

Microssistema da tutela coletiva: análise dos meios de consensualidade e da possibilidade de acordo na esfera da improbidade administrativa, com o advento da Lei nº 13.964/2019¹

Adriana da Silva Clericuzi*

Sumário

1. Introdução. 2. Panorama da consensualidade no direito brasileiro. 3. Instrumentos de consensualidade no âmbito do microssistema da tutela coletiva. 3.1 Recomendação. 3.2 Termo de Ajustamento de Conduta. 4. Acordo de não persecução cível e a extensão dos efeitos da colaboração premiada e do acordo de leniência para a esfera cível. 5. Conclusão. Referências.

Resumo

Este artigo visa apresentar os meios de resolução consensual de conflitos no âmbito do microssistema da tutela coletiva, assim como as controvérsias existentes, trazendo uma visão panorâmica da consensualidade no direito brasileiro, como forma de diminuição da litigiosidade. Nesse sentido, a pesquisa aborda sobre os institutos da recomendação, do termo de ajustamento de conduta (“TAC”) e, em especial, do acordo de não persecução cível, criado com o advento da Lei nº 13.964/2019, abordando sobre os mecanismos utilizados visando a operacionalização do referido instituto, haja vista a ausência de requisitos objetivos em lei. Ainda trata da possibilidade de aplicação da colaboração premiada e do acordo de leniência no âmbito cível. Para tanto, a pesquisa se vale de uma metodologia baseada em pesquisa bibliográfica e legislativa, por meio de consulta de livros, artigos científicos, legislação, jurisprudência sobre o tema e vídeo publicado no *YouTube*.

Abstract

This article aims to present the means of consensual resolution of conflicts within the microsystem of collective protection, as well as the existing controversies, bringing a panoramic view of consensuality in Brazilian law, as a way of reducing litigation. In this

¹ Artigo científico apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Políticas Públicas e Tutela Coletiva do Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso - IERBB/MPRJ. Orientador: Prof. Fabrício Bastos.

* Pós-graduanda em Políticas Públicas e Tutela Coletiva pelo Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso – Escola de Governo do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – IERBB/MPRJ. Servidora do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

sense, the research addresses the institutes of the recommendation, the conduct adjustment term ("TAC") and, in particular, the civil non-prosecution agreement, created with the advent of Law No. 13.964/2019, addressing the mechanisms used aiming at operationalization of said institute, given the absence of objective requirements in law. It also deals with the possibility of applying the awarded collaboration and the leniency agreement in the civil scope. To this end, the research uses a methodology based on bibliographic and legislative research, through consultation of books, scientific articles, legislation, jurisprudence on the topic and video published on YouTube.

Palavras-chave: Recomendação. Termo de Ajustamento de Conduta. Acordo de não persecução cível. Colaboração Premiada. Acordo de Leniência.

Keywords: Recommendation. Conduct adjustment Term. Civil non-prosecution agreement. Awarded Collaboration. Leniency Agreement.

1. Introdução

O aumento da judicialização somado à insuficiência da lógica adversarial tradicional, fez com que no decorrer dos anos os operadores do direito se apropriassem cada vez mais dos métodos de autocomposição para resolução de conflitos, visando a redução da litigiosidade e, dependendo do caso concreto, servindo como mecanismo mais adequado para garantir um resultado mais célere e efetivo.

Nesse sentido, o presente trabalho iniciará trazendo uma visão panorâmica da consensualidade no direito brasileiro, abordando de maneira objetiva sobre os normativos que inauguraram a autocomposição no ordenamento jurídico brasileiro e a sua evolução nas esferas cível, administrativa e penal.

Em seguida, a pesquisa aborda sobre os meios de resolução consensual de conflitos, particularmente, no âmbito do microsistema da tutela coletiva, limitando-se a tratar dos institutos da *recomendação* e do *termo de ajustamento de conduta*, versando acerca do marco legal de cada instituto, sua natureza jurídica, o objeto de cada mecanismo de autocomposição, qual(ais) os legitimados para a sua utilização, momentos nos quais podem ser utilizados e eventuais controvérsias.

Por conseguinte, será apresentado o *acordo de não persecução cível*, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 13.964/2019 – Pacote Anticrime, o qual alterou a redação do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa, tema novo ainda pouco debatido no direito brasileiro, muito embora tenha sido bem criticado, devido à ausência de lei prevendo os requisitos objetivos, visando a sua operacionalização.

Contudo, veremos que, com a aplicação das normas do microsistema do patrimônio público e combate à corrupção, tal “silêncio legislativo” não será óbice para

a aplicação do *acordo de não persecução cível*, até que advenha norma regulamentando o respectivo instrumento.

Outrossim, analisaremos a possibilidade de extensão dos efeitos da colaboração premiada e do acordo de leniência para a esfera cível, de modo a compatibilizar a utilização dos instrumentos e evitar incongruências.

Por fim, para elaboração do presente trabalho foi realizada a metodologia baseada em pesquisa bibliográfica e legislativa, por meio de consulta de livros, artigos científicos, legislação, jurisprudências sobre o tema e vídeo publicado no *YouTube*.

2. Panorama da consensualidade no direito brasileiro

Verifica-se que ao longo dos anos a decisão judicial não vem se mostrando como o único meio de se afastar a lesão ou ameaça de lesão a interesses transindividuais, tampouco o meio mais adequado, efetivo e tempestivo para salvaguardar tais interesses, surgindo a necessidade de ressignificar a tutela jurisdicional contemporânea.

Nessa linha, sempre que possível, o conflito de interesses deve ser dirimido amigavelmente, em proveito da concretização do acesso a uma ordem jurídica justa – não há real acesso à justiça sem resolução célere de conflitos –, da redução da judicialização de controvérsias e da pacificação social, mostrando-se como uma forma muito mais adequada de lidar com um conflito.²

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição de 1988, por meio do seu preâmbulo, declarou o compromisso “na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”³, trazendo a ideia de que a consensualidade é um objetivo a ser sempre perseguido. Assim, Emerson Garcia assevera que a consensualidade:

Contribui para harmonizar e pacificar as relações sociais; atenua a intensa tensão dialética entre os referenciais de lícito e ilícito; acarreta a redução dos custos, inerentes à 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.⁴

Posteriormente, no campo infraconstitucional, a Lei nº 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), introduziu no direito brasileiro o compromisso de ajustamento de conduta, apesar de restrito aos direitos das crianças e dos adolescentes,

² ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses Difusos e Coletivos*, 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2020, p. 264/265.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05/01/2021.

⁴ GARCIA, Emerson. *A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 66, out./dez. 2017, p. 36.

por força do art. 211: “Art. 211. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

Em seguida, a Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor (CDC), com base no seu art. 113, inseriu tardiamente o §6º ao art. 5º da Lei nº 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública (LACP), permitindo a utilização do compromisso de ajustamento de conduta para quaisquer interesses difusos e coletivos.

Tem-se, ainda, a Lei nº 12.529/2011 – Lei do Sistema de Defesa da Concorrência⁶, a qual prevê um tipo específico de compromisso de ajustamento de conduta, nomeado como “compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos efeitos lesivos”, a ser tomado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em casos de infrações à ordem econômica.

A Lei nº 6.385/1976 – Lei do Mercado de Capitais com as suas alterações⁷, também trouxe instrumento parecido, direcionado aos infratores das regras relacionadas ao mercado de valores mobiliários, tendo como pré-requisito a colaboração do infrator para a identificação dos demais envolvidos e a colheita de provas, sendo necessária a confissão da prática do ilícito.⁸

No plano do direito regulador, percebe-se uma ampla liberdade das agências reguladoras, quando da aplicação de sanções que se mostrem mais compatíveis com o grau de lesividade da conduta ilícita praticada pelo agente. As lacunas legislativas não têm impedido que tais agências editem normativos infralegais, estabelecendo a possibilidade de celebração de ajustes, os quais pelo menor caráter impositivo ou maior potencial de satisfação, tem sido designado de *soft regulation* (regulação fraca) por parcela da doutrina.⁹

Como exemplos, temos o art. 21, da Resolução Normativa nº 63/2004, editada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que previu a possibilidade de celebração de termo de compromisso de ajuste de conduta; os arts. 83 a 87, da Resolução nº 3.259/2014, editada pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ); o art. 1º e seguintes, da Resolução nº 629/2013, da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANSS),

⁵ Art. 5º, § 6º - Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante combinações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (BRASIL. *Código de defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 05/01/2021).

⁶ BRASIL. *Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127>. Acesso em: 06/01/2021.

⁷ BRASIL. *Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm>. Acesso em: 04/02/2021.

⁸ GARCIA, Emerson. Op. Cit., p. 46.

