via constitucional mas lei ordinária, alterando o funcionamento do Tribunal de Contas, entende-se que se trata de prazo impróprio cujo descumprimento não tem o condão de gerar consequência negativa. Há de ressaltar, nesse cenário, que a Constituição Federal conferiu inúmeras atribuições ao órgão, as quais acabam por assoberbar os seus integrantes, sendo absolutamente corriqueiro o atraso dos processos que aguardam julgamento.

¹⁷⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ, Parecer no Protocolo nº Protocolo nº 16553/2021, em 03/12/2021.

¹⁷⁹ Fonte: <https://diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2022/03/enunciados-fpcc-2022-1.pdf>

À luz de tal paradigma de atuação, o prazo de 90 dias apresenta-se por demais enxuto, notadamente nas situações complexas de apuração, com vultuosos valores em contratos administrativos que envolvem a prestação de serviço de modo contínuo, que se protraem no tempo, praticamente inviabilizando a análise no prazo legalmente estabelecido. Daí que se pode dizer que o prazo é impróprio.

Perfilham tal entendimento Ivan Lelis Bonilha e Cristlayne Cavalcanti (2022, p. 22):

Ao determinar que a oitiva do Tribunal de Contas seja feita em 90 (noventa) dias, a alteração na lei não considerou o funcionamento operacional dos Tribunais de Contas no exercício de suas competências constitucionais e outras atribuições legais. Ainda que os Tribunais de Contas se reorganizem para terem equipe disponível para atender as demandas de oitivas para fins do ANPC, é consenso que a avaliação do dano de contratos complexos ou de grande vulto financeiro e econômico ou, ainda, setor regulados da administração pública, como por exemplo grandes obras, contratos de parceria público-privado, dentre outros, não é factível ser feita em apenas 90 (noventa) dias

Sobreleva anotar que o Tribunal de Contas referido pelo legislador no art. 17-B, § 3º, da Lei 8.429/92 é aquele que está vinculado ao ente federativo lesado pela conduta ímproba praticada, vale dizer, se a verba objeto do ressarcimento pertence à União o Tribunal de Contas competente será o da União, o mesmo ocorrendo em relação ao Estado e ao Município.

Por outro lado, o comando inserido na Lei de Improbidade Administrativa não disciplinou o procedimento de apuração do dano no Tribunal de Contas, deixando aos respectivos tribunais a regulamentação do trâmite interno do novel instituto. Trata-se de previsão legislativa que exigirá a padronização de metodologias e parâmetros para perfectibilizar o valor do dano ao erário.

E, justamente em decorrência da recente normatização, os Tribunais de Contas ainda não se organizaram, tanto que, de forma pioneira, apenas o Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul regulamentou o procedimento por intermédio da Resolução 161, de 16 de março de 2022, cujo regramento foi sistematizado por Ivan Lelis Bonilha e Cristlayne Cavalcanti (2022, p. 17):

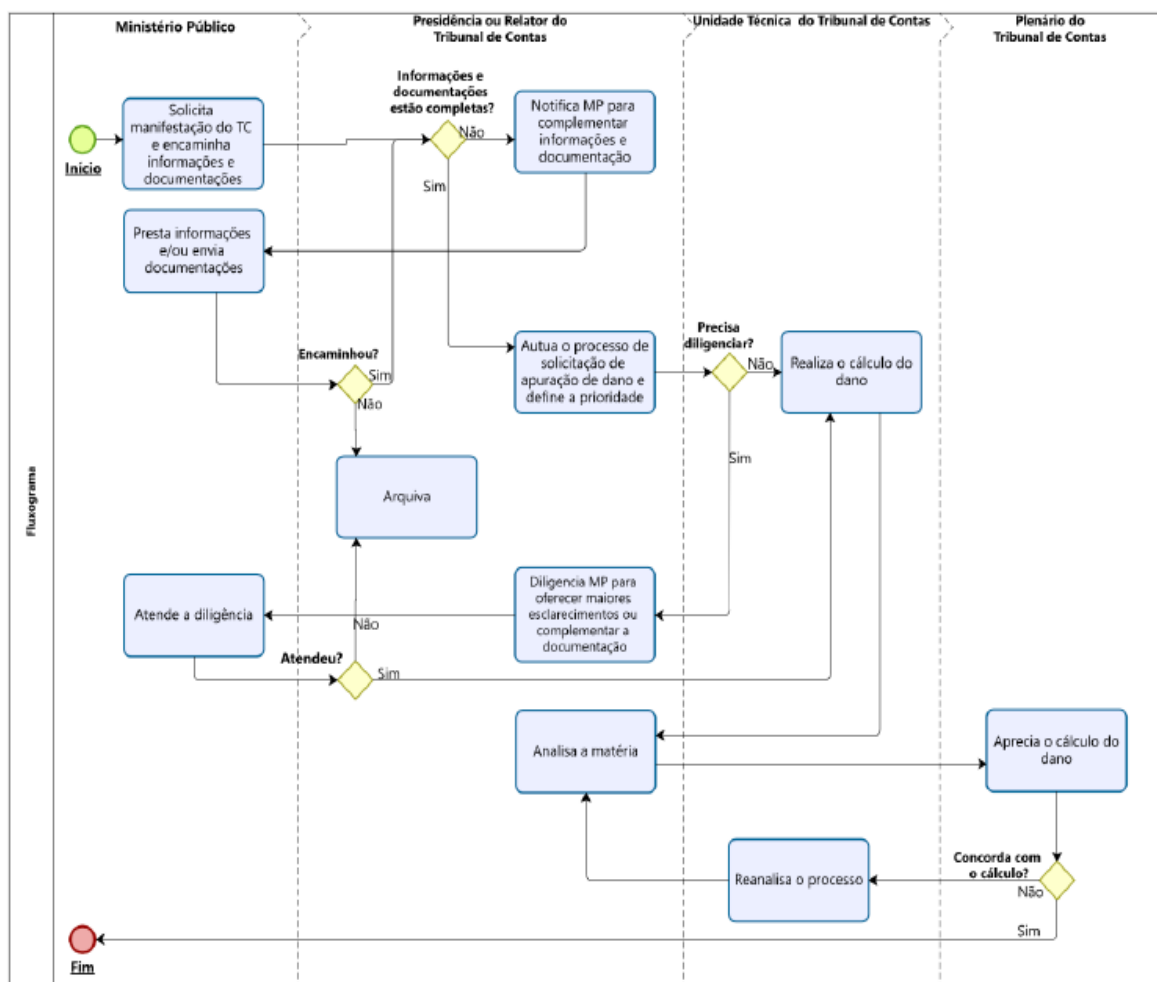
1. Recebimento do pedido de oitiva do Ministério Público;
2. Presidência decide sobre encaminhamento à unidade técnica ou a Conselheiro;
3. Ou, Análise da unidade técnica, em 5 dias, podendo:

- a. Propor a homologação da avaliação do dano apresentada pelo Ministério Público requisitante, ou;
 - b. Formular e indicar os elementos para a quantificação do dano.
4. Ou, Parecer do Conselheiro, em 10 dias, podendo: a. Indicar parâmetros próprios para apuração do dano; b. Solicitar análise da unidade técnica
 5. Encaminhamento da manifestação do Tribunal, pelo Presidente, para o Ministério Público solicitante.

Adiante, complementam os autores a respeito da sequência procedimental a ser seguida no Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2022, p. 18-19):

Ainda que cada Tribunal regule seus procedimentos internos, certo é que não haverá muita variação da sequência de receber o pedido de oitiva; autuar; encaminhar para uma relatoria ou diretamente para uma unidade técnica; eventual oitiva do Ministério Público de Contas, proposição da manifestação pelo relator ou pela unidade técnica; homologação da proposta pelo Tribunal Pleno/Câmara/Presidente/Relator; e, por fim, encaminhamento para o Ministério Público requisitante. Muito embora pareça um procedimento simplificado, cada uma destas etapas demandará adaptação de recursos humanos e operacionais.

Por fim, os autores citam a proposta de Resolução Conjunta do Conselho Nacional dos Presidentes do Tribunal de Contas, Instituto Rui Barbosa e Associação dos Membros dos Tribunais de Contas, no que pertine ao mecanismo interno de apuração do dano (BRASIL, 2022, p. 18):



Fonte: Proposta de Resolução Conjunta, anexo 1 do Ofício Circular CNPTC nº 1/2022.

Tabela 3 – Proposta de atuação a partir de Resolução Conjunta do CNPTC**6.3 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL E INSTITUTOS CORRELATOS**

A alteração promovida na Lei de Improbidade Administrativa, embora contenha preceitos normativos que retrocederam na defesa do patrimônio público, disciplinou a negociação consensual como alternativa à irrestrita judicialização. Surge o acordo de não persecução, instituto com individualidade e singularidade. Possui, pois, regramento próprio, com os respectivos pressupostos de aplicação, tal qual concebido pela Lei 14.230/21.

Enfatiza-se, contudo, que o atual regramento fixou premissas básicas do acordo de não persecução cível, deixando de estabelecer outros, não menos importantes, critérios e referenciais indispensáveis à salvaguarda do bem jurídico probidade administrativa. O desleixo legislativo recai essencialmente, como destacado no início do capítulo, sobre a admissibilidade do acordo e os eventuais limites sancionatórios.

Assim é que se admite a utilização da via analógica para colmatar as hipóteses não contempladas pelo legislador e imprescindíveis ao delineamento do acordo de não persecução cível, notadamente com institutos correlatos que integram um microsistema de proteção de bens jurídicos ligados à probidade da Administração Pública. Evita-se, assim, vácuo legislativo.

É clarividente que a integração que se pretende realizar jamais deverá colidir com os preceitos estabelecidos do acordo de não persecução cível, sob pena de desvirtuar o instituto e contrariar a vontade do legislador o que, em linhas gerais, materializa a vontade do povo.

Nesse cenário, a título exemplificativo, inviável que o intérprete se valha de analogia para limitar o prazo do acordo, destoando da previsão legal encartada no art. 17-B, § 6º, da Lei 8.429/92. De igual sorte, também incabível que não se reverta o dinheiro ressarcido à pessoa jurídica lesada.

Deflui-se, daí, pela possibilidade de aplicação analógica de algumas diretrizes que foram compatíveis com o instituto, notadamente porque encontra fundamento de

validade na uniformidade e logicidade do sistema jurídico. Almeja-se, nessa métrica, convergência axiológica para colmatar um defeito legislativo.

Para tanto, será necessário divisar alguns institutos que se alinham ao acordo de não persecução cível, com suas respectivas finalidades e pressupostos.

O primeiro paralelo que se pretende estabelecer é com o termo de ajustamento de conduta cuja origem remonta ao art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90)¹⁸⁰. Logo na sequência, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) inseriu o parágrafo 6º ao artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), passando a regulá-lo em redação praticamente idêntica.

Em rigor, o termo de ajustamento de conduta pode ser definido como um acordo celebrado, pelos órgãos públicos legitimados (Lei 7.347/85) com a parte interessada, destinado a tutelar direito de caráter transindividual. Nele, pactuam-se obrigações de fazer ou não fazer, cominando sanções em caso de descumprimento.

No que pertine à natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta, há inúmeras orientações. Uma primeira vertente o considera como negócio jurídico¹⁸¹. Outra, por sua vez, entende que seria um ato administrativo negocial¹⁸². Há quem sustenta tratar-se de transação.¹⁸³

Fato é que o instituto tem sido utilizado em larga escala como meio resolutivo extrajudicial de interesses difusos e coletivos, notadamente, por parte do Ministério Público. Há bem de verdade, em matéria de defesa do patrimônio público, muito embora exista um direito fundamental e difuso da probidade administrativa, havia o empecilho legal encartado no art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92, objetando qualquer negociação para essa finalidade¹⁸⁴. O pacote anticrime, contudo, instituiu o acordo de não persecução cível nos atos de improbidade administrativa, o que, evidentemente, possibilitou a solução negociada para a defesa desse bem jurídico.

Feita essa ressalva, é preciso destacar, de início, que tanto o termo de ajustamento de conduta quanto o acordo de não persecução cível possuem normatividade própria, que lhes conferem particularidade. Há, todavia, significativos

¹⁸⁰Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.

¹⁸¹Consoante artigo 1º da Resolução 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (BRASIL, 2017).

¹⁸²É a opinião de Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 404).

¹⁸³Resp. 802.060/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, 1ª Turma, julgado em 17/12/2009.

¹⁸⁴Como apontado, mesmo diante da proibição expressa, a Resolução 01/2017 do CSMPPR admitia a solução negocial nos atos de improbidade administrativa por meio do TAC.

pontos de contatos, sendo prudente analisar se essas semelhanças são potentes para que se visualize proximidade entre os institutos.