⁹ *Ibidem*, p. 46.

sendo a única agência reguladora, no âmbito do direito sancionador, a ter norma legal expressa tratando da consensualidade, qual seja, arts. 29 e 29-A da Lei nº 9.656/1998.¹⁰

Ademais, a Lei nº 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil¹¹, potencializou a importância do diálogo, prevendo expressamente o estímulo à conciliação, à mediação e aos métodos de resolução consensual de conflitos. Além da provável conformação dos conflitos de natureza coletiva à figura das convenções processuais, tendo grau de incidência amplo e atipicamente estendido pelo respectivo art. 190, *caput*.¹²

Outrossim, a publicação da Lei nº 13.140/2015¹³ foi o marco legal da mediação, tratando do tema de forma independente, de modo que a consensualidade passou a nortear o processo civil, incluindo a Administração Pública.¹⁴

Vale ressaltar, a previsão constante no art. 26 (inserido nos idos de 2018), do Decreto-Lei nº 4.657/1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB)¹⁵, o qual dispõe sobre a possibilidade de celebração de compromisso de interesses no âmbito da Administração Pública. Juliana Banacorsi de Palma cita diversos exemplos de acordos no âmbito da Administração Pública:

Hoje são vastos os exemplos: acordos substitutivos de processo sancionador ou de sanção por compromissos (notadamente de investimento); acordos integrativos, por meio dos quais se negocia o conteúdo da decisão unilateral final da Administração Pública; acordos processuais, análogos à figura do negócio jurídico processual previsto no novo Código de Processo Civil; acordos de colaboração, destinados à obtenção de provas e informações que melhorem

¹⁰ Ibidem, p. 46/47.

¹¹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 05/01/2021.

¹² PINHO, Humberto Dalla de Bernardina de. *Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*. Curitiba: CRV, 2017, p. 173.

¹³ BRASIL. *Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.140%2C%20DE%2026%20DE%20JUNHO%20DE%202015.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20media%C3%A7%C3%A3o%20entre,o%20C2%A7%202%20C2%BA%20do%20art>. Acesso em 06/01/2021.

¹⁴ GARCIA, Emerson. Op. Cit., p. 36.

¹⁵ Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no *caput* deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; II – (VETADO); III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. § 2º (VETADO). (BRASIL. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 09/01/2021).

os processos punitivos, como o acordo de leniência; acordos de rescisão contratual, como os recentemente disciplinados na Lei de Relicitações (Lei 13.448/2017) etc. (...) Trata-se simplesmente de conferir um tratamento jurídico mais adequado ao permissivo genérico já existente na Lei da Ação Civil Pública, em seu art. 5º, §6º, trazendo maior segurança aos gestores sobre a viabilidade jurídica do consenso em sua repartição pública e segurança aos particulares quanto às cláusulas negociadas.¹⁶

Seguindo a mesma trilha, no âmbito do Ministério Público brasileiro, existem alguns normativos que trazem expresso incentivo à autocomposição e à atuação resolutiva, objetivando a prevenção e redução da litigiosidade, tais como, o Acordo de Cooperação Técnica 14/2012¹⁷, a Resolução CNMP nº 118/2014¹⁸, a Recomendação CNMP nº 54/2017¹⁹ e a Resolução CNMP nº 179/2017²⁰.

O art. 1º, §2º, da Resolução CNMP nº 179/2017, também prevê a viabilidade da utilização do compromisso de ajustamento de conduta na seara da improbidade administrativa, de acordo com a conduta ou ato praticado, sendo que naquela época sequer havia lei tratando sobre o tema da consensualidade nesse particular, considerando que o art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992 vedava, expressamente, a transação, o acordo ou a conciliação nas ações que visassem a responsabilização de agentes públicos pelos atos ímprobos.

¹⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas*. Disponível em: <<http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>>. Acesso em: 08/01/2021, p. 19.

¹⁷ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Acordo de Cooperação Técnica 14/2012*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/acordo_cooperacao_CNMP-MJ.pdf>. Acesso em: 02/02/2021.

¹⁸ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências*. Disponível em: <http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/RESOLUCOES/1193.pdf>. Acesso em: 01/02/2021.

¹⁹ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro*. Disponível em: <http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/RESOLUCOES/1193.pdf>. Acesso em: 01/02/2021.

²⁰ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>>. Acesso em: 02/02/2021.

Tal situação, no âmbito do direito sancionador extrapenal²¹, veio a ser alterada com o advento da Lei nº 13.964/2019 – Pacote Anticrime²², a qual modificou a redação do §1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa (LIA), admitindo a celebração do denominado *acordo de não persecução cível*, além da inclusão do §10-A ao respectivo artigo, de modo a permitir que nas hipóteses da possibilidade de resolução consensual, as partes podem requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, no período não superior a 90 (noventa) dias.

Do mesmo modo, a Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção Empresarial, que em seu art. 16²³ trouxe a disposição sobre o *acordo de leniência* no âmbito do processo administrativo sancionador, tendo como principal objetivo amenizar as consequências provenientes do ilícito cometido, desde que haja a colaboração do respectivo autor, para os atos tipificados em seu art. 5º, assim como no art. 17 há a previsão da celebração do *acordo de leniência* com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666/1993 – Lei de Licitações.

Por fim, no âmbito do direito penal, é possível identificar a consensualidade em diversos normativos, como, por exemplo, Lei nº 8.072/1990 – Lei dos Crimes Hediondos – o agente recebe um benefício penal, concernente à redução da pena, mediante o fornecimento de informações que culminarão num efeito útil, sendo denominado como “delação premiada”; Lei nº 9.099/1995 – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais; Lei nº 12.850/2013 – Lei das Organizações Criminosas; Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção Empresarial; Lei nº 9.080/1995 – acrescentou dispositivos à Lei nº 7.492/1986 – Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional; Lei nº 9.613/1988 – Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro; Lei nº 11.343/2006 – Lei de Drogas; e a Lei nº 13.964/2019 – Pacote Anticrime, a qual prevê o denominado *acordo de não persecução penal*.

²¹ Emerson Garcia assevera que o direito sancionador brasileiro, de natureza estatal, divide-se em penal e extrapenal. O primeiro, trata da estatuição e das consequências jurídicas decorrentes da prática de uma infração penal. O segundo, por sua vez, de contornos muito mais amplos, é individualizado por exclusão: suas sanções regra geral, alcançam uma pluralidade de bens jurídicos, que não a liberdade, e podem ser igualmente aplicadas por órgãos não jurisdicionais. Ainda, pode-se falar do *direito sancionador extrapenal de natureza judicial*, no qual são aplicadas sanções que restringem a esfera jurídica individual, assumindo contornos cíveis *lato sensu*. Essas sanções coexistem com as cominações cíveis *stricto sensu*, classicamente reconduzíveis ao dever de recomposição do *status quo* (v.g.: dever de reparar e de devolver), que não configuram, em sua essência, verdadeira sanção (grifos nossos). (GARCIA, Emerson. Op. Cit., p. 31/32).

²² BRASIL. *Aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art6>. Acesso em 02/02/2021.

²³ Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar *acordo de leniência* com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei *que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: (grifos nossos)*. (BRASIL. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 02/02/2021).

3. Instrumentos de consensualidade no âmbito do microsistema da tutela coletiva

A consensualidade traz a ideia de convergência de vontades em prol de um interesse comum, sendo dividida em *submissão*, *plena transação* e *modelos híbridos*, conforme os ensinamentos de Emerson Garcia:

Na submissão, um dos acordantes se submete às diretrizes estabelecidas pelo outro. Tanto pode decorrer de uma opção do submisso como estar vinculada ao desequilíbrio de forças, o que é mais comum. (...) A submissão é o modelo mais adotado quando presente a indisponibilidade do interesse. Nesse caso, há uma espécie de norma-quadro, à qual devem ajustar-se os pactuantes.

Na plena transação, os pactuantes, numa posição de total igualdade formal e material, acordam livremente direitos e obrigações, instrumentalizando-os da forma que melhor lhe aprouver. Encontra-se alicerçada no livre exercício da autonomia da vontade, que não sofre a influência de qualquer limitador passível de comprometer a sua exteriorização. Esse modelo, como é perceptível, mostra-se de todo incompatível com a indisponibilidade, total ou parcial, dos interesses envolvidos. Afinal, a indisponibilidade limita o acordo passível de ser realizado.

Além desses modelos extremos, é possível nos depararmos com uma pluralidade de modelos intermediários. *São modelos híbridos*, em que determinados aspectos do acordo somente admitem a submissão e em outros prepondera a transação. (...) Em ambos os casos, como se percebe, uma parte do ajuste somente se compatibiliza com a submissão de um dos pactuantes às diretrizes estabelecidas pelo outro pactuante ou decorrentes da própria ordem jurídica.²⁴ (grifos nossos)

Os instrumentos de redução da litigiosidade são vias alternativas à jurisdição estatal, sendo também aplicáveis à solução dos litígios coletivos, por intermédio do denominado *sistema multipartas*, haja vista que poderão ser utilizados como formas extrajudiciais (sem judicialização das questões) ou extraprocessuais (sem a necessária existência da relação jurídica processual).²⁵

²⁴ GARCIA, Emerson. Op. Cit., p. 30.

²⁵ BASTOS, Fabrício. *Curso de Processo Coletivo*. 2ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p. 489.

3.1. Recomendação

Em algumas hipóteses, a consensualidade pode visar tão somente a cessação de uma prática ilícita ou ao aperfeiçoamento de uma atividade, sem qualquer referência no campo do direito sancionador, por vezes, objetivando evitar a prática de um ilícito passível de sanção.²⁶

Dessa forma, temos a *recomendação*, que é um dos instrumentos de atuação extrajudicial e de uso exclusivo do Ministério Público brasileiro, tendo caráter preventivo ou repressivo, assim como formal, por meio do qual o remetente expõe as razões de fato e jurídicas sobre uma situação específica, objetivando convencer o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens defendidos pela instituição, conceito esculpido no art. 1º, da Resolução CNMP nº 164/2017²⁷.

Conforme assevera o professor Landolfo Andrade, a comentada Resolução foi resultado de uma grande pressão exercida pelos altos escalões da Administração Pública, que rogavam pela regulamentação do instrumento chamado *reclamação*, em virtude da atuação de alguns membros do *Parquet* que a utilizariam para coibir a atuação dos agentes públicos a agirem de acordo com os seus entendimentos, sob ameaça de, não o fazendo, serem processados por crimes ou atos de improbidade. O professor entende que a resposta do CNMP foi bem equilibrada.²⁸

Tal mecanismo, também se encontra previsto no art. 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/1993 – Lei Orgânica do Ministério Público da União, bem como nos arts. 26, VII c/c 27, parágrafo único, da Lei nº 8.625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

Esse papel atribuído ao Ministério Público, no direito comparado, é designado como *ombudsman* ou *defensor del pueblo*, tendo em vista que ostenta independência institucional e funcional, além do respectivo instrumento ter pouco custo, ser rápido e eficaz, para tal fim.²⁹

De acordo com a doutrina contemporânea, alguns dos principais atributos do *ombudsman*³⁰ seriam: i) presidir procedimentos investigatórios; ii) expedir recomendações; iii) tutelar direitos fundamentais de forma preventiva ou repressiva; iv) atuar na esfera legislativa apresentando projetos para melhoria na tutela da coletividade, tal como emitindo notas técnicas.

²⁶ GARCIA, Emerson. Op. Cit., p. 37.

²⁷ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Disciplina a expedição de recomendações pelo Ministério Público brasileiro*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-164.pdf>>. Acesso em: 08/01/2021.

²⁸ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses Difusos e Coletivos*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2020, p. 266.

²⁹ BASTOS, Fabrício. Op. Cit., p. 490.

³⁰ “O *ombudsman* representa, portanto, um instrumento a serviço da cidadania para aumentar a prestação de contas (*accountability*), a transparência (*transparency*), a eficiência (*efficiency*) e a democracia (*democracy*) imprescindível ao Império do Direito (*rule of law*) e ao Estado de Direito nos modernos Estados Constitucionais”. (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 289 apud BASTOS, Fabrício. Op. Cit., p. 490).

Outrossim, encontram-se como princípios norteadores da recomendação, constantes no art. 2º, da Resolução CNMP nº 164/2017: i) motivação; ii) formalidade e solenidade; iii) celeridade e implementação tempestiva das medidas recomendadas; iv) publicidade, moralidade, eficiência, impessoalidade e legalidade; v) máxima amplitude do objeto e das medidas recomendadas; vi) garantia de acesso à justiça; vii) máxima utilidade e efetividade; viii) caráter não vinculativo das medidas recomendadas; ix) caráter preventivo ou corretivo; x) resolutividade; xi) segurança jurídica; e xii) ponderação e proporcionalidade nos casos de tensão entre direitos fundamentais.

Nessa toada, verifica-se que a *recomendação* tem *natureza jurídica* de ato administrativo enunciativo, dispondo das seguintes características: i) unilateralidade; ii) exclusividade; iii) ausência de coerção (eficácia admonitória); e iv) fixação do dolo do destinatário.³¹

O referido instrumento é considerado um ato unilateral, pois é expedido pelo Ministério Público (MP) independentemente de prévia negociação com o seu destinatário, não assumindo qualquer tipo de obrigação. Ressalta-se que esse ato não pode ser considerado um título executivo extrajudicial (art. 784, CPC/2015), haja vista que somente a Fazenda Pública, por meio da Certidão de Dívida Ativa, poderá criar unilateralmente um título executivo extrajudicial.³²

Ademais, antes da expedição da *recomendação* à autoridade pública, o MP deverá solicitar ao destinatário informações sobre a situação jurídica e o caso concreto afetos, exceto na hipótese de impossibilidade devidamente motivada; já nos casos de urgência, o MP poderá, de ofício, expedir a recomendação e, posteriormente, instaurar o respectivo procedimento, quais sejam, inquérito civil, procedimento administrativo ou procedimento preparatório.

Trata-se de mecanismo com caráter preventivo ou corretivo (impedir o cometimento da lesão ao direito transindividual ou repará-la, com a devida adequação do ato praticado, respectivamente), preliminar ou definitivo (antes da instauração de um procedimento ou durante, respectivamente), sendo ato enunciativo exclusivo do MP, sempre acompanhado de fundamentação expressa, adequada e específica.

Quanto ao caráter corretivo/repressivo, há na doutrina quem discorde da adoção nessa hipótese, por entender que, no caso, o meio mais adequado seria a judicialização da situação ou a tentativa de celebração do TAC.³³

Favoravelmente, verifica-se o posicionamento do professor Fabrício Bastos, o qual entende ser perfeitamente possível a utilização com caráter repressivo, visto que a recomendação tem um viés unilateral e o TAC bilateral, além de decorrer da independência funcional do membro do MP a análise das peculiaridades do caso

³¹ BASTOS, Fabrício. Op. Cit., p. 491.

³² Ibidem, p. 491.

³³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 290 apud BASTOS, Fabrício. Op. Cit., p. 491.

concreto, assim como a área de atuação e a necessidade de intervenção, sempre mediante promoção expressa e fundamentada.³⁴

Observa-se que a *recomendação* também é um mecanismo persuasivo, sem caráter vinculativo, ou seja, o destinatário não é obrigado a atender ao disposto no instrumento, porém se submeterá às consequências descritas. Considerando o seu caráter persuasivo, deverá conter advertências, sob pena de perder a sua efetividade. O MP deverá descrever todas as condutas a serem realizadas e as respectivas consequências, em caso de não cumprimento, pois o manejo desse instrumento terá como consequência o convencimento definitivo do órgão de execução acerca do tema.³⁵

Por conseguinte, após a efetiva ciência do destinatário, a *recomendação* terá a aptidão de caracterizar o dolo na conduta ativa ou omissiva do agente. Tem-se como exemplo a situação na qual existe dúvida com relação ao dolo do agente na violação aos princípios regentes da atividade estatal, situação passível de configurar ato ímprobo, disposta no art. 11, da Lei nº 8.429/1992, sendo demonstrada a ilicitude do comportamento, porém o agente persiste em adotar a determinada conduta, no caso, o dolo restará peremptoriamente evidenciado.³⁶

A *recomendação* será dirigida a qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, necessariamente que tenha poder, atribuição ou competência para adoção das medidas recomendadas, ou responsabilidade pela reparação ou prevenção do dano, visando a salvaguarda de interesses, direitos e bens objeto do instrumento, conforme previsto no art. 4º, *caput* e §1º, da Resolução CNMP nº 164/2017, sob pena de ter a sua efetividade comprometida, considerando que se for dirigida ao destinatário errado, esta pessoa física ou jurídica poderá não atender aos termos e não ser responsabilizada.

Outra regra importante que deve ser observada, diz respeito ao princípio do promotor natural (órgão de execução com atribuição) e as regras referentes ao foro por prerrogativa de função, nesse contexto, entendido como a correlação entre as atribuições do MP e as atividades funcionais dos destinatários da medida.³⁷

De acordo com o previsto no art. 4º, §2º da comentada Resolução, quando entre os destinatários figurar autoridade para as quais a lei estabelece caber ao Procurador-Geral de Justiça ou Procurador-Geral da República (PGJ ou PGR) o encaminhamento da correspondência ou notificação, caberá ao PGJ ou ao PGR ou ao órgão do MP a quem essa atribuição for delegada, proceder com o envio da recomendação expedida pelo promotor natural, no prazo de 10 (dez) dias.

Ademais, a chefia institucional não poderá valorar o conteúdo da *recomendação*, exceto quando a negativa do encaminhamento estiver fundamentada, devido à expedição por órgão ministerial sem atribuição, quando afrontar a lei ou o dispositivo

³⁴ BASTOS, Fabrício. Op. Cit., p. 493.

³⁵ *Ibidem*, p. 491.

³⁶ GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, atribuições e regime jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 581.

³⁷ BASTOS, Fabrício. Op. Cit., p. 492.

da comentada resolução, ou nas hipóteses de inobservância do tratamento protocolar devido ao destinatário.

Nessa trilha, há uma restrição trazida pelo art. 5º, da respectiva Resolução, relacionada à impossibilidade de expedição da *recomendação*, quando se tenha como destinatários as mesmas partes e objetos constantes nos pedidos de ação judicial, salvo situações excepcionais, justificadas pelas circunstâncias de fato e de direito e pela natureza do bem tutelado, devidamente motivadas, e desde que não contrarie decisão judicial.