Como se observa, as similitudes do acordo de não persecução cível e o termo de ajustamento de conduta são inquestionáveis: negociam-se bens jurídicos difusos pertencentes à coletividade; uma das partes representa a manifestação de vontade estatal, a outra, é um agente potencial violador do regime jurídico; antecipam-se sanções que seriam aplicáveis apenas por sentença judicial.

Nesse viés, surgem algumas posições sobre a inter-relação entre o termo de ajustamento de conduta e o acordo de não persecução cível. Convém, portanto, abordá-las.

A primeira orientação doutrinária repousa no aspecto de que o acordo de não persecução cível é espécie de termo de ajustamento de conduta, já que este se propõe a regimentar os interesses difusos e coletivos, de maneira geral; enquanto aquele objetiva solucionar os conflitos específicos da improbidade administrativa. Pode-se afirmar, nessa linha, que o acordo de não persecução é especial em relação ao termo de ajustamento de conduta, porquanto recai sobre bem jurídico determinado, com regulamento próprio, residindo, nesse ponto, a diferenciação entre os institutos.

Nessa linha de raciocínio, em se tratando da prática de atos de improbidade administrativa, sempre incide o acordo de não persecução cível, o que não impede, por certo, a celebração de termo de ajustamento de conduta na hipótese superveniente de se afastar a ocorrência destes atos ou mesmo em virtude da prescrição das sanções da Lei 8.429/92.¹⁸⁵ Com efeito, tal corrente parece ser a mais acertada.

Perfildado nesse caminho, Igor Pereira Pinheiro e Henrique da Rosa Ziesemer enfatizam (2022, p. 263):

É claro que esses diplomas não trazem a fórmula perfeita e acabada para o caso em análise, devendo realizar os devidos temperamentos e adaptações, mas a sistemática dos TACS servirá sem dúvidas, de bússola hermenêutica e prática. Sendo assim, pode-se dizer que o acordo de não persecução cível é uma modalidade/espécie de termo de ajustamento de conduta, que deve seguir, destarte, a normatização do assunto em geral, salvo naquilo que houver incompatibilidade. Além disso, no caso dos acordos serem celebrados pelo Ministério Público, é preciso ter em conta o disposto nas

¹⁸⁵Nesse sentido é o artigo 12 da Resolução nº 1.193/20, do Colégio de Procuradores de Justiça, Órgão Especial, do Ministério Público de São Paulo (BRASIL, 2020).

Resoluções 118/204 e nº 179/2017, bem como na Recomendação nº 54/2017, todas do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Há, todavia, outras sólidas e respeitáveis correntes doutrinárias sobre o tema, tornando-se crucial analisá-las.

Eduardo Cambi, Diogo Araújo e Mariana Sartori Novaki (2020, p. 74) entendem que o termo de ajustamento de conduta (TAC) possui campo mais reduzido do que o acordo de não persecução cível e se vinculam às obrigações de fazer, não fazer, de dar, sendo inadequado que o ANPC possa estabelecer sanções como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública. Assim, seria possível tomar por empréstimo o regime jurídico do TAC para os casos de improbidade administrativa que envolvam obrigações de fazer (ex: adotar alguma política de Compliance no âmbito da gestão pública), de não fazer (ex: abster de contratar servidores temporários para determinada área) e de dar, traduzida, não raro, em caráter pecuniário (ex: multa, ressarcimento ao erário, perda dos bens acrescidos ilicitamente, etc). Tal hipótese teria lugar em casos de improbidade administrativa de baixa gravidade, assim considerados como aqueles cujas consequências não desbordem do plano da improbidade administrativa ou mesmo que gerem repercussão na esfera penal que se limite a infrações de natureza leve.

Renato de Lima Castro (2020, p. 255), por sua vez, divide o acordo de não persecução cível em sentido estrito não instrumental e acordo de não persecução em sentido estrito de caráter instrumental. Estes se concretizam nas colaborações premiadas ocorridas na improbidade administrativa ou no acordo de leniência. Já os acordos de não persecução em sentido estrito não instrumentais são aqueles que não exigem qualquer espécie de colaboração do autor do fato ímprobo e recaem sobre os atos de improbidade de média/grave ou de escassa gravidade, que são as modalidades de menor potencial ofensivo. No TAC, em decorrência de sua limitação legal contida na Lei de Ação Civil Pública e na Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, o titular da pretensão poderá firmá-lo sem disponibilização do direito material, limitando-se o acordado ao prazo ou à forma de cumprimento da obrigação pactuada. Assim, no parcelamento dos danos causados ao erário ou do pagamento da multa imposta, parcela-se sem disponibilidade do direito. O TAC, assim, pode ser efetivado a qualquer tempo.

Por fim, Fábio Medina Osório (2020, p. 07) traz interessante reflexão a respeito do tema. Para ele, o acordo de não persecução cível pode ser celebrado

independentemente da esfera penal e, nesse caso, assumir uma dimensão de ajustamento de conduta. Assim, há duas perspectivas para essa espécie de acordo: uma natureza de termo de ajustamento de conduta, quando transcende a celebração de acordo penal e dele não depende; uma natureza de colaboração premiada, quando se vincula ao acordo penal e traduz uma colaboração premiada em ação de improbidade administrativa. Pode-se afirmar que há uma natureza mista no acordo de não persecução civil e que essa terminologia – ao adotar a expressão cível – reporta-se tanto ao inquérito civil quanto ao processo civil, bem como a processos investigativos de modo geral.

Essas posições doutrinárias, embora aparentemente divergentes, são, em essência, complementares. Afinal, o acordo de não persecução cível afigura-se como o aperfeiçoamento do termo de ajustamento de conduta, com características próprias e regulamentação específica. Entretanto, parece evidente a simetria entre ambos, sendo o TAC um importante referencial para o ANPC.

Por outro lado, convém cotejar o acordo de não persecução cível com outro instituto, não menos relevante: o acordo de não persecução penal.

Esse fundamental instrumento consensual resolutivo, abarcado pelo sistema de justiça criminal e previsto pelo Pacote Anticrime (art. 28-A do CPP), possibilitou ao Ministério Público, observada a conveniência e a oportunidade e vinculado aos requisitos legais, celebrar acordo com o réu, mediante algumas condições, sempre respeitando a autonomia da vontade.

Segundo Rogério Sanches Cunha (2020, p. 127), o acordo de não persecução penal é o ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume a responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção abstratamente prevista para o fato a ele imputado.

Assim é que se exige o cumprimento dos seguintes requisitos (art. 28-A) para a realização do acordo de não persecução penal:

a) existência de procedimento investigatório: para se propor o instituto o agente deve ter cometido crime, sendo que não há apuração delitiva sem a formalização do ato;

b) não ser o caso de arquivamento dos autos: inexistindo elementos seguros da prática delitiva, o inquérito policial presidido por Delegado de Polícia (função típica) ou o procedimento investigatório presidido pelo Ministério Público (função

atípica) deve ser arquivado, sendo inviável a propositura de acordo. Assim, o momento correto para a avaliação sobre o cabimento ou não do acordo de não persecução penal é com o fim das diligências investigativas, quando o procedimento estiver maduro, afinal, estar-se-á diante de uma solução substitutiva da judicialização, jamais da investigação;

c) cominada pena mínima inferior a 04 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça: nesta situação, raramente o magistrado irá impor pena privativa de liberdade ao indivíduo, o que legitima a limitação legal, consideradas eventuais causas de aumento e diminuição da pena e o delito não ter sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa;

d) o investigado tiver confessado formal e circunstancialmente a prática do crime: a confissão do agente deve ser formalizada diante do membro do Ministério Público e advogado da parte, em ato próprio, independente do conteúdo de seu interrogatório em fase policial;

e) necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: esse requisito, de fundamental importância, foi previsto à semelhança do art. 59, do Código Penal. O Promotor de Justiça, como titular da pretensão acusatória, deverá fundamentar a sua posição, caso entenda pela impossibilidade do acordo por não ser necessário para a prevenção e repressão do crime.

Foram expressamente previstas, ainda, as condições e as hipóteses de inadmissibilidade do acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A e § 2º).

Convém frisar que o acordo de não persecução penal ainda deve ser formalizado por escrito e firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor, com a consequente homologação judicial¹⁸⁶. É evidente que o magistrado deverá exercer tão somente o controle de voluntariedade e legalidade do pactuado entre as partes, já que a sua atuação se destina a avaliar se foram observados os requisitos legais.

Alinhavadas tais circunstâncias, é possível afirmar que, dentre os potenciais instrumentos normativos convergentes com o acordo de não persecução cível, o acordo de não persecução penal é o instituto que apresenta maior semelhança. Ambos foram instituídos pelo mesmo ato legislativo (Pacote Anticrime), possuem a

¹⁸⁶ O juiz responsável pela homologação é o juiz das garantias, contudo, sua eficácia está suspensa pela decisão liminar do Min. Fux dada na ADI 6298, até julgamento pelo Plenário do STF.

mesma nomenclatura e não exigem qualquer colaboração do réu como condicionante.

Defende-se, portanto, que muito embora os institutos tenham, de fato, suas respectivas normas disciplinadoras e sejam imanentes a ramos diversos do Direito, as disposições nelas contidas, em cotejo com as diretrizes constitucionais, norteiam a atividade do intérprete para a colmatação de determinada situação não regulada pelo legislador.

Partindo-se dessa lógica, afigura-se razoável defender que, à semelhança do acordo de não persecução penal, que limita o campo de incidência aos delitos de menor gravidade, os atos de improbidade administrativa tidos por extremamente graves, que atentam contra os bens jurídicos mais fundamentais e relevantes da coletividade, ainda que de forma indireta, como a vida, a saúde, a educação, podem, a juízo do Ministério Público, não satisfazer ao interesse público e, por conseguinte, inadmitir o acordo de não persecução cível, ante o silêncio legislativo.

Discorrendo sobre a utilização de critérios do ANPP no ANPC Eduardo Cambi, Diogo Araújo e Mariana Sartori Novaki (2020, p. 71) complementam:

Sendo a corrupção um delito multifacetário, que gera consequências penais, civis e administrativas, seria nessa ótica, viável transportar, guardadas as devidas proporções, os critérios exigidos para a celebração do ANPP, para o instituto do ANPC. Afinal tanto as sanções penais, quanto as da Lei de Improbidade Administrativa integram o chamado Direito Sancionador, que em última análise, lida com restrições de bens e/ou direitos para a tutela de interesses públicos fundamentais.

O Ministério Público de São Paulo, por meio da Nota Técnica 02/2020, tratou da similaridade entre os institutos:

O legislador estabeleceu um claro paralelo entre o acordo de não persecução cível (ANPC) e o acordo de não persecução penal (ANPP), outra importante inovação trazida pela Lei 13.964/2019 no âmbito do Código de Processo Penal. Considerando que as sanções penais e as sanções da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) integram o chamado Direito Sancionador (penal e extrapenal, respectivamente), a Lei 13.964/2019 optou pela padronização das terminologias empregadas nessas distintas instâncias de responsabilização para designar as soluções negociadas para os seus respectivos conflitos (SÃO PAULO, 2020).

Não se pode perder de vista que, não raras vezes, o agente público, no exercício funcional, pratica ato ilícito violador de bens jurídicos protegidos em diferentes ramos do Direito, sendo admissível, no plano teórico, a concretização dos acordos de não persecução penal e cível simultaneamente.

Assim, afigura-se ilógico que, preenchidos os respectivos pressupostos, se proponha o acordo em apenas uma seara da justiça, acometendo-se o Promotor de Justiça do poder-dever de agir em harmonia com o microsistema legislativo, seja convencionando com o réu em ambas as esferas (cível e crime), seja, fundamentadamente, refutando a negociação conjuntamente.

Por fim, há outros institutos que agregam no combate à corrupção e apresentam afinidades com o acordo de não persecução cível. Tratam-se da leniência¹⁸⁷ (Lei 10.846/2013) e da colaboração premiada (Lei 10.850/2013), representando, em linhas gerais, a possibilidade de solução negocial de ilícitos praticados por pessoas jurídicas e físicas contra a administração pública e de delitos cometidos no âmbito de organização criminosa.

Relembre-se que, no acordo de leniência, a pessoa jurídica envolvida, por meio de seu representante legal, confessa a prática de condutas ilícitas, colabora com o deslinde da investigação e obtém um benefício, consistente na imunidade ou redução de sanções.

O movimento consensualista no Direito Administrativo Sancionador, sistematizado pelo acordo de leniência, como consequência inevitável da evolução investigativa do Estado, representa a concretização dos princípios da economicidade e eficiência, tendo como meta descortinar os fatos delituosos e recuperar os ativos financeiros do grupo criminoso e ímprobo.