Segundo o professor Fabrício Bastos:

A própria resolução afasta a regra restritiva quando houver uma situação excepcional, com fundamentação adequada e específica. De qualquer forma, o principal foco da regra, ao meu sentir, como o faz a parte final do dispositivo indicado, é evitar o conflito entre uma decisão judicial e o teor da recomendação. Assim, o MP não pode expedir recomendação com o fim de obter um descumprimento de decisão judicial. Apesar de não constar expressamente na resolução, entendo que somente quando houver uma decisão judicial proferida deve ser impedida a recomendação, pois a simples pendência de uma relação jurídica processual não pode ser empecilho para o manejo de um instrumento extraprocessual, mormente quando busca uma decisão mediante autocomposição. Nada obstante, sob pena de configurar ato contraditório, o MP somente poderá expedir, neste caso, recomendação quando não for o autor da demanda coletiva.³⁸

No tocante ao prazo, a Resolução usa o termo “prazo razoável”, de modo que o MP deverá analisar as circunstâncias do caso concreto e especificar o prazo para o cumprimento da recomendação, assim como o de informar o cumprimento ou o seu descumprimento.

Assim, o MP deverá aguardar o transcurso do prazo para a adoção das medidas estabelecidas, com exceção se fato novo tornar urgente essa atuação e, caso a resposta do destinatário vier fundamentada, indicando as razões para o não cumprimento, o órgão ministerial deverá apreciá-la.

Por fim, habitualmente a doutrina costuma indicar um rol, exemplificativo, das consequências decorrentes da expedição da recomendação, citadas na obra do professor Fabrício Bastos:

³⁸ *Ibidem*, p. 493.

(...) a) solução extrajudicial e extraprocessual rápida, pouco custosa e efetiva do caso concreto; b) caracterização do dolo, má-fé e ciência da irregularidade do agente, após a devida ciência formal do destinatário, caso descubra os termos, podendo ser usado inclusive para fins de configuração do ato de improbidade administrativa; c) caracterização da consciência da ilicitude da conduta, que impede a alegação de erro de direito; d) permite o exercício da autotutela da Administração Pública; e) possibilitar a efetiva implementação de políticas públicas; f) a recomendação devidamente acompanhada de ciência formal e da comprovação do descumprimento configura elemento probatório importante para a esfera judicial; g) viabiliza o controle judicial dos motivos determinantes apresentados para justificar o não atendimento aos termos da recomendação; h) afasta a aplicabilidade da regra do art. 2ª da Lei 8.437/1992, quando houve a ciência formal do destinatário, sem o cumprimento dos termos da recomendação ou sem apresentação de justificativas plausíveis.³⁹

3.2. Termo de Ajustamento de Conduta

Como já vimos, o *termo de ajustamento de conduta* (TAC) encontra-se disposto de maneira esparsada no nosso ordenamento jurídico, em arts. da Lei nº 8.069/1990 - ECA, Lei nº 8.078/1990 – CDC, Lei nº 7.347/1985 – LACP e na Lei nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso, destacando-se a previsão do art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985, assim como as Resoluções nº 118/2014 e nº 179/2017 do CNMP, Recomendação nº 54/2017 do CNMP, Resolução nº 125/2010 do CNJ⁴⁰ e Resolução Conjunta nº 02/2011 do CNJ e CNMP⁴¹.

Tal instrumento visa solucionar um conflito de interesses e direitos transindividuais ou metaindividuais, com força de *título executivo extrajudicial*, ressalvada a hipótese de homologação judicial, na qual será *título executivo judicial*, por meio do qual alguns legitimados podem tomar dos responsáveis pelo dano ou ameaça, o compromisso de se adequarem à legalidade, sendo fixadas as respectivas penalidades, na hipótese de descumprimento.

Ademais disso, visto que o referido mecanismo extrajudicial de consensualidade possui legislação específica, não há a necessidade de assinatura por duas testemunhas, ou seja, não será aplicada a regra geral do art. 784, do CPC/2015 nem carece de homologação judicial para a integração de sua eficácia.

³⁹ Ibidem, p. 495.

⁴⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf>. Acesso em: 16/02/2021.

⁴¹ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Institui os cadastros nacionais de informações de ações coletivas, inquéritos e termos de ajustamento de conduta, e dá outras providências*. Disponível em: <https://www.cnmpp.mp.br/portal/images/stories/Normas/Resolucoes/Resolucao_conjunta__02_de_21_de_junho_de_2011.pdf>. Acesso em: 16/02/2021.

No que diz respeito à *natureza jurídica* do termo de ajustamento de conduta, o tema é bastante controvertido na doutrina, sendo necessário retomarmos alguns conceitos já expostos, trazidos pelo professor Emerson Garcia, pois há quem entenda que o TAC não tem natureza de transação, considerando que os órgãos públicos não poderiam negociar aspectos materiais de interesse público, devido à sua indisponibilidade, tal como ocorre na *submissão*.

Por outro lado, há quem entenda que o TAC se amolda ao modelo da *plena transação*, quanto aos aspectos periféricos ao direito material lesado, como, por exemplo, a fixação do prazo para o cumprimento do TAC, de maneira a assumir um *caráter híbrido*, qual seja, submissão no que se refere ao direito material e plena transação no que se refere aos aspectos periféricos.

O professor Fabrício Bastos, em sua obra “Curso de Processo Coletivo”, compila e analisa as principais correntes doutrinárias existentes no Brasil acerca do tema da natureza jurídica do TAC, partindo da premissa da relevância de se definir em que consiste o TAC, para a delimitação do que pode ser passível de concessões recíprocas por parte do compromitente e do compromissário que o firmam e, por outro lado, aquilo que não poderá ser objeto de negociação pelos órgãos públicos legitimados à propositura do termo, a seguir expostas:

1ª tese – majoritária - o TAC não é transação – para essa corrente, o violador ou ameaçador dos direitos transindividuais, assume, ainda que implicitamente, a ilicitude de sua conduta e o compromisso de adequá-la à lei, sob pena de sofrer as respectivas cominações. A LIA utiliza o termo “tomar” ao invés de “celebrar” o compromisso, trazendo a ideia de que o órgão público legitimado teria o dever de possibilitar o TAC, afastando a noção de negócio. A manifestação de vontade é unilateral, o violador ou ameaçador dos direitos transindividuais deverá apenas aceitar as cláusulas e, ao negar a proposta, estará ciente de que se sujeitará a uma demanda judicial coletiva. O termo não poderá versar sobre renúncia de direito material, devendo buscar o mesmo objetivo da demanda judicial coletiva, podendo tratar somente de aspectos periféricos e secundários de direito material, tais como condições de tempo, modo e local. Argumentos que reforcem essa tese são: i) não é celebrado pelo titular do direito material, mas, sim, pelos legitimados coletivos na qualidade de substitutos processuais (os quais, nesse contexto, são os tomadores do termo); ii) pela indisponibilidade dos direitos transindividuais; e iii) impossibilidade de concessões recíprocas. Não se pode confundir o TAC com a transação do direito civil (interesses disponíveis).⁴²

⁴² BASTOS, Fabrício. Op. Cit., p. 496/497.

2ª tese - o TAC é uma forma de transação - os adeptos a essa corrente entendem que o TAC é um ato administrativo negocial, diferente de um contrato, apesar de ter um viés consensual. Distingue-se da transação prevista no Código Civil: i) por não haver concessões recíprocas; ii) a única obrigação assumida pelo tomador é concernente à não judicialização do caso, durante o cumprimento das obrigações assumidas; iii) somente o destinatário do termo assume obrigações no sentido material; iv) o legitimado coletivo ostentaria uma “capacidade postulatória em nome coletivo”; e v) o objeto do termo não pode tratar de questões relacionadas ao direito material, tão somente dos aspectos secundários.⁴³

3ª tese - o TAC não é transação, mas um negócio jurídico bilateral - de acordo com esse entendimento, as manifestações de vontade do obrigado e do órgão público são essenciais à celebração do ajuste. Os pactuantes contam com certa liberdade para negociar e definir a forma do ajustamento de conduta à lei. Defendem que o TAC é uma forma de conciliação diversa da transação, considerando as características dessa última. A conciliação preconiza a participação ativa das partes, as quais contribuem para a solução da controvérsia e o caminho para se chegar ao resultado conciliatório, necessariamente, passa pela negociação.⁴⁴

4ª tese - o TAC possui uma natureza jurídica híbrida – aos adeptos a essa tese, o TAC é, concomitantemente, um ato de reconhecimento da ilicitude da conduta do obrigado (tendo como consequência o dever de prevenir o dano ou recompor o dano causado, referente a um direito transindividual) e uma transação, quanto aos aspectos periféricos, acessórios e secundários (condições de tempo, modo e local).⁴⁵

5ª tese - o TAC não é uma transação, mas, tão somente, uma forma de regular o modo como se deverá proceder à sua reparação – os que se filiam a essa tese não afastam a natureza de negócio jurídico extrajudicial. Seria uma forma de consensualidade obtida por meio de negociação direta (*collaborative law*) entre o órgão público e o possível réu da demanda coletiva.⁴⁶

6ª tese – o TAC é um acordo equivalente a um negócio jurídico bilateral e constitutivo - para essa parte da doutrina, o TAC tanto declara direitos quanto cria, altera e extingue relações jurídicas. Também

⁴³ Ibidem, p. 497/498.

⁴⁴ Ibidem, p. 498.

⁴⁵ Ibidem, p. 499.

⁴⁶ Ibidem, p. 499.

defende a negociação das obrigações periféricas. Posicionamento seguido pelo art. 1º, da Resolução CNMP nº 179/2017, que o define expressamente como negócio jurídico.⁴⁷

7ª tese – minoritária - o TAC é uma verdadeira transação - essa parcela da doutrina entende que, ao celebrar o termo, o legitimado coletivo se compromete a não mais investigar a conduta do causador do dano e, em contrapartida, o agente se compromete a cessar ou adequar a conduta tida como ilegal. Admite a possibilidade de renúncia de um direito transindividual, mesmo que parcial, tal como ocorreria na hipótese da reparação integral do dano ambiental poder causar a falência da pessoa jurídica infratora, situação na qual a reparação parcial do dano, por meio do TAC, seria possível, mantendo-se a função social da empresa.⁴⁸

A despeito da controvérsia doutrinária, há julgado da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, figurando como *especialmente excepcional*, no qual entendeu ser possível transação envolvendo direitos difusos, quando não for possível a recondução do meio ao *status quo ante*, assim vejamos:

PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL – AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TRANSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE. 1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos. 2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao *status quo ante*. 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra. 4. Recurso especial improvido.⁴⁹

No tocante à *legitimidade para figurar como tomador do TAC*, verifica-se que de acordo com o ECA e a LACP, somente os órgãos públicos legitimados à propositura de ações civis públicas estariam autorizados a tomar o compromisso, entendendo-se como órgão público o “ente público” (incluindo instituições e pessoas jurídicas de direito público), tais como: Ministério Público, Defensoria Pública, Fazenda Pública, entes políticos e autarquias, incluindo órgãos ainda que sem personalidade jurídica

⁴⁷ Ibidem, p. 499.

⁴⁸ Ibidem, p. 499.

⁴⁹ STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp. nº 299.400 RJ 2001/0003094-7. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins, rel. p/ ac. Ministra Eliana Calmon J. 01/06/2006. DJ 02/08/2006. STJ, 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_299400_RJ_1272586823060.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMDSJEAD4VJ344N&Expires=1614274582&Signature=gnqznX4dznKgbKGziHRZ%2Fr0RtrY%3D>. Acesso em: 16/02/2021.

(ex.: Procon). As associações, os sindicatos e as fundações privadas, não podem ser tomadoras, devido à personalidade jurídica de direito privado.⁵⁰

Contudo, há controvérsia relacionada às sociedades de economia mista e as empresas públicas, as quais estão ligadas à Administração Pública, muito embora tenham personalidade jurídica de direito privado. Dividindo-se em dois posicionamentos: i) não são legitimadas, por não ostentarem personalidade jurídica de direito público; ii) a depender do contexto são legitimadas, na hipótese em que têm como finalidade a prestação de serviço público, atuando como órgão público e, não são legitimadas, quando atuam na exploração de atividade econômica, como ente privado.⁵¹

Vale lembrar que, o ente público só estará legitimado a tomar o compromisso se, no caso concreto, também possuir legitimidade para propor a demanda coletiva, como, por exemplo, uma autarquia voltada à defesa do meio ambiente tem legitimidade para tomar o compromisso do poluidor que age na sua área de atuação, não tendo, contudo, legitimidade para atuar obrigando um fornecedor a realizar um *recall* de veículos com falha no sistema de freios, pois a matéria não seria afeta a sua atuação (posicionamento majoritário).⁵²

Relativamente às associações civis, há quem sustente que deveria ser estendido às demais entidades privadas, diferenciando-se em duas situações, quais sejam, celebração de TAC extrajudicial e judicial. Na primeira situação, aplicar-se-iam as regras restritivas da LACP (apenas entes públicos seriam tomadores), na segunda situação, seria sustentada a possibilidade de tais entidades privadas serem tomadoras, estabelecendo uma modalidade de autocomposição, visto que o órgão jurisdicional seria instado a homologar ou não o instrumento.

Há, inclusive, precedente fixado pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADPF 165/DF, em síntese, indicando que a ausência de normativa expressa quanto às associações privadas não afastaria a possibilidade do acordo, levando em conta que os entes públicos só podem fazer o que a lei determina, enquanto os entes privados podem fazer tudo que a lei não proíbe, ou seja, como já exposto, haveria a viabilidade no âmbito judicial e por meio do TAC.⁵³

Noutro flanco, quando se trata da *execução do TAC*, qualquer dos colegitimados aptos a proporem a ação civil pública, relacionada ao escopo do termo de compromisso, incluindo as associações, poderão executá-lo.

Com relação ao Ministério Público, mesmo não participando da tomada do *termo de ajustamento de conduta*, mas tendo ciência de sua inexecução, deverá executá-lo, com base no princípio da obrigatoriedade, assim como devido à legitimidade ser concorrente, disjuntiva e mitigada, desde que esteja dentro das suas funções

⁵⁰ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Op. Cit., p. 271.

⁵¹ Ibidem, p. 271.

⁵² Ibidem, p. 271.

⁵³ BASTOS, Fabrício. Op. Cit., p. 501.

institucionais zelar pelo interesse transindividual escopo do compromisso, podendo deixar de atuar contanto que justifique.⁵⁴

Outrossim, o art. 26 da LINDB, como já mencionado, inovou trazendo a possibilidade da autocomposição no âmbito da Administração Pública, devendo ser interpretado como norma geral para celebração de TAC. O *legitimado* é a “autoridade administrativa” (exemplo: secretarias municipais, estaduais e ministérios), diferente do previsto na LACP, de modo a reforçar a ideia da indispensabilidade de intervenção do MP, quando da celebração do instrumento, evitando sobreposição de atuações.

Quanto à *natureza jurídica* do TAC em testilha, parcela da doutrina assevera que tal compromisso seria um *negócio de acerto*. No prisma da validade, seria necessário: prévia oitiva do “órgão jurídico”, solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais, sem dispor de desoneração permanente de dever ou condicionar direito reconhecido por orientação geral e prever com clareza as obrigações das partes, o prazo e as sanções se descumprido.⁵⁵

Noutro giro, o art. 3º, parágrafos 1º ao 3º, da Resolução CNMP nº 179/2017, traz algumas regras que devem ser observadas, no que tange à *representação do compromissário do TAC*, quais sejam, *i) se firmado por pessoa física* - poderá ser assinado por procurador com poderes especiais e, *se firmado por pessoa jurídica*, deverá ser assinado por quem tiver poderes de representação extrajudicial ou, por procurador, com poderes especiais outorgados pelo compromissário; *ii) se a procuração for particular*, deverá ter reconhecimento de firma; *iii) se a empresa for integrante de grupo econômico*, deverá assinar o representante legal da pessoa jurídica controladora à qual esteja vinculada, sendo admissível a representação por procurador com poderes especiais outorgados pelo representante.

Como o tomador do termo não é o titular do direito transindividual, não poderá fazer renúncias no seu objeto, mesmo que parcialmente, à guisa de exemplo, digamos que uma área de 9 (nove) hectares foi desmatada ilegalmente, nesse caso, não pode o órgão público tomar o compromisso do responsável pelo dano para reparação de apenas 8 (oito) hectares da área. A ideia é que a celebração do termo seja equivalente à demanda judicial coletiva.⁵⁶

Nessa trilha, poderá ser fixado como *objeto*: modo, lugar e tempo no qual será reparado o dano ou afastada a ameaça. Ainda, existe a possibilidade de o termo prever somente medidas parciais ou provisórias, sem disposição do remanescente pelo Ministério Público. Tal como ocorre em situação de urgência, na qual as partes buscando maior celeridade e eficiência, firmam o compromisso quanto aos pontos de consenso específico e os itens remanescentes continuam a ser investigados, podendo ser objeto de arquivamento fundamentado ou de ação civil pública.⁵⁷

⁵⁴ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Op. Cit., p. 272.

⁵⁵ BASTOS, Fabrício. Op. Cit., p. 503/504.

⁵⁶ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Op. Cit., p. 274.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 274.

O termo poderá estabelecer obrigação de fazer, não fazer, entrega de coisa ou de pagar, dependendo do caso concreto, entretanto, em sendo possível a reparação integral do bem lesado, não será admitida a simples compensação pecuniária do dano. Deverá ser observado na redação das cláusulas: plena liquidez das obrigações assumidas e a previsão de multa, em caso de inadimplemento, assim como a possibilidade de correção monetária.⁵⁸

O art. 13 da LACP dispõe que as indenizações pecuniárias (quando não for possível a restituição do *status a quo* do bem lesado) e as liquidações de multas deverão ser revertidas ao fundo federal ou estadual de reparação de interesses transindividuais lesados; já a redação do art. 5º, *caput* e o seu parágrafo único, da Resolução CNMP nº 179/2017, alarga essa destinação, incluindo os fundos municipais que tenham o mesmo escopo do fundo previsto no art. 13 da LACP, além da destinação dos recursos a projetos de prevenção ou reparação de danos de bens jurídicos da mesma natureza, ao apoio a entidades cuja finalidade institucional inclua a proteção aos direitos ou interesses difusos, a depósito em contas judiciais ou, ainda, poderão receber destinação específica que tenha a mesma finalidade dos fundos previstos em lei ou esteja em conformidade com a natureza e a dimensão do dano, ou em proveito da região ou pessoas impactadas.