O Ministério Público do Estado do Paraná, por meio de seus agentes de execução, vem realizando acordos de leniência cujas vantagens e os resultados obtidos entre os anos de 2017 a 2020 foram sistematizados pela Promotora de Justiça Aysha Sella Claro de Oliveira no trabalho de dissertação de mestrado “Os acordos de leniência e a experiência do Ministério Público do Estado do Paraná” (2021, p. 88)¹⁸⁸:

Dos doze acordos de leniência e dos dois termos de adesão celebrados pelo Ministério Público do Paraná:

a) um refere-se à nomeação irregular de cargo de provimento em comissão; **b) onze** decorrem de fraudes perpetradas em licitações, sendo **sete** na modalidade de concorrência e **quatro** na modalidade pregão, e

¹⁸⁷Não é possível utilizar o instituto do acordo de leniência para afastar sanção cominada em sentença condenatória de ação de improbidade administrativa transitada em julgado (AI 2024269-11.2019.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, Décima Terceira Câmara de Direito Público do TJSP, j. em 17.07.2019).

¹⁸⁸Universidade Positivo, Mestrado Profissional em Direito. Os acordos de leniência e a experiência do Ministério Público do Estado do Paraná. Aysha Sella Claro de Oliveira. Curitiba. 2021.

c) dois são consequência de ilegalidades praticadas em concessão de serviço público de transporte coletivo urbano municipal.

Indo além, detectou-se que a íntegra, 100%, das investigações que deram ensejo à celebração dos acordos de leniência e dos termos de adesão contaram com a participação de agente público e/ou político nos ilícitos.

Da pesquisa empírica ressaltou-se que não há falar em descumprimento dos acordos de leniência e dos termos de adesão celebrados pelo Ministério Público do Estado do Paraná. É dizer, a integralidade das cláusulas estabelecidas nos pactos ou já foram cumpridas ou se encontram em fase de cumprimento, sem qualquer notícia de rescisão e/ou inadimplemento parcial do acordado.

O levantamento demonstra que dos doze acordos e dos dois termos de adesão, **nove** procedimentos deram ensejo ao oferecimento de denúncias pelo Ministério Público para responsabilização criminal de outros agentes envolvidos nos ilícitos objetos dos pactos, o que equivale a **64,28%**.

Dito de outra maneira, **cinco** ajustes, ou **35,71%**, não tiveram como uma das consequências o oferecimento de vestibular acusatória pelo órgão ministerial,

O estudo empírico comprova que dos quatorze termos sob análise:

a) onze contêm cláusula específica e valor detalhado do ressarcimento integral do dano apurado, o que atende à Resolução n. 01/2017 do Ministério Público do Estado do Paraná; e

b) três dos acordos não contam com cláusula referente à restituição do prejuízo sofrido pela Administração Pública, pois inexistente no caso concreto.

Conclui-se, nesse particular, que nas investigações nas quais restou identificado prejuízo ao erário, **100%** dos acordos e termos de adesão contemplam a restituição integral dos valores desviados do poder público.

O valor amealhado por intermédio dos onze acordos de leniência que trazem como obrigação do colaborador a quitação a título de ressarcimento aos cofres públicos, totaliza R\$ 97.663.548,81 (noventa e sete milhões, seiscentos e sessenta e três mil, quinhentos e quarenta e oito reais e oitenta e um centavos). A esse montante adiciona-se a importância referente às multas estabelecidas nos pactos celebrados, num total de R\$ 43.453.341,62 (quarenta e três milhões, quatrocentos e cinquenta e três mil, trezentos e quarenta e um reais e sessenta e dois centavos).

Isso importa na devolução aos cofres públicos de R\$ 141.116.890,43 (cento e quarenta e um milhões, cento e dezesseis mil, oitocentos e noventa reais e quarenta e três centavos)179, em acordos firmados de maio de 2017 a dezembro de 2020 no âmbito do Ministério Público do Estado do Paraná.

No que se reporta à fixação de garantias o estudo demonstra que em:

a) nove dos acordos e termos de adesão subscritos foram fixadas, expressamente nos termos que os instrumentalizam, garantias do pagamento dos valores estipulados, consistentes em propriedades de bens imóveis de titularidade das pessoas jurídicas ou físicas, totalizando **64,29%**;

e,

b) cinco dos acordos não contam com tal previsão, limitando-se a previsão de multa em caso de atraso e/ou descumprimento da quitação constante na proposta, nos prazos delineados, o que equivale a **35,71%**.

No acordo de colaboração premiada, por sua vez, o órgão de persecução do Estado negocia com pessoas físicas o meio de obtenção de prova, segundo o qual o agente contribui com as autoridades públicas em prol de benefícios, destinados a não imputação penal, à isenção ou redução de pena. Há, evidentemente, interesses contrapostos, em que o titular da investigação almeja solucionar o fato delituoso e o

autor do crime, invariavelmente, livrar-se da pena que provavelmente lhe seria imposta.

As potenciais diferenças entre a colaboração premiada e o acordo de não persecução cível foram pontuadas por Renato de Lima Castro (2020, p. 279):

7

Ao contrário, no acordo de não persecução cível em sentido estrito, sua concessão não se condiciona ao proveito da investigação, mas simples proveito dos proponentes, com interesses opostos: de um lado está o Ministério Público, com o poder dever de, após emitir um juízo de valor esteado no princípio da proporcionalidade e da magnitude do injusto, propor as sanções necessárias e suficientes. Agrega-se, outrossim, que ao se antecipar a sanção resguarda-se a efetividade dos interesses transindividuais, com prevalência dos princípios da economicidade e eficiência administrativa, tendo como primazia o rápido ressarcimento dos danos efetivamente ocasionados ao Estado; para o autor do fato ímprobo, o aperfeiçoamento de um acordo de não persecução cível tem finalidade econômica, evita constrições patrimoniais, não submissão de cautelares de natureza invasiva.

Cumprе assinalar que referidos acordos têm se mostrado fundamentais para o combate, célere e eficaz, dos significativos desvios de recursos públicos cada vez mais frequente por organizações criminosas encrustadas no seio do Estado.

Um tema objeto de bastante reflexão no cenário jurídico diz respeito à possibilidade de utilização do acordo de colaboração premiada na improbidade administrativa. De um lado, sustentava-se que a utilização da colaboração premiada nos interesses da Lei 8.429/92 violava expresso dispositivo legal (art. 17, § 1º).

De outro, é certo que a Lei 14.230/21 permitiu o acordo de não persecução, consoante exaustivamente abordado no transcurso do trabalho, o que, em tese, resolveria o dilema. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, por intermédio do ARE 1.175.650, Tema 10.430, Rel. Min Alexandre de Moraes, reconheceu repercussão geral na discussão sobre a possibilidade de se utilizar o instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. Entretanto, ainda não houve pronunciamento sobre o mérito desta controvérsia (BRASIL, 2021)¹⁸⁹.

Com a devida vênia, entende-se pela plena aplicabilidade da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa, seja antes ou após o advento da Lei 14.230/2021.

¹⁸⁹Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861479651/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-com-agravo-rg-are-1175650-pr-parana-0058049-9120158160000/inteiro-teor-861479661?ref=feed>. Acesso em 23 fev. 2022.

Reputa-se inconcebível que os efeitos da colaboração premiada não sejam aproveitados em searas diversas, que tutelam o mesmo fato e significam a atuação estatal no enfrentamento da corrupção. Trata-se, na realidade, da simbiose legislativa entre os ramos do Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, que necessitam de diálogo, conforme a teoria do diálogo das fontes, idealizada por Cláudia Lima Marques¹⁹⁰.

Essa posição encontra eco na doutrina de Renato de Lima Castro (2018, p. 403):

É indubitoso que, em razão da proeminência para os fins de investigação, admite-se que, ao se aperfeiçoar a colaboração premiada no âmbito da Improbidade Administrativa, pode o Estado, por intermédio de seus órgãos de persecução (Ministério Público), renunciar a imposição de uma, de algumas ou de todas as sanções decorrentes dos tipos de injusto encartados nos arts. 9, 10, 10-A e 11 da Lei n.º 8429-92, assim como minimizar a extensão dos danos, materiais ou morais, advindos da prática dos atos ímprobos.

De igual sorte, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (BRASIL, 2019):

É possível a utilização de acordo de colaboração premiada na ação de improbidade administrativa, sob pena de comprometer os próprios termos da colaboração no âmbito criminal. Se o ordenamento jurídico pátrio permite que a colaboração ocorra no campo penal, última *ratio*, diminuindo ou isentando a pena criminal do condenado, não há razão para que tal entendimento não seja aplicado na esfera cível, que lida com interesses estritamente patrimoniais e, eventualmente, políticos (AI 0035347-15.2019.8.16.0000, Rel. Des. Nilson Mizuta, 5ª Câmara Cível do TJPR, j. em 09.12.2019).

Com efeito, sobreleva anotar a possibilidade do acordo de não persecução cível assumir a feição de colaboração premiada, em que o agente coopera concretamente com as autoridades investigativas, mediante a apresentação de elementos de prova para descortinar os fatos, lançando mão do seu direito ao silêncio.

A respeito da temática, veja-se posição do Ministério Público de São Paulo, por meio da Nota Técnica 02/2020¹⁹¹:

¹⁹⁰A teoria foi desenvolvida por Erik Jayme, na Alemanha, e Cláudia Lima Marques, no Brasil. Pela teoria há uma relação de complementariedade entre as normas pertencentes a ramos diversos, que não se excluem.

¹⁹¹Também é a orientação do professor Fábio Medina Osório. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civil-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial>. Acesso em 23 fev. 2022.

Noutras palavras, o que a Lei de Improbidade Administrativa prevê é a possibilidade de o ANPC assumir os contornos tanto de um acordo de pura reprimenda, no qual o investigado/réu aceita a aplicação imediata das penas propostas pelo Ministério Público, independentemente de qualquer colaboração concreta com as investigações, como de um acordo de colaboração, em que o agente infrator precisa cooperar com o Estado para receber algum tipo de benefício. Vale dizer, cabe ao autor da proposta, diante das circunstâncias de cada caso concreto, avaliar qual tipo de acordo se mostra mais adequado à proteção da probidade administrativa (SÃO PAULO, 2020).

6.4 GRADUAÇÃO E ESCOLHA DAS SANÇÕES: ADMISSIBILIDADE DE SUA ANTECIPAÇÃO E LIMITES

A Lei de Improbidade Administrativa dividiu as sanções em três grupos, conforme a subsunção típica: do art. 9º (atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito), do art. 10 (improbidade que causam prejuízo ao erário), e do art. 11 (atos que atentam contra os princípios administrativos), sem a cominação do respectivo sancionamento.

Como se nota, o art. 12 estabelece as espécies de sanções ao definir que, na hipótese de improbidade do art. 9º, o agente estará sujeito à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio, ao ressarcimento integral do dano, à perda da função pública, à suspensão dos direitos políticos até 14 anos, ao pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e à proibição de 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, pelo prazo não superior a 14 anos.

Nos casos de improbidade do art. 10 (prejuízo ao erário), sujeitar-se-á o agente ao ressarcimento do dano, à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio, se concorrer esta circunstância, à perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de até 12 anos, ao pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e à proibição de 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, pelo prazo não superior a 12 anos.

Já nos atos de improbidade do art. 11, as sanções poderão ser o pagamento da multa civil de até 24 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e a

proibição de 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, pelo prazo não superior a 04 anos.

É certo que advindo comportamento ímprobo que se subsume a mais de um modelo de injusto (uma única conduta pode gerar enriquecimento ilícito, causar dano ao erário e violar os princípios que regem à Administração Pública), deve-se efetivar o enquadramento no inciso mais grave daquela conduta praticada, sendo incabível a cumulação de penalidade¹⁹².

Compreendida a sistemática sancionatória dos atos de improbidade administrativa, convém frisar que a essência do acordo de não persecução cível é, a partir da convenção das partes, possibilitar o cumprimento imediato da sanção que seria imposta ao final do processo de improbidade administrativa.

Há, inegavelmente, uma discricionariedade regrada na escolha e graduação das sanções. Acomete-se ao Promotor de Justiça o poder-dever de observar certos limites que serão abordados; todavia, não se olvida que há certa liberdade na eleição da sanção que melhor se compatibiliza com o interesse público, cabendo ao réu, devidamente assistido por defensor, aceitá-la ou não.

Por certo, exige-se a devida fundamentação por parte do Ministério Público, expondo os critérios de escolha da penalidade abstratamente prevista, permitindo o controle dos atos administrativos pelo povo e órgãos legalmente previstos.

Cumprir destacar, uma vez mais, que deve ser pactuada a antecipação de ao menos uma sanção estabelecida na Lei 8.429/92, sendo permitida a inclusão de duas ou mais reprimendas nos termos do acordo. Vale lembrar, a propósito, que o ressarcimento ao erário¹⁹³, se houver, não constitui sanção e deve, obrigatoriamente, fazer parte da negociação em seus exatos valores.

Nessa linha de raciocínio, a primeira premissa que se pretende estabelecer é que as sanções antecipadas jamais podem ultrapassar o limite estabelecido pelo legislador no art. 12, sob pena de criar uma obrigação não constante na Lei 8.429/92. Assim, se um agente atentar contra os princípios da Administração

¹⁹²Segundo art. 12, § 7º, da Lei 8.429/92, as sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei nº 12.846, de 1º de janeiro de 2013, deverão observar o princípio constitucional do non bis in idem (BRASIL, 2021).

¹⁹³Pelo art. 12, § 6º da Lei 8.429/92, se ocorrer lesão ao patrimônio público, a reparação do dano a que se refere esta Lei deverá deduzir o ressarcimento ocorrido nas instâncias criminal, civil e administrativa que tiver por objeto os mesmos fatos (BRASIL, 2021).

Pública, adequando-se ao modelo de injusto ímprobo delineado no art. 11, inadmitte-se a convenção da perda do cargo e a suspensão de direitos políticos (art. 12, III).

Evidente que a definição de uma sanção que mais se ajusta ao interesse público e seja, a um só tempo, adequada e suficiente a reprimir e prevenir os atos de improbidade administrativa, parte da observação de alguns parâmetros que se alinham a prática do ilícito, consistentes no desvalor da conduta e do resultado. E, nesse aspecto, deve-se utilizar o art. 17- B, § 2º, da Lei 8.429/92 como referência, notadamente quanto à natureza e gravidade do ato. Sem contar, por óbvio, com a adequação típica do caso concreto.

Não se descarta que o menor ou maior desvalor da conduta e do resultado influem na decisão de negociar uma sanção que seja menos ou mais severa, de acordo com a ordem decrescente de valoração estabelecida no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

Vale dizer, quanto maior for a afetação do bem jurídico lesado (desvalor do resultado) maior a necessidade de pactuar sanções mais rígidas. O desvalor de comportamento, por sua vez, relaciona-se às características pessoais do agente na consecução do ato ímprobo, firmando-se sanções mais graves quanto mais valorada negativamente for a sua conduta.

Oportuno trazer a lume os ensinamentos de Renato de Lima Castro sobre a temática:

Nesse ambiente, a individualização das sanções advindas da prática do Ato de Improbidade Administrativa é permeada, necessariamente, pela emissão de juízo de valor, que recai sobre a tipo de injusto, composto do desvalor de ação e desvalor do resultado (lesão ao bem jurídico tutelado). Sua maior ou menor gravidade serão fundamentais para se aquilatar a (s) sanção (ões) a ser (em) proposta (s) no acordo de não persecução.

Portanto, as características pessoais do agente público, assim como sua posição hierárquica na estrutura organizacional, são fatores indispensáveis para sopesar, a maior ou menor, a responsabilidade do agente público. Trata-se. Aqui, do desvalor de ação.

Já o desvalor do resultado, materializa-se no grau de afetação ou das consequências advindas do ato ímprobo. Assim, vultosos danos à administração Pública, ou mesmo graves repercussões negativas dela advindas, são inevitavelmente elementos fundamentais a incrementar, a maior, o desvalor do resultado (CASTRO, 2020, p. 266/267).

Na mesma esteira, Emerson Garcia (2017, p. 737) pontua que para o estabelecimento da dosimetria das sanções é inafastável a valoração da personalidade do agente, de sua vida progressa na Administração Pública, do grau de participação no ilícito e dos reflexos de seus atos na organização desta e na

consecução de seu desiderato final, qual seja, o interesse público. Afora tais elementos, o juiz deve valorar a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Para além disso, exsurge a imperiosa exigência de recorrer ao princípio da proporcionalidade para aquilatar quais sanções efetivamente preservam a tutela do bem jurídico lesado. Há que se verificar, na espécie, a razoabilidade da medida em sua dupla acepção, qual seja, a proibição do excesso cuja sanção exagerada tende a violar as garantias individuais do cidadão albergadas na Constituição Federal e a proibição da proteção deficiente, em que a repressão demasiadamente branda colide com o compromisso assumido pelo Estado perante a sociedade de concretizar os direitos fundamentais, além de arrefecer o regime jurídico de responsabilização dos agentes públicos ímprobos.

Nessa perspectiva, acomete-se ao Ministério Público, como legítimo órgão de persecução do Estado, o poder-dever de aferir a modalidade e a graduação da sanção que deverão ser pautadas na negociação, sempre com esteio no princípio da proporcionalidade.

As penalidades que poderão ser objeto do acordo de não persecução cível são aquelas abstratamente previstas na Lei de Improbidade Administrativa, quais sejam: multa civil; proibição de contratar com o poder público; perda da função pública e suspensão dos direitos políticos. Cumpre, assim, abordá-las para, em seguida, verificar se há eventuais limites.

A primeira sanção que comumente se aplica nas ações de improbidade administrativa, especialmente se o ato violar os princípios que guarnecem à Administração Pública, é a multa civil.

Trata-se de penalidade de natureza pecuniária que recai sobre o patrimônio do sujeito ímprobo, não tendo função indenizatória, mas tão somente punitiva. É claro que a capacidade econômico-financeira do réu auxiliará no quantum a ser aplicado de multa, assim como o cargo por ele ocupado, observados os limites do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa¹⁹⁴. No que tange à destinação do valor obtido com a multa civil, cabe à pessoa jurídica lesada receber a quantia, no caso o Município, Estado ou União.

¹⁹⁴Consoante art. 12, § 2º da Lei 8.429/92, a multa pode ser aumentada até o dobro, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, o valor calculado na forma dos incisos I, II e III do caput deste artigo é ineficaz para reprovação e prevenção do ato de improbidade (BRASIL, 2021).

Relevante acrescentar que a multa civil sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa não se confunde com a multa cominatória presente na cláusula do acordo de não persecução cível em caso de descumprimento das obrigações assumidas. Nesta hipótese, diversamente da multa civil, plausível que o valor seja destinado a fundos federais, estaduais e municipais de defesa dos interesses coletivos¹⁹⁵.

A outra sanção, proibição de contratar como Poder Público¹⁹⁶ e de receber incentivos fiscais ou creditícios, tem natureza administrativa e será sempre temporária, de acordo com o ato de improbidade administrativa praticado. Ao que se constata, a pessoa física ou jurídica fica impedida de participar de qualquer processo licitatório, seja quanto à venda de bens e produtos, seja quanto à contratação de serviços. Nesse compasso, a doutrina preconizava que a referida vedação estendia-se a qualquer das esferas de poder, alcançando a Administração Pública Direta e Indireta e não apenas o ente lesado.

Todavia, a alteração da Lei 8.429/92 promovida pela Lei 14.230/21 disciplinou, no art. 12, § 4º, que, apenas em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a sanção de proibição de contratação com o Poder Público pode extrapolar o ente público lesado pelo ato de improbidade, observados os impactos econômicos e sociais das sanções, de forma a preservar a função social da pessoa jurídica, conforme disposto no § 3º deste artigo (BRASIL, 2021).

Tratando-se da proibição de receber incentivos fiscais, pertinente afirmar que se refere à obrigação tributária, residindo em benefícios ao contribuinte, como a isenção e redução de alíquota, situação em que se obsta o recebimento de doações, empréstimos e financiamentos ao sujeito ímprobo.

A Lei de Improbidade Administrativa também traz a perda da função pública como sanção. Há que se ter em mente, nesse ínterim, que apenas os atos que importem em enriquecimento ilícito e dano ao erário são passíveis dessa penalidade (Lei 8.429/92, art. 12, I e II)¹⁹⁷.

¹⁹⁵O Ministério Público de São Paulo, por meio da Nota Técnica 02/2020, item 4, IX preconiza tal hipótese (BRASIL, 2020). De igual sorte, o Ministério Público de Pernambuco, na Resolução 01/2020, em seu artigo 10, §1º e 2º (BRASIL, 2020).

¹⁹⁶Segundo art. 12, § 8º da Lei de Improbidade Administrativa, a sanção de proibição de contratação com o poder público deverá constar do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) de que trata a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, observadas as limitações territoriais contidas em decisão judicial, conforme disposto no § 4º deste artigo (BRASIL, 2021).

¹⁹⁷De acordo com o art. 12, § 5º da Lei de Improbidade Administrativa, no caso de atos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados por esta Lei, a sanção limitar-se-á à aplicação de multa, sem

A perda da função pública significa o rompimento compulsório do vínculo jurídico do agente público com o Estado. Possui, pois, natureza político-administrativa. É importante observar que a penalidade se aplica, indistintamente, aos agentes públicos e políticos, não prevalecendo o argumento contrário de que a sanção não incide sobre os detentores do mandato eletivo.

Afinal, nas palavras de Émerson Garcia (2017, p. 676):

A escolha popular permite que o agente desempenhe uma função de natureza eminentemente lícita e cujas diretrizes de atuação foram traçadas pelo ordenamento jurídico. Distanciando-se da licitude e rompendo o elo de encadeamento lógico que deve existir entre o mandato outorgado e a função a ser exercida, dissolve-se a legitimidade auferida pelo agente com a eleição, o que, a exemplo do que se verifica em qualquer país democrático, permite ao Poder Judiciário a recomposição da ordem jurídica lesada.

A função pública, em essência, consiste na atividade exercida por pessoa física, ainda que transitoriamente e sem remuneração, investida na categoria de agente público por eleição, nomeação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função, na organização do Estado.

Parte-se da premissa de que a perda da função pública para fins sancionatórios da Lei 8.429/92 possui conteúdo abrangente, no sentido de englobar todos os vínculos com a Administração Pública, alcançando o cargo efetivo¹⁹⁸, o cargo em comissão¹⁹⁹ e o mandato eletivo²⁰⁰.

Questão que merece reflexão diz respeito em delimitar qual o cargo será atingido com a penalidade de perda da função pública, vale dizer, se apenas o efetivamente exercido pelo agente ímprobo ao tempo do fato ou outro cargo que ele

prejuízo do ressarcimento do dano e da perda dos valores obtidos, quando for o caso, nos termos do caput deste artigo (BRASIL, 2021)

¹⁹⁸Nesse ponto, o cargo efetivo exige prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos. A investidura é duradoura, assegurando-se estabilidade ao servidor, após três anos de exercício, só podendo ser destituído por sentença judicial transitada em julgado, processo administrativo disciplinar ou avaliação periódica de desempenho desfavorável, garantida em qualquer caso a ampla defesa, e para atender aos limites da despesa com pessoal, estipulados pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

¹⁹⁹O cargo de provimento em comissão é aquele cujo provimento dá-se independentemente de aprovação em concurso público, destinado somente às atribuições de direção, chefia e assessoramento, caracterizando-se pela transitoriedade da investidura. Pode ser preenchido por pessoa que não seja servidor de carreira, observado o percentual mínimo reservado pela lei ao servidor efetivo.

²⁰⁰É aquele cujo ingresso se dá por meio de participação popular, por meio do voto, como nos casos de Prefeitos Municipais, Vereadores, Deputados, Governadores, Presidente da República.

porventura estiver ocupando ao tempo do trânsito em julgado da ação de improbidade administrativa.

Identifica-se, no ponto, a relevância do questionamento, na medida em que, conforme exaustivamente abordado nesse trabalho, as ações de improbidade administrativa protraem-se no tempo, sendo absolutamente corriqueiro que o infrator exerça cargo diverso quando transitar em julgado a decisão condenatória. Pode ocorrer, por exemplo, do Secretário Municipal praticar ato de improbidade administrativa durante a sua gestão, mas a demanda ser definitivamente julgada quando ocupar o cargo de Prefeito Municipal.

E, apesar de orientações díspares, preponderava o entendimento de que a sanção de perda da função pública alcançava qualquer função que estivesse sendo exercida pelo agente público no momento do trânsito em julgado, ainda que tivesse natureza diversa da época que cometeu o ilícito. Esse é, inclusive, o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça no EREsp 1701967, julgado em 09.09.2020²⁰¹.

Apesar disso, na contramão da jurisprudência, o advento da Lei 14.230/21 restringiu o alcance da penalidade, uma vez que o art. 12, § 1º, da Lei 8.429/92 disciplina que a sanção de perda da função pública, nas hipóteses dos incisos I e II do caput deste artigo, atinge apenas o vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente público ou político detinha com o Poder Público na época do cometimento da ato ímprobo, podendo o magistrado, na hipótese do inciso I do caput deste artigo, e em caráter excepcional, estendê-la aos demais vínculos, consideradas as circunstâncias do caso e a gravidade da infração (BRASIL, 2021).

Por derradeiro, prevê a Lei de Improbidade Administrativa a suspensão de direitos políticos como sanção ao sujeito tido por ímprobo. Trata-se, na realidade, de penalidade extremamente grave, que importa na supressão de direito democrático, implicando na abstenção temporária do sujeito exercer seu direito cívico explicitamente tutelado na Constituição Federal²⁰².