Insta ressaltar que a indenização compensatória deverá ter como destino os fundos previstos no art. 13 da LACP, considerando entendimento firmado pelo STJ:

(...) 6. A exegese do art. 3º da Lei 7.347/85 (“A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”), a conjunção “ou” deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins). Precedente do STJ: REsp 625.249/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 31/08/2006)

7. A reparação de danos, mediante indenização de caráter compensatório, deve se realizar com a entrega de dinheiro, o qual reverterá para o fundo a que alude o art. 13 da Lei 7345/85.

8. Destarte, não é permitido em Ação Civil Pública a condenação, a título de indenização, à entrega de bem móvel para uso de órgão da Administração Pública.

9. Sob esse ângulo, sobressai nulo o Termo de Ajustamento de Conduta *in foco*, por força da inclusão de obrigação de dar equipamento de informática à Agência de Florestal de Lajeado.

⁵⁸ GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, atribuições e regime jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 457.

10. Nesse sentido direciona a notável doutrina: "(...) como o compromisso de ajustamento às 'exigências legais' substitui a fase de conhecimento da ação civil pública, contemplando o que nela poderia ser deduzido, são três as espécies de obrigações que, pela ordem, nele podem figurar: (i) de não fazer, que se traduz na cessação imediata de toda e qualquer ação ou atividade, atual ou iminente, capaz de comprometer a qualidade ambiental; (ii) de fazer, que diz com a recuperação do ambiente lesado; e (iii) de dar, que consiste na fixação de indenização correspondente ao valor econômico dos danos ambientais irreparáveis" (Edis Milaré, *Direito Ambiental*, p. 823, 2004).⁵⁹

Frisa-se que a inexistência da previsão de multa no instrumento não ensejará na sua nulidade, a Resolução CNMP nº 179/2017 prevê que em casos excepcionais e devidamente fundamentados, o termo poderá estabelecer que a cominação seja fixada judicialmente, se necessária à execução do compromisso.

Após a assinatura do TAC, será instaurado um procedimento administrativo específico de acompanhamento do cumprimento das obrigações lá fixadas ou o acompanhamento poderá ser feito nos próprios autos do procedimento no qual foi firmado o TAC, nessa hipótese, sendo a investigação suspensa.

No prazo de 3 (três) dias após a comprovação da cientificação de todos os interessados, o órgão colegiado superior do MP deverá ser cientificado acerca do conteúdo integral do termo, não havendo controle acerca do mérito e do conteúdo, tampouco a executividade do termo estará condicionada à concordância e posterior homologação pelo colegiado superior do MP, sob pena de violação ao princípio da independência funcional.⁶⁰ O STJ inclusive já firmou entendimento no mesmo sentido.⁶¹ Lembrando que esse trâmite não será aplicável ao TAC homologado judicialmente.

Posteriormente ao recebimento da cópia integral do compromisso, o órgão colegiado superior do MP dará publicidade do extrato do TAC, nos termos do art. 7º, da Resolução CNMP nº 179/2017 e em seguida encaminhará cópia eletrônica do inteiro teor do TAC ao Conselho Nacional do Ministério Público.⁶²

⁵⁹ STJ. RECURSO ESPECIAL: Resp. 802.060 RS 2005/0201062-8. Relator: Ministro Luiz Fux. J. 17/12/2009. DJe 22/02/2010. STJ, 2009. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=938450&num_registro=200502010628&data=20100222&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em 10/01/2021.

⁶⁰ BASTOS, Fabrício. Op. Cit., p. 507.

⁶¹ STJ. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgReg no REsp 1.175.494 PR 2010/0000198-6. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. J. 22/03/2011. DJe 07/04/2011. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1047296&num_registro=20100001986&data=20110407&peticao_numero=201100053640&formato=PDF>. Acesso em 10/01/2021.

⁶² CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>>. Acesso em: 16/02/2021.

Chegando-se ao final do acompanhamento do TAC, e caso este tenha se dado nos próprios autos da investigação (inquérito civil ou procedimento preparatório), serão remetidos para revisão e homologação pelo órgão colegiado superior do MP; e, no caso de o acompanhado ter sido realizado nos autos do procedimento administrativo específico, o membro do MP deverá apenas cientificar órgão colegiado superior sobre o seu arquivamento.

No caso de descumprimento das obrigações, se o tomador do termo for o MP, o órgão ministerial deverá promover a execução do título executivo extrajudicial, no prazo de 60 (sessenta) dias, podendo estender o período quando o descumprimento for justificado e houver reafirmação dos termos do TAC pelo compromissário, sem o prejuízo de multa.

Segundo o Professor Landolfo Andrade, “poderá” ser executado judicialmente, essa expressão seria utilizada, pois alguns tipos de TAC são suscetíveis a *protesto extrajudicial*, mecanismo que se demonstra bem eficaz para a Fazenda Pública na cobrança extrajudicial de dívidas, como já decidiu o STJ no REsp 1126515/PR, 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. 03/12/2013, DJe 16/12/2013.⁶³

Para que a multa seja executada, é necessário que seja certa, líquida e exigível e, ainda, se o valor for excessivo, o juízo poderá reduzi-lo, por força do art. 814, parágrafo único do CPC/2015.

Um questionamento que sempre surge é se a celebração do TAC por um dos legitimados seria um pressuposto processual negativo para que os demais legitimados promovam a ação civil pública acerca dos mesmos fatos.

Ao longo do trabalho, vimos que a legitimidade dos colegitimados à propositura da ação civil pública é concorrente, ou seja, a atuação de um não exclui a dos demais. Ainda, a Carta Constitucional de 1988 assegura a inafastabilidade do controle judicial para se afastar uma lesão ou ameaça a direito.

Nessa toada, os colegitimados que não tenham anuído/participado ao TAC, e que discordem das cláusulas estabelecidas, poderão buscar a sua complementação e/ou impugnação quando o título estiver i) *incompleto*, ii) *contiver vício insanável* ou iii) *for coercitivamente débil*.⁶⁴ Além disso, o próprio tomador do termo, se posteriormente a

⁶³ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Op. Cit., p. 274.

⁶⁴ i) *incompleto* - quando as obrigações pactuadas não forem suficientes para a tutela do bem jurídico. Imagine a hipótese de dano ambiental para a qual o termo teria contemplado somente o reflorestamento de 80% (oitenta) por cento da área ilegalmente desmatada. No caso, o colegitimado poderia tomar do compromissário um novo TAC, por meio do qual este se comprometeria a reflorestar os 20% (vinte) por cento restantes da área, sendo ou não um órgão público, ir à juízo em prejuízo dele, manejando uma ação de conhecimento. O degradador não poderia aventar uma falta de interesse processual do autor, pois as obrigações assumidas representam uma garantia mínima em prol dos titulares dos interesses lesados, e não limite máximo de responsabilidade em favor do causador do dano. ii) *contiver vício insanável* - por exemplo, se houvesse desvio de finalidade por parte do órgão tomador do compromisso em benefício do compromissário ou ilegítima transação sobre direito transindividual. É a total inadequação do título à tutela do direito transindividual. Digamos que uma área de preservação permanente tenha sido desmatada para a construção de uma casa e ao invés do tomador determinar no TAC a demolição da casa e o reflorestamento da área, estabelecer o pagamento de indenização ao fundo de reparação. Nessa hipótese, estaríamos diante de um evidente desvio de finalidade, assim, o colegitimado poderia insurgir-se contra o TAC, buscando a

sua assinatura identificar qualquer uma das três situações supramencionadas, poderá tomar as providências cabíveis, considerando que o direito material não lhe pertence, portanto, não podendo ser indevidamente disposto.⁶⁵

Por fim, vale lembrar que nos casos nos quais o MP não for o tomador do termo, deverá ser comunicado acerca da celebração, na qualidade de fiscal da ordem jurídica.

4. Acordo de não persecução cível e a extensão dos efeitos da colaboração premiada e do acordo de leniência para a esfera cível

A redação original do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992 vedava expressamente transação, acordo ou a conciliação em ações que visassem responsabilizar agentes públicos que praticassem atos de improbidade administrativa. Nos idos de 2015, ainda houve uma tentativa de alteração dessa vedação, por meio da Medida Provisória nº 703, a qual perdeu a sua eficácia nos idos de 2016, por não ter sido convertida em lei.

Imperioso mencionar a pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça em parceria com a Universidade de Itaúna, por meio da qual teria sido possível identificar as dificuldades de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. Em especial, quanto ao baixo índice de ressarcimento ao erário identificado, ocasionado pela morosa tramitação da ação de improbidade.⁶⁶ Entraves que poderiam ser solucionados com a maior utilização dos meios de autocomposição.