Nesse sentido, o constituinte optou por restringir direitos políticos somente nas hipóteses taxativas descritas pelo constituinte, ou seja, em situações extremante

²⁰¹Superior Tribunal de Justiça, EREsp 1701967 RS. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGerica&termo=EREsp%201701967>. Acesso em 28 fev. 2022 (BRASIL, 2021).

²⁰²O art. 12, § 10 da Lei 8.429/92 acresce: para efeitos de contagem do prazo da sanção de suspensão dos direitos políticos, computar-se-á retroativamente o intervalo de tempo entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado da sentença condenatória (BRASIL, 2021).

excepcionais (cancelamento da naturalização – artigos 15, I, e 12, § 4.º, I; perda da nacionalidade brasileira em razão de aquisição voluntária de outra nacionalidade – art. 12, § 4.º, II; recusa de cumprimento de obrigação legal a todos imposta ou de satisfação de prestação alternativa – artigos 15, IV, e 5.º, VIII; incapacidade civil absoluta – art. 15, II; condenação criminal transitada em julgado – art. 15, III; e condenação irrecorrível em ação de improbidade administrativa -artigos 15, V, e 37, § 4.º).

Há bem da verdade, os direitos políticos garantem ao cidadão o direito de participar da política estatal e consistem no conjunto de regras constitucionais e infraconstitucionais que disciplinam o pleno exercício da soberania popular cuja manifestação se dá pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto. São, em linhas gerais, os atributos da cidadania. Convém frisar que essa sanção é variável consoante a espécie de improbidade administrativa praticada, como revelam os incisos I e II do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

Definidas as sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92, importa a esse estudo verificar se o Ministério Público, na condição de legitimado exclusivo a propor o acordo de não persecução cível, tem plena liberdade de proposição de todas as suas espécies ou se existe limite.

Desponta, nesse contexto de inolvidável inovação legislativa, um dos grandes problemas evidenciados com o instituto, no que se refere a admissibilidade de se antecipar ou não todas as sanções.

O fato é que o legislador, ao editar a Lei 14.230/21, perdeu uma boa oportunidade de enfrentar o tema e definir, conseqüentemente, os critérios essenciais que permitam concretizar o interesse público de forma satisfatória.

Houve timidez do legislador que, desarrazoadamente, não alinhavou postulados fundamentais indispensáveis à consagração do ANPC, especialmente quanto a eventuais impedimentos.

Tal qual consta na Lei de Improbidade Administrativa exsurge riscos evidentes de arrefecer a proteção dos princípios fundamentais que gravitam no microssistema do Direito Administrativo Sancionador. O assunto é pertinente ao campo de escolha das partes, pois invariavelmente há dúvidas se algumas situações jurídicas podem ou não ser pactuadas.

Em se tratando de acordo de não persecução cível, é assente que a multa e a proibição de contratar com o poder público podem perfeitamente ser incluídas no

termo. O problema reside nas sanções de maior gravidade: a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública.

Ao que se observa, apesar da recente criação do instituto, há significativa divergência doutrinária e jurisprudencial sobre quais penalidades podem ser imediatamente pactuadas no acordo de não persecução cível²⁰³. O tema é, de fato, controverso e polêmico, necessitando de amadurecimento no cenário acadêmico e jurisprudencial.

Os adeptos que defendem a admissibilidade de convencionar a suspensão dos direitos políticos fundamentam que o negócio jurídico se insere no espectro de liberdade e autodeterminação do ser humano, na medida em que cabe a cada indivíduo definir o que atende o seu interesse.

Nesse contexto, asseveram que o constituinte exigiu expressamente o trânsito em julgado nos processos criminais (inc. III, art. 15) e, contrariamente, apenas elencou a prática de improbidade administrativa como causa de suspensão dos direitos políticos (inc. V, art. 15). Houve, por certo, um diferencial destacado pelo constituinte quanto ao Direito Administrativo Sancionador.

Ademais, a Constituição Federal teria estabelecido que os atos de improbidade administrativa importarão na suspensão dos direitos políticos (art. 37, § 4º), sendo que a Lei 8.429/92 previu, a um só tempo, a aplicação dessa sanção aos atos que causem enriquecimento ilícito e dano ao erário (art. 12, I e II).

Há de se ressaltar, nesse prisma, que a conhecida “Lei da Ficha Limpa” regulamentou novas situações de inelegibilidade, as quais encontram substrato de validade na Constituição Federal.

Esses argumentos, em essência, justificariam a possibilidade de convencionar a suspensão de direitos políticos, em especial, porque o acordo de não persecução cível pressupõe a prática de ato de improbidade administrativa, adequando-se ao ditame constitucional.

Nas palavras de Renato de Lima Castro (2020, p. 275-276):

Assim, não é crível que a ordem jurídica, fundada em valores imanescentes de um Estado de Direito Democrático, cujo postulado é a dignidade da pessoa humana, não confira a capacidade do homem de se autodeterminar (o que está contido no princípio da ampla defesa), avaliando concretamente se quer ou não aceitar uma sanção antecipadamente proposta pelo Estado

²⁰³ Rafael Pereira (2020, p. 100) entende que não se trata de negociar sanções, mas obrigações, já que àquela pressupõe resistência.

acusação, em decorrência da prática de um ato ilícito (ato de improbidade administrativa de escassa magnitude do injusto). (...)

Portanto, vislumbra-se a plena possibilidade de proposição de qualquer espécie de sanção, já que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana confere ao homem plena liberdade de vontade, para fazer ou deixar de fazer o que melhor lhe aprouver. Desta liberdade, todavia, advém a necessária responsabilidade pelas decisões tomadas.

Eduardo Cambi, Diogo Araújo e Mariana Sartori Novaki *acrescem* (2020, p. 85):

Ora, não haveria razoabilidade tornar inválida uma sanção aceita pela vontade livre e manifesta do autor do ato de improbidade administrativa. A mesma lógica rege os ANPP's (art. 28-A do CPP) e de colaboração processual (art. 4º da Lei 12.850/13). Não pode, pois, distinguir a situação do investigado que confessa a prática do crime e se sujeita, espontaneamente, às restrições penais, sem condenação judicial, e a do agente ímprobo que, igualmente, reconhece a prática da improbidade administrativa e aceita celebrar acordo de não persecução cível.

Além disso, não se pode afirmar que um acordo de vontades fere a cláusula do devido processo legal (art. 5º, inc. LV, CF), pois não há coação na imposição da pena/sanção e a homologação judicial, após a anuência expressa do pactuante e de seu advogado, bem como da análise do magistrado quanto a garantia da adequação, suficiência e legalidade das cláusulas do acordo.

Na mesma seara, Rafael Pereira (2020, p. 115):

Ou seja, quando preenchendo os demais parâmetros apresentados, junto com a renúncia de direitos fundamentais pelo requerido, como a de concorrer a cargo público, ou de continuar no serviço público, sem excessos, atender de maneira suficiente e necessária a defesa do patrimônio e por consequência a coletividade, sob análise do órgão interno revisor, tudo devidamente fundamentado com base no art. 93, X, CF, poderia, no caso concreto, estipular tais obrigações no acordo de não persecução cível. Fora disso, entende-se possível apenas as sanções mediante a ação judicial.

A favor da convenção das sanções de perda do cargo e suspensão de direitos políticos, tem-se a Resolução Conjunta nº 06/2020 do CNJ e TSE (BRASIL, 2020)²⁰⁴:

O art. 1º da Resolução Conjunta nº 06/2020 – CNJ/TSE trata do registro de situações que impactem o gozo de direitos políticos e seu compartilhamento entre o CNJ e o TSE, mencionando como hipóteses, entre outras, os “acordos de não persecução cível relativos à improbidade administrativa” e o “cumprimento de sanções e termos de acordo de improbidade administrativa.

²⁰⁴Resolução 06/2020 CNJ e TSE. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3328>. Acesso em 03 mar. 2022.

É preciso salientar, contudo, que estas orientações doutrinárias e jurisprudenciais foram firmadas antes do advento da Lei 14.230/21, a qual apesar de não tratar especificamente da limitação material do acordo de não persecução cível estabeleceu balizas orientadoras do instituto.

E, nesse aspecto, a outra vertente considera inadmissível a convenção da suspensão de direitos políticos. Fundamenta-se que o artigo 20 da Lei 8.429/92 exige o trânsito em julgado da sentença condenatória para aplicar essas sanções, o que seria, em tese, incompatível com a via negociada extrajudicial. Outro argumento deflui da interpretação do artigo 1º, I, "I", da Lei Complementar 64/90 cujos atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário ensejam a inelegibilidade, esta somente imposta por Lei Complementar, o que seria incompatível com o acordo de não persecução cível, o qual foi criado por Lei Ordinária.

Essa é a posição de Igor Pereira Pinheiro e Henrique da Rosa Ziesemer (2022, p. 266-267):

Como a Constituição Federal exige lei complementar para criar ou extinguir hipóteses de inelegibilidade (artigo 14, § 9º), não pode um acordo criado por lei ordinária (no caso, a Lei 14.230/2021) ser celebrado quando a condenação judicial é o fato gerador da inelegibilidade, pois estar-se-ia diante de claro desrespeito àquela norma constitucional. A via judicial, nesse caso, é imperativa, pois, sendo repetitivo, a condenação judicial é o pressuposto legal obrigatório para o surgimento dessa inelegibilidade, não podendo o acordo criado por lei ordinária dar poder aos legitimados ativos para decidirem quais casos poderão ir a análise do Poder Judiciário e, potencialmente, gerar condenação com o respectivo surgimento da inelegibilidade, e quais não irão a julgamento sem gerá-la.

A partir desse cenário, com duas posições antagônicas e bem definidas, a primeira premissa que se pretende estabelecer é que, dentre as sanções previstas na Lei 8.429/92, a suspensão dos direitos políticos demanda maior cautela em sua negociabilidade, pois se constitui em direito fundamental de cunho democrático cujas hipóteses de restrição encontram-se taxativamente descritas na Constituição Federal²⁰⁵.

²⁰⁵Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Daí por que, em razão da gravidade inerente ao ato de suprimir direitos políticos, a medida afigura-se excepcional conforme o modelo de Estado Democrático de Direito adotado no Brasil, de modo que a sua aplicação deve reservar-se a situações específicas, justamente por representar restrição de direitos fundamentais.

Nessa linha de pensamento, importa destacar que os direitos políticos se diferem da inelegibilidade porquanto são gênero que comportam como subespécies a capacidade eleitoral ativa e passiva, residindo apenas neste aspecto (direito de ser votado) a causa de inelegibilidade. Assim, carece de fundamento equiparar a causa de inelegibilidade, estabelecida na Lei de Ficha Limpa, com a permissão de se convencionar a suspensão de direitos políticos no acordo de não persecução cível, pois esta limita de forma muito mais acentuada o exercício da cidadania (direito de votar).

Noutro viés, trazendo um aspecto político para o panorama negocial, Fernando Augusto Sormani Barbugiani, Éllen Crissiane de Oliveira Cilião e Thainá de Paula Belmiro defendem a impossibilidade de pactuar a suspensão de direitos políticos via acordo de não persecução cível (2022, p. 72):

A possibilidade de negociação abre margem para subversões, dentre as quais uma utilização para revanchismos partidários. Mesmo com a atual legitimação exclusiva da persecução judicial do ato ímprobo pelo Ministério Público a preocupação persiste. Primeiro porque, normalmente, os atos de improbidade administrativa são levados a seu conhecimento por parte da oposição política, que acompanha a investigação, cobrando diligências e uma resposta. Segundo, pela exigência prevista no novo artigo 17-B, §1º da LIA, “da oitiva do ente federativo lesado”, qual se manifestará através de suas procuradorias jurídicas ou pelo chefe do Poder Executivo, com os riscos da influência política acima tratada. Terceiro pois, com essa concentração há inegavelmente muito mais responsabilidade por parte do membro do *Parquet* na análise da solução adequada para o caso. Tanto que, como visto, a Lei n.º 14.230/2021 estabeleceu um enfoque na celebração do acordo, considerando a personalidade do agente, a natureza, circunstâncias, gravidade e a repercussão do ato de improbidade (artigo 17-b, §2º da LIA).

Vale lembrar que a penalidade de suspensão de direitos políticos é graduada como extremamente grave, compatível de ser aplicada, segundo o princípio da proporcionalidade de cunho constitucional, às condutas que afetem significativamente o bem jurídico protegido na Lei 8.429/92. Não se concebe, portanto, que seja manejada aos comportamentos que não sejam altamente reprováveis.