Retomando o tema da vedação legal, alguns entendiam que, em verdade, a normativa pretendia vedar acordos sobre patamares sancionatórios dos atos praticados. Outro argumento interessante é que ao tempo da edição da LIA o direito penal brasileiro era avesso a qualquer tipo de solução consensual, pois se falava em indisponibilidade da ação penal e da indisponibilidade do objeto do processo penal.⁶⁷

Ademais, viu-se que ao longo dos anos houve uma evolução contínua do direito penal, culminando, por exemplo, com a publicação da: Lei dos Juizados Cíveis e Criminais, a qual previa instrumentos de composição civil de danos e a suspensão do processo; Lei da Organização Criminosa, que abordou sobre a colaboração premiada; Lei Anticorrupção, Lei nº 12.529/2011 - Lei do Cade e Lei 13.506/2017 - Lei do Procedimento Administrativo Sancionador no âmbito do BACEN/CVM, as quais

anulação judicial, assim como a condenação do responsável à obrigação de demolir a construção e reflorestar a área degradada. iii) *for coercitivamente débil* - quando as sanções cominatórias forem insuficientes para convencer o compromissário a cumprir a obrigação principal. Considerando a capacidade financeira do compromissário e/ou do benefício fruído com o descumprimento do termo, o compromissário pode chegar à conclusão de que é mais vantajoso permanecer inadimplente. (ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Op. Cit., p. 279/281).

⁶⁵ *Ibidem*, p. 282.

⁶⁶ ALMEIDA, Gregório Assegra de. *et. al.* GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 85.

⁶⁷ DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. *A Colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico das demandas de improbidade administrativa*. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, nº 67, jan./mar. 2017, p. 116.

tratam do acordo de leniência no ordenamento jurídico brasileiro, abordando sobre o tema da corrupção empresarial.

Nessa trilha, também temos a Lei de Mediação, que em seu art. 36, §4º, previu a possibilidade de autocomposição no âmbito da improbidade administrativa, entendimento também reforçado por meio do art. 26, da LINDB, assim como a Lei Anticorrupção, que permitiu a celebração de acordo de leniência e Resolução CNMP nº 179/2017. Diante de todas as mudanças legislativas no microsistema de tutela do patrimônio público, muitos entendiam que teria havido uma derrogação tácita do art. 17, §1º, da LIA.⁶⁸

Considerando esse cenário, os professores Fredie Didier Jr. e Daniela Santos Bomfim, chegaram às seguintes conclusões:

(...) a) admitem-se a colaboração premiada e o acordo de leniência como negócios jurídicos atípicos no processo de improbidade administrativa (art. 190 do CPC c/c art. 4º da Lei nº 12.850/2013 e com os arts. 16-17 da Lei nº 12.846/2013); b) admite-se negociação nos processos de improbidade administrativa, sempre que isso for possível, na respectiva ação penal, observados, sempre, por analogia, os limites de negociação ali previstos; c) admite-se acordos parciais, sendo considerados parcela incontroversa; d) admite-se a “colaboração premiada” em processos de improbidade administrativa, respeitados os limites e critérios da lei de regência.⁶⁹

Forçoso consignar que, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela repercussão geral da questão acerca da utilização da colaboração premiada no âmbito civil:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. UTILIZAÇÃO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE E VALIDADE EM ÂMBITO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a questão acerca da utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §§ 4º e 5º) e da legitimidade concorrente para a propositura da

⁶⁸ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Op. Cit., p. 986.

⁶⁹ Ibidem, p. 118.

ação (CF, art. 129, §1º). 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC.⁷⁰

Para a melhor doutrina seria possível o acordo quanto às condições, prazo e modo de reparação do dano, inclusive a perda da vantagem ilícita obtida pelo agente. No que diz respeito às medidas punitivas previstas no art. 12 da LIA, também se questionava sobre a possibilidade de acordo, tendo duas correntes sobre o tema.⁷¹

De acordo com a primeira corrente, não seria possível o acordo, primeiramente, devido à indisponibilidade dos bens jurídicos tutelados pela LIA, secundamente, porque não caberia ao legitimado ativo da ação escolher quais medidas seriam mais adequadas, visto que tal aplicação estaria restrita ao magistrado, ou seja, atividade privativa da jurisdição, exercida somente por meio de um processo.⁷²

Para a segunda corrente, antes mesmo da alteração da LIA, admitia-se acordos no âmbito da improbidade administrativa, considerando as circunstâncias do caso concreto e se fosse a solução mais adequada para a efetiva tutela da probidade administrativa.⁷³

A premissa relacionada à impossibilidade de realização de acordo na seara da improbidade administrativa estava equivocada, tendo em vista que nesse contexto não caberia renúncias, não poderia haver confusão entre transação e negociação do direito civil.

Após esse breve resumo acerca da consensualidade na seara da improbidade administrativa (até os idos de 2019), examinaremos agora o denominado *acordo de não persecução cível*, introduzido na LIA pelo chamado Pacote Anticrime, com entrada em vigor em 23 de janeiro de 2020, instituto de consensualidade e cooperação, o qual permite a conciliação antes e depois da propositura da ação de improbidade administrativa.⁷⁴

O professor Emerson Garcia assevera que existem duas modalidades de consensualidade no direito brasileiro, quais sejam, *consensualidade de colaboração* e *consensualidade de pura reprimenda*, a primeira é caracterizada pela obtenção de um benefício em razão do fornecimento de informações úteis ao Poder Público na realização dos fins, a segunda, por sua vez, o agente aceita a imediata oposição de uma restrição em sua esfera jurídica, não sendo necessário que ofereça informações úteis⁷⁵, concluindo que o *acordo de não persecução cível* é compatível com ambas e

⁷⁰ STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 1175650 PR 0058049-91.2015.8.16.0000. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. J. 25/04/2019. DJe 07/05/2019. STF, 2019. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340063444&ext=.pdf>>. Acesso em: 11/12/2020.

⁷¹ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Op. Cit., p. 981.

⁷² Ibidem, p. 981.

⁷³ Ibidem, p. 981/982.

⁷⁴ Ibidem, p. 987.

⁷⁵ GARCIA, Emerson. *A consensualidade no direito sancionador brasileiro*; potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 66, out./dez. 2017, p. 37/38.

que um dos pontos mais palpantes sobre essa temática residiria na necessidade de homologação judicial dos ajustes celebrados, o que lhe parece indispensável.⁷⁶

O instituto do *acordo de não persecução cível* tem natureza jurídica de negócio jurídico, considerando que depende da livre manifestação de ambas as partes, vinculando os pactuantes aos efeitos expressos no ajuste, por ter natureza consensual bilateral, não estando os legitimados obrigados a propor o acordo, tampouco o agente ímprobo a firmá-lo, não existindo ao agente ímprobo um direito subjetivo à celebração do acordo.⁷⁷

Observa-se que, muito embora já houvesse no âmbito do Ministério Público a Resolução CNMP nº 179/2017, o Pacote Anticrime não trouxe parâmetros procedimentais e materiais para serem aplicados nessa modalidade de ajuste, de modo que fosse padronizado em nível nacional.

Vale lembrar que a regulamentação do comentado instituto fora vetada pelo Presidente da República, sob o argumento da segurança jurídica, pois conferia ao Ministério Público a legitimidade exclusiva para a celebração do acordo, de modo que criaria uma incongruência com o art. 17, *caput*, da LIA, tendo em vista que a pessoa jurídica interessada não poderia celebrá-lo.

O professor Humberto Dalla Bernardina Pinho assevera que o veto teria sido equivocado, pois lendo detidamente o dispositivo, em nenhum momento o legislador quis restringir a legitimidade, mas, sim, frisar que nos acordos propostos pelo Ministério Público deveriam ser observados certos parâmetros, tal como há no acordo de não persecução penal.⁷⁸

Na ausência de parâmetros para a sua aplicação, caberá ao Conselho Nacional do Ministério Público estabelecer, em nível nacional, parâmetros aos Ministérios Públicos dos Estados e da União, bem como a Administração Pública criar diretrizes no intuito de orientar os seus entes na celebração do *acordo de não persecução cível*.⁷⁹

Segundo o professor Landolfo Andrade, o acordo de não persecução cível, somente poderá ser celebrado presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: *i) confissão da prática do ato ímprobo; ii) compromisso de reparação integral do dano eventualmente sofrido pelo erário; iii) compromisso de transferência não onerosa, em favor da entidade lesada, da propriedade de bens, direitos e/ou valores que representem vantagem ou proveito ou indiretamente obtido da infração, quando for o caso; e iv) aplicação de um ou algumas das sanções previstas no art. 12 da LIA.*⁸⁰

⁷⁶ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO CNMP. *Em Pauta - Acordo de Não Persecução Cível*. Brasília: CNMP, 2021. 1 vídeo (36 min). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3PwARmm9gIE>>. Acesso em: 12/02/2021.

⁷⁷ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Op. Cit., p. 988.