Não parece razoável, à vista dessas considerações, permitir a convenção da suspensão de direitos políticos no instrumento negocial, já que contradiz a própria natureza do acordo de não persecução cível, segundo os critérios estabelecidos no artigo 17- B, § 2º, da Lei 8.429/92. Haveria, portanto, evidente antinomia.

Em outros termos, sendo a penalidade de supressão de direitos políticos admitida apenas aos comportamentos extremamente graves, com elevada magnitude de violação aos bens jurídicos fundamentais da moralidade e da probidade administrativa, observando-se o pressuposto hermenêutico constante na Lei de Improbidade Administrativa, de que o acordo de não persecução cível deve considerar a gravidade e repercussão social do ato de improbidade administrativa, à luz do citado dispositivo legal, haveria absoluta incompatibilidade negocial.

Prestigiando a coerência, não se revela satisfatório ao interesse público a negociação com sujeito autor de ato de improbidade administrativa de excessiva gravidade e, por isso, resta ilógico pactuar a suspensão de direitos políticos, porquanto reservada a situações de notável e significativa gravidade.

Com efeito, admitir a convenção, nestes termos, redundaria em arrefecer a proteção do patrimônio público, com inegáveis prejuízos à salvaguarda do interesse público, fomentando o sentimento de impunidade.

Por essa razão, exige-se do Ministério Público o compromisso de promover incondicionalmente a defesa do patrimônio público e da probidade administrativa cuja atuação deve pautar-se pela busca proporcional da medida a ser convencionada, sem excessos e sem protecionismos. Igualmente atento às especificidades do caso concreto, acomete-se do poder-dever de considerar critérios que gravitam no fato ímprobo, como o desvalor de comportamento e do resultado, a repercussão social, a gravidade do dano, dentre outros.

Confira-se, nesse viés, a posição de Fernando Augusto Sormani Barbugiani, Ellen Crissiane de Oliveira Cilião e Thainá de Paula Belmiro (2022, p. 73):

Contudo, há de se reconhecer que a extirpação política, ainda que momentânea, do agente só se justificaria em atos de improbidade graves, com grande repercussão social. Ou ainda, quando as circunstâncias pessoais são negativas a ponto de justificar um afastamento da vida política por receio da reiteração ímproba. Ora, nestas situações sequer seria cabível o ANPC nos termos do artigo 17-B, §2º da LIA! Não há sentido em tal estipulação negocial, portanto.

Afora isso, há toda a problemática que envolve a restrição, ainda que temporária e anuída, de um direito fundamental de caráter democrático cujo exercício compreende o dever cívico de votar, afinal, como bem delimitado por Fernando Augusto Sormani Barbugiani, Éllen Crissiane de Oliveira Cilião e Thainá de Paula Belmiro (2022, p. 74) não soa legítimo, por mais que superficialmente justificadas como manifestações da vontade focadas na autonomia privada, a celebração de um acordo prévio entre os interessados a eventual candidatura, que um deles se torna por aquele instrumento, inelegível por determinado período. Ora, acaso haja o arrependimento do celebrante, não se poderia impor ao Judiciário o reconhecimento de validade a tal manifestação por relacionar-se a um elemento basilar da cidadania.

De igual sorte, o Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio da Resolução 1.193/2020-CPJ veda a celebração do ANPC que pactue a suspensão de direitos políticos, pois o art. 3º estabelece que, nos casos em que a conduta ímproba imputada se subsumir às hipóteses de inelegibilidade, nos termos alínea “I”, do inciso I, do art.1º, da Lei Complementar nº 64/1990, não será admitido o acordo que afaste os efeitos nela previstos (BRASIL, 2020).

Há, inclusive, decisão judicial nesse sentido (BRASIL, 2019):

Em TAC firmado no âmbito de ação de improbidade administrativa, não é possível pactuar a suspensão dos direitos políticos, pois esta cláusula viola a Constituição Federal, em especial os arts. 15, V, e 37, § 4º, c/c art. 20 da LIA. A sanção só pode ser aplicada por meio de ação judicial (AC 70081859357, Rel. Des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Terceira Câmara Cível do TJRS, j. em 29.08.2019).

Dessa forma, entende-se inadmissível cláusula suspendendo direitos políticos do agente ímprobo via acordo de não persecução cível. Inexiste utilidade para o interesse público e, por consequência, a negociação não se afigura suficiente para prevenir e reprimir o ato de improbidade administrativa. É de impor, portanto, a propositura de ação judicial com a finalidade de buscar a condenação do sujeito a todas as espécies de sanções aplicáveis ao caso concreto.

Há de se ponderar, todavia, que alguns Ministérios Públicos possibilitam apenas a renúncia espontânea de candidatar-se a cargos públicos por determinado período. Nesse sentido, tem-se a Resolução nº 03/2017 do Ministério Público de Minas Gerais:

Resolução 03/2017: 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: III - renúncia da função pública; V - renúncia ao direito de candidatar-se a cargos públicos eletivos, por determinado período (MINAS GERAIS, 2017).

Lado outro, tratando-se de negócio jurídico fundado na autonomia da vontade, nada impede que a parte, baseada em sua liberdade de agir, devidamente assistida e orientada por defensor, renuncie ao cargo público ocupado, notadamente quanto aos cargos comissionados²⁰⁶.

Frise-se, nesse íterim, que o acordo de não persecução cível será devidamente fiscalizado pelo magistrado, que ficará responsável pela homologação judicial, assim como aos órgãos de classe, caso celebrado em fase extrajudicial. Essa fiscalização tem o condão de inviabilizar acordos que extrapolem a proporcionalidade ou mesmo não resguardem suficientemente o interesse público.

Nesse cenário, reputa-se admissível que a parte, a partir de um ilícito ímprobo, escolha renunciar ao cargo que ocupa, fundada na autonomia da vontade e no princípio da dignidade da pessoa humana, de matiz constitucional, como viga mestra do Estado Democrático de Direito.

Immanuel Kant defende que a dignidade humana é qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, a qual impede a sua coisificação e se materializa por meio da capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem por meio da razão. Isso ocorre porque os seres humanos têm, na manifestação da sua vontade, o poder de determinar suas ações, de acordo com a ideia de cumprimento de certas leis que adotam, sendo essa característica exclusiva dos seres racionais (KANT, 2002, p. 56, 62-63, 67).

E, sendo o exercício da função pública de um direito disponível, nada impede que o autor do fato ímprobo peça exoneração do cargo ou mesmo renuncie seu mandato eletivo, diante da disponibilidade do ato.

Exatamente nesse sentido é a Resolução nº 01/20 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Pernambuco ao prever as condições do acordo de não persecução cível, em que se admite a exoneração espontânea do cargo público, mas não contempla a suspensão dos direitos políticos. Veja-se (PERNAMBUCO, 2020):

²⁰⁶ São aqueles ocupados transitoriamente por pessoas nomeadas pela autoridade competente.

Art. 4º As condições para a celebração do Acordo de Não Persecução Cível, tendo por parâmetro a repercussão social, a extensão, a gravidade do dano e o grau de censura da conduta do compromissário, com vistas a assegurar o respeito aos princípios que norteiam a administração pública e a eficácia da Lei nº 8.429/1992, além do ressarcimento do dano, quando houver, de forma cumulativa ou não, são as seguintes:

- I. pagamento de multa civil;
- II. proibição de 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;
- III. exoneração a pedido do cargo, emprego e/ou função pública ocupada;

Também é o entendimento do Centro de Apoio Operacional de Defesa do Patrimônio Público e da Probidade Administrativa - CAOP-Proad do Ministério Público do Maranhão (2020, p. 10):

Dessa forma, sugere-se que a cláusula inserta no ANPC preveja que, no ato da celebração do ajuste, o compromissário peça exoneração do cargo ocupado ou renuncie ao mandato eletivo, espontaneamente e em caráter irrevogável, e que autoriza o Ministério Público a remeter cópia do acordo de não persecução cível ao ente público respectivo, valendo o ajuste como documento de renúncia, cabendo ao órgão destinatário apenas efetivar essa manifestação de vontade.

Daí porque se reputa indispensável que as tratativas do acordo de não persecução cível sejam gravadas pelo sistema de áudio e vídeo, a fim de, a um só tempo, aquilatar as condições pelas quais a parte e seu defensor aceitaram os termos do acordo e possibilitar o controle pelos órgãos legalmente previstos. Coíbe-se, deveras, eventual alegação de vício de consentimento.

Tratando-se, ainda, de eventuais limites para a propositura do acordo de não persecução cível, está assente que os agentes políticos podem ser responsabilizados com base na Lei 8.429/92²⁰⁷. Passíveis, portanto, de celebrarem o acordo de não persecução cível. Excepciona-se o Presidente da República, consoante afirmado no decorrer deste trabalho.

Além disso, deve-se anotar que há uma limitação de ordem legal ao investigado no caso de descumprimento do acordo de não persecução cível²⁰⁸, o qual estará impedido de celebrar novo pacto pelo prazo de cinco anos, como

²⁰⁷Tema 576, em 13.09.2019, Repercussão geral. RE 976.566/PA Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 25.09.2019. (BRASIL, 2019)

²⁰⁸ De forma semelhante, o acordo de não persecução penal, no art. 28 A, §2º, III, impede o instituto aos agentes que forem beneficiados nos 05 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal ou suspensão condicional do processo.

disciplina o art. 12, § 7º, da Lei 8.429/92²⁰⁹.

²⁰⁹Art. 12, § 7º da Lei 8.429/92: Em caso de descumprimento do acordo a que se refere caput deste artigo, o investigado ou o demandado ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 5 (cinco) anos, contado do conhecimento pelo Ministério Público do efetivo descumprimento (BRASIL, 2021).

7 CONCLUSÃO

Perante o exposto ao longo deste trabalho, constata-se que a persecução aos atos de improbidade administrativa, assim como aos efeitos deles decorrentes, não se restringe à propositura de ação judicial, muitas vezes ineficiente à repressão de condutas dessa natureza. Assim, o acordo de não persecução cível mostra-se um mecanismo viável para promover a proteção de bens jurídicos tutelados no microsistema atinente ao patrimônio público e à improbidade administrativa, reservando-se a medida judicial aos casos de extrema gravidade cujo acordo não se mostre pertinente para satisfação do interesse público.

Fato é que, invariavelmente, os órgãos do Estado devem, preventiva e repressivamente, coibir a violação dos bens jurídicos resguardados pela Lei 8.429/92 e, ao mesmo tempo, promover medidas que efetivamente tutelem o interesse da coletividade. Não por outra razão, o implemento de providências tendentes a assegurar o respeito à probidade administrativa atende aos princípios da celeridade, da eficiência e do acesso à justiça. Com isso, não se concebe a adoção de medidas inúteis e procrastinatórias, que se destinam a agravar o caótico painel de impunidade que assola o país.

Repousa, nesse preciso aspecto, a predileção na escolha de decisões que conferem concretude aos valores dispostos na legislação, reforçando a conclusão de que os instrumentos consensuais são muito mais eficientes, porquanto apresentam menor custo, permitem o integral ressarcimento ao Estado, possibilitam o cumprimento antecipado de sanção e, ainda, promovem a repressão e prevenção aos atos de improbidade administrativa. Cumprem, pois, o caráter pedagógico.

Daí a relevância, senão imprescindibilidade, do Ministério Público analisar, concretamente, os riscos inerentes à judicialização, em que o tempo dispendido com o processo e com os percalços peculiares à prestação jurisdicional, dentre os quais se insere a morosidade processual, perfaz uma sensação de impunidade e desleixo com os bens coletivos, conquanto raramente se recupera valores, tampouco se impõe sancionamento adequado.

Por isso, refletir a respeito da preocupação com o método de investigação e a persecução aos atos de improbidade administrativa, necessariamente, traz em si uma apreciação relacionada ao desenvolvimento de técnicas capazes de implementar a reestruturação do patrimônio público lesado.

Isto porque o direito à probidade administrativa, por ser de natureza difusa, é titularizado por toda a sociedade, não se admitindo um modelo de atuação que apresente um baixo índice de efetividade da persecução estatal, afinal, estar-se-á diante de um direito fundamental constitucional. Não há dúvidas de que o Estado arraigado por atos de corrupção pública inviabiliza o cumprimento do compromisso constitucional de corporificar prestações públicas fundamentais.

Por tal razão, a genérica proibição encartada no artigo 17, § 1º, da Lei 8.429/92, no sentido de vedar qualquer acordo, composição ou negociação dos atos de improbidade administrativa e, por conseguinte, tornar obrigatório o ajuizamento da correspondente ação judicial, muitas vezes, absolutamente ineficaz, além de aniquilar os direitos fundamentais, ratifica potenciais violações aos preceitos constitucionais da democracia, da proporcionalidade, da eficiência e da celeridade.

Evidente que a estagnação interpretativa de preceitos do Direito Administrativo Sancionador, dentre os quais se inserem os princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, motivaram a perpetuação da citada norma cuja redação colidia com o modelo de Estado Democrático de Direito estruturado na Constituição Federal.

Na realidade, parece radicar, nesse ponto, a *mens legis* de interpretar o princípio da indisponibilidade como a inadmissibilidade de atuação desvirtuada na tutela da probidade administrativa e do patrimônio público, coibindo-se a concessão de favores pessoais e ilegais. Não constitui, portanto, qualquer óbice a inserção de medidas consensuais.

De toda a forma, a despeito da objeção inicial à consensualidade em matéria de improbidade administrativa, é necessário reconhecer o surgimento de variados diplomas legislativos que implementaram técnicas negociais nos atos e processos administrativos, aferindo-se, concomitantemente, a modernização gerencial da Administração Pública.

O panorama evolutivo e ampliativo de normas dialógicas nas mais diversas áreas do Direito culminou com a edição da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime) cujos dispositivos refletem a adaptação a uma nova realidade jurídica e social do Poder Público. Institui-se, nesse ambiente, o acordo de não persecução cível nos atos de improbidade administrativa, com a redação disciplinada pela Lei 14.230/21.

Não sem motivo, a alteração legislativa confere harmonia e coesão ao sistema jurídico, tornando-a dialogada com microssistemas tendentes a proteger os respectivos bens jurídicos tutelados nas respectivas searas.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o acordo de não persecução cível desponta como um eficaz instrumento contra a sistêmica violação de bens jurídicos fundamentais, pois propicia uma tempestiva e efetiva tutela da probidade administrativa. Representa, pois, significativo avanço no combate à corrupção.

Uma vez assentada a sua pertinência, convém entender o acordo de não persecução cível enquanto fenômeno do Direito Negocial, na medida em que se aperfeiçoa pela convergência de vontades entre o Ministério Público e o autor do fato ímprobo, devidamente assistido por defensor, cujo objeto reside no integral ressarcimento ao erário e na aplicação de uma ou mais sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, além de outras prestações eventualmente pactuadas.

Será, portanto, classificado conforme a natureza obrigacional do negócio jurídico, com as seguintes características: contrato, bilateral, oneroso, comutativo, paritário, de natureza mista. Dada a sua aptidão contratual, o acordo de não persecução cível deve ser permeado pelas condições de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos em geral, com consequências materiais (recai sobre as sanções) e processuais (incide na renúncia de prazos, confissão, colaboração, *compliance*).

É preciso reconhecer a importância conferida pela Lei 14.231/201 ao estabelecer os aspectos gerais e alguns pressupostos do acordo de não persecução cível. Basta pensar que a propositura de ação judicial se constituía no único meio capaz de promover a defesa da probidade administrativa, o que, inevitavelmente, levava ao caótico quadro de insuficiência protetiva de bens jurídicos tão relevantes.

Nesse viés, determinados temas discutidos pela doutrina foram positivados, tais como a legitimidade exclusiva do Ministério Público para celebrar o acordo, assim como a inexistência de limite temporal para a sua propositura, com a possibilidade de firmá-lo nas fases investigatória, processual e de execução.

Há, de igual sorte, contornos normativos delimitadores do acordo de não persecução cível. Alguns, de fato, significam importantes vetores de aplicação do instituto, consoante se verifica pela disposição encartada no artigo 17-B, § 2º, da Lei 8.429/92.

Trata-se, a rigor, de vetor abstratamente previsto pelo legislador com o escopo de averiguar a conveniência pública em celebrar o acordo com o autor do fato ímprobo, já que, em excepcionais situações, a negociação poderá redundar contrariamente ao desejo coletivo. Não se olvida que as audiências públicas e reuniões têm a função de conferir legitimidade a tal decisão, pois refletem a vontade popular e, em linhas gerais, o princípio democrático consagrado constitucionalmente.

Embora a nova legislação (14.230/21) contenha regras disciplinadoras do acordo de não persecução cível, com preceitos normativos que contribuem para o aperfeiçoamento de um instrumento protetivo do regime jurídico-constitucional da probidade e da moralidade administrativa, é certo que também há dispositivos incoerentes que escapam da boa técnica, como a remessa do acordo ao Tribunal de Contas para apurar o dano e a necessidade incondicional de homologação judicial.

No que respeita aos limites judiciais, incumbe ao magistrado o exame de legalidade, vedando-lhe qualquer análise meritória, porquanto o acordo de não persecução cível, enquanto negócio jurídico, retrata a livre autonomia das partes.

Se o legislador, de fato, sedimentou o acordo de não persecução cível, por outro lado, deixou de regulamentar alguns critérios e referenciais indispensáveis ao resguardo da probidade administrativa. Esse vácuo legislativo é inadmissível dada a proeminência deste bem jurídico. Inserem-se, nesse contexto omissivo, a descrição clara das hipóteses de admissibilidade, assim como as espécies de sanções que podem ser objeto do acordo.

Reputa-se inexorável constatar, a propósito, que é cabível, ao menos no plano teórico, o acordo de não persecução cível em relação aos três grupos de atos de improbidade administrativa: os que causam prejuízo ao erário, os que acarretam enriquecimento ilícito e aqueles por ofensa aos princípios da Administração Pública. Assim, ainda que haja a subsunção típica a estes atos, o acordo pode indicar, no caso concreto, absoluta pertinência ao interesse público, notadamente nas situações de ínfima magnitude frente ao bem jurídico tutelado na Lei 8.429/92.

Nesse cenário, não restam dúvidas de que, apesar do acordo de não persecução cível ser regido por norma específica, o que lhe confere individualidade e autonomia, é admissível a utilização de institutos correlatos que integram um

microsistema de proteção de bens jurídicos ligados à probidade da Administração Pública.

Na espécie, as similitudes do termo de ajustamento de conduta e do acordo de não persecução cível são evidentes, cabendo concluir que aquele é gênero, destinando-se a tutelar os interesses difusos e coletivos em geral, e este é espécie cujo campo de incidência remonta nos interesses da Lei 8.429/92.

Há, conseqüentemente, outro diploma que converge substancialmente com o acordo de não persecução cível. Trata-se do acordo de não persecução penal, tendo como pontos de contato o fato de nascerem do mesmo ato legislativo (Pacote Anticrime), possuírem a mesma nomenclatura e não exigirem qualquer colaboração do réu como condicionante. Por esta ótica, defende-se que os atos de improbidade administrativa tidos por extremamente graves, que atentam contra os bens jurídicos mais fundamentais e relevantes da coletividade, não são passíveis de negociação; assim como o acordo de não persecução penal, que não pode ser manejado para os delitos de maior gravidade.

A essência do acordo de não persecução cível é possibilitar o imediato cumprimento de uma ou mais sanções abstratamente previstas na Lei 8.429/92, além da restituição aos cofres públicos. Essas penalidades, por certo, devem ser proporcionais à magnitude do injusto ímprobo, sem prejuízo de conter o caráter de prevenção geral e especial dos atos de improbidade administrativa.

E, nesse contexto, definir quais sanções podem ser antecipadas, prestigiando o interesse público, torna-se um dos grandes desafios do acordo de não persecução cível, em especial, diante do silêncio legislativo. Força reconhecer que o grau de afetação ao bem jurídico lesado e o desvalor de comportamento, na exata esteira do previsto no artigo 17-B, § 2º, da Lei 8.429/92, deverão servir de balizas orientadoras. Além disso, a escolha das sanções deve ser proporcional à subsunção do injusto ímprobo, observados os critérios previamente estabelecidos no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

Dentro desta perspectiva, absolutamente possível constar no acordo de não persecução cível o pagamento de multa, a proibição de contratar com o Poder Público, assim como a exoneração de cargo público ou a renúncia de mandato eletivo. São sanções constantes na Lei de Improbidade Administrativa passíveis de negociação.

Não se mostra viável, todavia, pactuar a suspensão de direitos políticos no acordo de não persecução cível. É fato que a Constituição Federal confere amplo espectro de proteção aos direitos políticos, porquanto engloba a capacidade eleitoral ativa e passiva, admitindo a supressão apenas em hipóteses excepcionais, dentre as quais se insere a prática do ato de improbidade administrativa.

Trata-se, em essência, de sanção limitadora de um direito fundamental cívico que merece interpretação absolutamente restritiva, sob pena de desvirtuar os ideais do Estado Democrático de Direitos. Nesse sentido, a suspensão de direitos políticos deve ser reservada aos casos excepcionalíssimos de improbidade administrativa, tidos por extremamente graves, por meio de comportamentos altamente reprováveis e com significativa violação ao bem jurídico resguardado pela Lei 8.429/92. E, nessas hipóteses, os critérios previstos no artigo 17-B, § 2º, não recomendam a celebração do acordo de não persecução cível, conquanto não se vislumbra qualquer utilidade ao interesse público.

É por esse motivo que se defende a não negociação da suspensão de direitos políticos em acordo de não persecução cível, ainda que o agente ímprobo abra mão de seu exercício temporariamente. Não se renuncia ao dever cívico de voto por simples manifestação de vontade, já que se trata, em essência, de um direito fundamental irrenunciável e indisponível.

É plenamente admissível que se pactue a exoneração do cargo público ocupado pelo agente ímprobo ou mesmo a renúncia de mandato eletivo, pois se trata a função pública de um direito disponível, que se calca na autonomia da vontade e no princípio da dignidade da pessoa humana, de jaez constitucional.

Há que se reconhecer, outrossim, a existência de limites de ordem constitucional e legal na elaboração das cláusulas do acordo de não persecução cível, em especial, as que contrariam preceitos de ordem pública, assim como as que colidem com regras lícitas previstas no ordenamento jurídico.

Portanto, a construção de solução dialogada entre o autor do fato ímprobo e o Ministério Público tende a resguardar os bens jurídicos fundamentais da Lei 8.429/92, promovendo a concretização de princípios constitucionais que guarnecem o patrimônio público e a moralidade administrativa. Daí que, bem utilizado e priorizado o instituto do acordo de não persecução cível, minimizam-se os riscos de salvaguarda inadequada de bens jurídicos fundamentais nos quais se inserem a proteção da moralidade e probidade administrativa.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Ação Civil Pública e o Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Landolfo; MASSON, Cleber. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Landolfo; MASSON, Cleber. **Interesses difusos e coletivos**. Vol. 1. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020

ANDRADE, Landolfo. **Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel/>>. Acesso em: 27 dez. 2021.

ANDRADE, Landolfo. **O acordo de não persecução cível e a hipótese de inelegibilidade prevista no artigo 1º, inciso I, alínea I, da Lei Complementar 64/1990**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/11/03/acordo-nao-persecucao-civel-lei/>. Acesso em: 01 mar. 2022.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e outro. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2014.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARBÃO, Jaqueline; OLIVEIRA, Luci de. Retrato do Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade (CNCIAI). **Revista CNJ**, Brasília, v. 2, 2017.

BARBUGIANI Fernando Augusto Sormani; CILIÃO, Éllen Crissiane de Oliveira; BELMIRO, Thainá de Paula. Os limites negociais e processuais na improbidade administrativa: o acordo de não persecução cível e o negócio jurídico processual. In: CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; GARCIA Emerson; ZANETI, Hermes Jr (Org.) **A nova Lei de Improbidade Administrativa**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

BELLINETI, Luiz Fernando. Ações coletivas: um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – A relação jurídica e as condições da ação nos

interesses coletivos. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 98, p. 125-132, abr./jun. 2000.

BELLINETI, Luiz Fernando. **Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos**. Estudos de Direito Processual Civil. São Paulo: Ed. RT, 2005.

BELLINETI, Luiz Fernando. **Mandado de Segurança Coletivo – Perspectiva conceitual e pressupostos de admissibilidade no direito positivo brasileiro**. 1997. Tese (Doutorado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientador: Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim.

BINENBOJM, G. A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais. **Revista Eletrônica da PGE/RJ**. Disponível em: <<https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/190>>. Acesso em: 29 nov. 2021.

BONILHA, Ivan Lelis; CAVALCANTI, Crislayne. A oitiva dos Tribunais de Contas nos acordos de não persecução civil na Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <https://irbcontas.org.br/artigo/a-oitiva-dos-tribunais-de-contas-nos-acordos-de-nao-persecucao-civil-da-lei-de-improbidade-administrativa/>. Acesso em 16 de mai. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2019/lei-13964-24-dezembro-2019-789639-veto-159755-pl.html>>. Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5.139/2019**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4441/2020**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2261966>>. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 8058/2014**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>>. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4778/2020**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2263651>>. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/02/0c9f103a34c38f5b1e8f086ee100809d.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2021.

BRASIL. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis**. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.314.581, Rel. Min. Benedito Gonçalves. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=018014>. Acesso em 20 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.659.082, Rel. Min. Gurgel de Faria. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1206298447/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1659082-pb-2017-0052752-2/inteiro-teor-1206298457>. Acesso em 20 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.032.876/MG**, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 09.02.2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2505321/recurso-especial-resp-1032876-mg-2008-0035966-7/inteiro-teor-12220366>>. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1899407/DF**, Recurso Repetitivo 1089. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1089&cod_tema_final=1089>. Acesso em: 22 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 510.150/MA**, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17-2-2004. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7381445/recurso-especial-resp-510150-ma-2003-0007895-7/inteiro-teor-13045218>>. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AGInt no RtPaut no AgInt no RE nos Edcl no AgInt no AREsp 1.341.323**, Relª Minª Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial do STJ, j. em 05.05.2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/858121330>>. Acesso em: 17 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 470, Cancelada**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_470_2015_Segunda_Secao.pdf>. Acesso em: 24 set 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial 606.352-SP**, relatora ministra Assusete Magalhães, julgado 15/12/2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-22/mp-debate-sancoes-improbidade-administrativa-ressarcimento-dano>>. Acesso em: 22 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3943/DF**, Tribunal Pleno, REl. Min. Cármen Lúcia, j. 07.05.2015, DJe 06.08.2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058261>>. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 401482**. Relator: Min. Teori Zavascki, 04 de junho de 2013. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur234563/false>>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão RE573.232/SC**, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, j. 14.05.2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630085>>. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 739.742/PB**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, 06 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500556906&dt_publicacao=27/02/2014>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão REsp1.468.734/SP**, Segunda Turma. Relator: Min. Humberto Martins, j. 01.03.2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178569561/recurso-especial-resp-1468734-sp-2014-0165573-2>>. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp-SP 827445**, 1ª Turma, julgado em 02.02.2010. Relator: Min: Luiz Fux. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19159994/recurso-especial-resp-827445-sp-2006-0058922-3>>. Acesso em: 26 out. 2021.

CABRAL, Antônio do Passo. As Convenções Processuais e o Termo de Ajustamento de Conduta. *In*: ZANETI JR., Hermes [coord.]. **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao novo código de processo civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CAMBI, Eduardo; ARAÚJO, Diogo; NOVAK, Mariana Sartori. Reflexões sobre regime jurídico do Acordo de Não Persecução Cível. *In*: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; NARINELA Fernanda (Org). **Pacote Anticrime**. Vol. 1. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 31-73.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.º 61, p. 148-9, 1991.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**. 4 ed. Rio Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 7 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

CASTRO, Renato de Lima. Colaboração premiada e improbidade administrativa: aspectos fundamentais. *In*: CASTRO, Renato de Lima; DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio (Org.). **Aspectos Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa**: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores. Volume II. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. Reflexões sobre regime jurídico do Acordo de Não Persecução Cível. *In*: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; NARINELA Fernanda (Org.). **Pacote Anticrime**. Vol. 1. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2020.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. A Questão Terminológica: “Ação Civil Pública” ou “Ação Coletiva”? **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 132. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/a_questao_terminologica_acao_civil_publica_cavalcanti.pdf>. Acesso em: 03 set. 2021.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**. São Paulo: RT, 1997.

CUNHA., Dirley; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos**. 5ª ed. Salvador: Juspodvim, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime**. Salvador: Editora JusPodivum, 2020.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

DIDIER, Fredie Jr; ZANETI, Hermes Jr. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 3. ed. vol. 4. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIA, Luzardo. Acordo de leniência e negociação da sanção administrativa: reflexões a partir da indisponibilidade do interesse público. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, v. 13, abr.-jun./2020.

FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no Direito Administrativo.** Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/62542>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Édís; NERY JUNIOR, Nelson. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos.** São Paulo: Saraiva, 1984.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.** Contratos: Teoria Geral, vol. 4, 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** São Paulo: Atlas, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Comentários à Lei de Improbidade administrativa.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2014.

GARCIA, Emerson. A consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: Potencial de incidência no âmbito da Lei 8.429/92. In: CASTRO, Renato de Lima; DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio (Org.). **Aspectos Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores.** Volume II. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

GARCIA, Emerson; ALVES, PACHECO, Rogério. **Improbidade administrativa.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Emerson. Acordo de não persecução cível: a negativa de celebração é suscetível de revisão? In: CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; GARCIA Emerson; ZANETI, Hermes Jr (Org.) **A nova Lei de Improbidade Administrativa.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

GUARAGNI, Fábio André. Notícia Anônima como ponto de partida para a investigação de improbidades administrativas: um cotejo com a investigação no âmbito crimina. In: CASTRO, Renato de Lima; DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio (Org.). **Aspectos Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores.** Volume II. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

GIDI, Antônio. **A Class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo.** 2 ed. São Paulo, SRS Editora, 2008.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica Constitucional: Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito.** Curitiba: Editora Juruá, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Ímpetus. 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *Class Action for Damages* à Ação de Classe Brasileira: Os requisitos de admissibilidade. **Revista de Processo**, vol. 101/2001, pp. 11-27, Jan-Mar/2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law**: uma análise de direito comparado. São Paulo. Editora RT, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: legitimação e objeto. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 15, nº 57, jan/mar, 1990.

HABERMAS, J. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed. São Paulo: RT, 2015.

KANT, Immanuel. Groundwork of the Metaphisic of Morals. In: PASTERNAK, Lawrence. **Immanuel Kant**: Groundwork of the Metaphisic of Morals. New York: Roytledge, 2002.

LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/existencialidade-humana-o-negocio-juridico/>>. Acesso em: 21 dez. 2021.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 154-155.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O Devido Processo Legal Coletivo**: Representação, Participação e Efetividade da Tutela Jurisdicional. 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/40822/R%20-%20T%20-%20EDILSON%20VITORELLI%20DINIZ%20LIMA.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 13 set. 2021.

LOPES, Rodolfo Soares Ribeiro. A ampliação dos espaços de consenso no processo a partir da lei nº 13.964/2019: os acordos de não persecução penal e cível. *In.*: TAVARES, João Paulo Lordelo G. (Coord.). **Pacote Anticrime** - Lei 13.964/2019 na visão de Procuradores da República. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MAGGIO, Marcelo Paulo. **Condições da Ação com ênfase à ação civil pública para a tutela dos interesses difusos**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos**: legitimação para agir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

MARANHÃO. Ministério Público. Centro de Apoio Operacional de Defesa do Patrimônio Público e da Probidade Administrativa – **CAOP-Proad**. Disponível em: https://www.mpma.mp.br/arquivos/caoproad/notas-tecnicas/14466_ntc-caop-proad-32020-fornecer-subsidios-para-fins-de-adequacao-da-atuacao-dp-mpma.-acordo-de-nao-persecucao-civil.-anpc.pdf. Acesso em 20 de mai. 2022.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica. **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo, NDJ, v. 18, n. 12,, dez. 2002.

MARQUESI, Roberto Wagner e LEDO, Ana Paula Ruiz Silveira. O princípio da boa-fé objetiva como densificador da dignidade humana nas relações negociais. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 3, p.248-286, nov. 2017.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa. **Boletim Informativo da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, v. 030, 1996.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A Defesa dos interesses difusos em juízo**. 21 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 33 ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **AI 1.0382.15.007024-3/003**, Rel^a Des^a Áurea Brasil, Quinta Câmara Cível do TJMG, j. em 25.09.2020. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/933267721/agravo-de-instrumento-cv-ai-10382150070243003-mg/inteiro-teor-933267990?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 14 dez. 2021.

MINAS GERAIS. Conselho Superior do Ministério Público de Minas Gerais. **Resolução CSMP 03/2017**. Disponível em: <https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-CA28-28-res_csmp_03_2017.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2022.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação civil pública e a língua portuguesa. In: MILARÉ, Edis (coord.) **Ação Civil Pública: Lei 7.347/85- 15 anos**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 8ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 14ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NERY Jr., Nelson et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo**. 10. ed. vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

OLIVEIRA, Aysha Sella Claro de. **Os acordos de leniência e a experiência do Ministério Público do Estado do Paraná**. Mestrado Profissional em Direito. Curitiba: Universidade Positivo, 2021.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Natureza Jurídica do Instituto da Não Persecução Cível Previsto na Lei de Improbidade Administrativa e Seus Reflexos na Lei Empresarial**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civil-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial>>. Acesso em: 11 fev. 2022.

PARANÁ. Ministério Público do Estado do Paraná. **Parecer no Protocolo nº Protocolo nº 16553/2021**, em 03/12/2021.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Autos 0016606-24.2019.8.16.0000**, Rel.: Desembargador Nilson Mizuta, Relator Designado Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Luciano Campos de Albuquerque - J. 20.08.2019. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/835011992/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-agrivos-agrivo-de-instrumento-ai-166062420198160000-pr-0016606-2420198160000-acordao?ref=serp>>. Acesso em: 13 dez. 2021.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal**. Legislação e jurisprudência atualizadas. 1º ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PEREIRA, Rafael. **Manual do Acordo de Não Persecução Cível**. Belo Horizonte. Editora CEI, 2020.

PEREIRA, Rafael. **Dispensa da oitiva do Tribunal de Contas no Acordo de Não Persecução Civil**. Disponível em: <https://arx.iweventos.com.br/evento/cnmp2022/trabalhosaprovados>. Acesso em 13 de mai. 2022.

PERNAMBUCO. Ministério Público do Estado de Pernambuco. **Resolução nº 01/20**. Disponível em <file:///C:/Users/rbenvenhu/Downloads/RESOLUO%20RES-COMP%20-%2001.2020%20-%20ACORDO%20DE%20NAO%20PERSECUO%20CIVEL.pdf>. Acesso em 20 de mai. 2022.

PINHEIRO, Igor Pereira. **Improbidade Administrativa no STF e STJ**. São Paulo: JH Mizuno, 2021.

PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro Messias. **Acordo de Não persecução Penal e Cível**. São Paulo: JH Mizuno, 2021.

PINHEIRO, Igor Pereira; ZIESEMER, Henrique da Rosa. **Nova Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: JH Mizuno, 2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **APL: 00115219520158190038**, Relator: Des(a). CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ JÚNIOR, Data de Julgamento: 27/04/2021, DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/04/2021. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=PROMO%C3%87%C3%83O+PESSOAL+DO+PREFEITO>>. Acesso em: 06 out. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **AI 0329681-68.2019.8.21.7000**, Rel. Des. Carlos Roberto Lofego Canibal, Primeira Câmara Cível do TJRS, j. em 16.12.2020. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1176254608/agrivo-de-instrumento-ai-70083577726-rs/inteiro-teor-1176254617>>. Acesso em: 17 dez. 2021.

ROSA, Márcio Fernandes Elias. **Direito Administrativo**. Parte I. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **AC 20100520644 Campo Erê 2010.052064-4**, Relator: Newton Trisotto, Data de Julgamento: 25/10/2011, Primeira Câmara de Direito Público. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1103690883/apelacao-civel-ac-20100520644-campo-ere-2010052064-4>>. Acesso em: 07 out. 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **AC. 2013.0199975-4**. Relator Des. Newton Trisotto. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1103076524/agravo-de-instrumento-ai-20130223385-brusque-2013022338-5>. Acesso em 21 jan 2022.

SÃO PAULO. Ministério Público de São Paulo. **Resolução do Colégio dos Procuradores do Ministério Público de São Paulo nº 1.193/2020-CPJ**, de 11 de março de 2020. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Atos_Normativos/atos_norm_numerica/num_colegioproc/colegioproc_resoluc>. Acesso em: 18 dez. 2021.

SÃO PAULO. Ministério Público de São Paulo. **Nota Técnica 02/2-2** - Assunto: fornece subsídios aos membros do Ministério Público do Estado de São Paulo para a celebração de acordos de não persecução cível, em conformidade com a Lei 13.964/2019, com a Resolução 179/2017-CNMP e com a Resolução 1.193/2020 - CPJ. Disponível em: <http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_img/PGJ/002-nt%202020.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2021.

SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antônio. Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. **Revista de processo**, vol. 303, maio/2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n. 21, março/abril/maio 2012, Salvador.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>>. Acesso em: 01 out. 2021.

SARMENTO, Daniel; SOUZA, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, José Afonso. **Ação popular constitucional** – doutrina e processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, Luciana Moessa. Administração Pública, Risco e Segurança. Resolução Consensual de Conflitos que envolvem Políticas Públicas: Caminho Democrático, Viável e Sustentável. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral**, Rio de Janeiro,

Disponível

em:

<<https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzIzMg%2C%2C>>.

Acesso em: 30 nov. 2021.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEODORO JUNIOR, Humberto. **O Contrato e Sua Função Social.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TALAMANI, Eduardo. **Justiça multiportas:** a indisponibilidade do interesse público. Salvador: Editora JusPodivm. 2017

ZAVASCK, Teori Albino. **Processo Coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.