⁷⁸ BERNARDINA DE PINHO, Humberto Dalla. *O Consenso em Matéria de Improbidade Administrativa: Limites e Controvérsias em torno do Acordo de não Persecução Cível* Introduzido na Lei nº 8.429/1992 pela Lei nº 13.964/2019. Revista Interdisciplinar de Direito, [S.l.], v. 18, n. 1, p. 145-162, jul. 2020. ISSN 2447-4290. Disponível em: <<https://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/845>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁷⁹ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Op. Cit., p. 989.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 989.

O fundamento do primeiro requisito é a aplicação, por analogia, das normas que disciplinam a autocomposição em outras instâncias de responsabilização, quais sejam, art. 16, §1º, III, da Lei nº 12.846/2013; art. 86, §1º, IV, da Lei nº 12.825/2011; e art. 28-A, do Código Penal, utilizando as normas do microsistema do patrimônio público.

A recomposição do patrimônio público é parte irrenunciável, fazendo-se imperiosa a aplicação de ao menos uma das sanções dispostas no art. 12 da LIA, a ideia é de não haver um desvirtuamento do papel da LIA.

O acordo poderá prever a aplicação imediata de quaisquer das sanções dispostas no art. 12 da LIA, quais sejam, *i) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; ii) ressarcimento integral do dano; iii) perda da função pública; iv) suspensão dos direitos políticos; v) pagamento de multa civil; e vi) 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.*⁸¹

No que tange às sanções dos *itens iii) e iv)*⁸², a regra do art. 20, *caput*, da LIA pressupõe a resistência à aplicação da pretensão punitiva por parte do agente ímprobo, caso o agente concorde com a aplicação da sanção por meio do *acordo de não persecução cível* estaria afastada a hipótese de tal artigo.⁸³

Quanto à sanção do *item iv)*⁸⁴, há de se ressaltar a previsão expressa na Carta Constitucional, em seu art. 15, v, o qual prevê o ato de improbidade administrativa como hipótese de suspensão dos direitos políticos (privação temporária), ao contrário do que ocorre quando da prática de infração penal, na qual a suspensão está condicionada ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ainda, deve-se considerar a previsão do art. 37, §4º, da CRFB/88, na qual os atos de improbidade importarão na suspensão dos direitos políticos.

Adicionalmente, poderão ser aplicadas outras medidas que se mostrem necessárias e adequadas à tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, estabelecendo obrigação de fazer ou não fazer.

Com relação aos *legitimados* à celebração do acordo, entende-se que seriam os mesmos à propositura de improbidade administrativa, haja vista o silêncio da norma nesse particular. Sendo a fase extrajudicial do acordo formalizada por meio de TAC, utilizando-se as normas do microsistema da tutela do patrimônio público, qual seja, art. 5º, §6º, da LACP, tendo eficácia de *título executivo extrajudicial*.⁸⁵

Insta ressaltar que as sociedades de economia mista e as empresas públicas não teriam legitimidade para celebração do referido TAC, de modo que os acordos

⁸¹ *Ibidem*, p. 990/991.

⁸² No âmbito do Ministério Público de São Paulo, houve a homologação de acordos de não persecução cível, nos quais foram estabelecidas tais sanções. MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. *Nota Técnica nº 02/2020 – PGJ – CAOPP, 2020*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/IPORTAL.wwwpob_page.show?_docname=2676665.PDF>. Acesso em 19/01/2021.

⁸³ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Op. Cit.*, p. 991.

⁸⁴ De acordo com a LIA a suspensão dos direitos políticos é aplicável para qualquer uma das modalidades de improbidade administrativa.

⁸⁵ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Op. Cit.*, p. 993.

celebrados teriam que passar pela homologação do judiciário (art. 515, III, CPC/2015), nesse caso, tendo eficácia de título executivo judicial, dependendo de oitiva do MP, na qualidade de fiscal da ordem jurídica. Na fase judicial, todos os legitimados da LIA, podem celebrar o *acordo de não persecução cível*.⁸⁶

Noutro flanco, é preciso estabelecer em quais momentos o *acordo de não persecução cível* pode ser celebrado. Na fase extrajudicial, antes do ajuizamento da ação de improbidade, formalizado por meio do TAC (art. 515, III, CPC/2015). Se o acordo for celebrado por empresa pública ou sociedade de economia mista, deve ser levado à homologação judicial. Na fase judicial, pode ser celebrado no curso da ação de improbidade, com eficácia condicionada à homologação judicial (art. 515, II, CPC/2015).

Daí surgem algumas perguntas: “A LIA estabeleceu um marco temporal para celebração do acordo?”, entende-se que não, por força do art. 139, V, CPC⁸⁷. Sendo o controle do acordo judicial realizado pelo magistrado, o qual analisará o mérito, podendo deixar de homologar, homologar ou homologar parcialmente. Em todo caso, o magistrado poderá devolver às partes para que realizem ajustes no acordo.⁸⁸

Os acordos celebrados judicialmente pelo Ministério Público não serão passíveis de revisão pelo Conselho Superior, pois sofrerão o controle do magistrado.

Por conseguinte, questiona-se a viabilidade de *extensão dos efeitos da colaboração premiada e do acordo de leniência para a esfera de improbidade administrativa com o acordo de não persecução cível*. A 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, antes da alteração do art. 17, §1º, da LIA, conheceu tal possibilidade nos acordos celebrados no âmbito da Operação Lava Jato, com a premissa da interpretação teleológica do microsistema da tutela do patrimônio público e combate à corrupção (Lei nº 9.807/1999, Lei nº 9.613/1988, Convenção de Palermo, Convenção de Mérida, Código Civil de 2002, Lei nº 12.850/2013 e Lei nº 12.846/2013).

A respectiva interpretação se faz necessária, haja vista que seria um contrassenso a pessoa jurídica que cometesse ato lesivo à administração pública que, concomitantemente, configurasse ato ímprobo, fosse beneficiada pelo acordo de leniência, porém a pessoa física que praticasse a mesma conduta tivesse negada a possibilidade de acordo, no âmbito da improbidade administrativa.⁸⁹

A viabilidade de extensão dos efeitos do acordo de colaboração premiada e do acordo de leniência à esfera da improbidade permitirá inclusive a possibilidade de aplicações das sanções da LIA em patamares inferiores aos estabelecidos

⁸⁶ Em sentido contrário decidiu o TJRS, o qual entendeu que compete exclusivamente ao MP a proposta de acordo de não persecução cível (ANPC) em ação de improbidade administrativa, em sede de Correição Parcial ajuizada pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra decisão de primeiro grau da Comarca de Getúlio Vargas, 1ª Câmara Cível, nº 70084406685 (CNJ nº: 0079027- 27.2020.8.21.7000).

⁸⁷ O TJSP homologou ANPC após o prazo da contestação no bojo do processo nº 1001336-92.2017.8.26.0562, em conformidade com os princípios da duração razoável do processo e do estímulo estatal à solução por autocomposição.

⁸⁸ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Op. Cit., p. 995.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 998.

no art. 12, podendo até culminar na isenção total, não obstante a obrigação de ressarcimento ao erário.⁹⁰

Na hipótese acima, sendo celebrado o acordo, o termo deve ser assinado, conjuntamente, pelos membros do Ministério Público com atribuição criminal e na esfera do patrimônio público, respeitando o princípio do promotor natural.

Os Ministérios Públicos Estaduais têm empreendido esforços para estabelecer critérios objetivos para a operacionalização do *acordo de não persecução cível*, tais como, Ministério Público do Ceará (Nota Técnica 01/2020)⁹¹, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Nota Técnica CAO Cidadania nº 16/2020) e Ministério Público de São Paulo (Nota Técnica nº 02/2020 – PGJ – CAOPP)⁹².

Sendo assim, verifica-se que o tema é novo e ainda tem muito a ser feito para que a operacionalização desse mecanismo traga mais efetividade para a resolução dos conflitos no âmbito da tutela do patrimônio público e da probidade.

5. Conclusão

A resolução consensual de conflitos, no âmbito do microsistema da tutela coletiva, apresenta-se como um importante mecanismo para salvaguardar os direitos e interesses transindividuais e metaindividuais, haja vista a possibilidade de adoção do instrumento mais adequado ao caso concreto, sem contar na possibilidade de se obter um resultado mais célere, efetivo, eficaz e menos custoso aos envolvidos.

Outrossim, verifica-se que no ordenamento jurídico brasileiro há um incentivo à adoção da autocomposição não somente na esfera cível, mas também na esfera administrativa e penal, objetivando a redução da litigiosidade.

Durante a pesquisa, foram analisados os principais instrumentos disponíveis com o escopo de tutelar os comentados direitos e interesses, quais sejam, a *recomendação* e o *termo de ajustamento de conduta*, bem como as suas limitações e controvérsias.

Assim, conclui-se que a *recomendação* é um instrumento extrajudicial, de uso exclusivo pelo Ministério Público, com caráter preventivo ou repressivo, não vinculativo, o qual visa convencer o seu destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício do interesse público e, no caso de descumprimento, evidencia-se o dolo na conduta do agente.

No que tange ao *termo de ajustamento de conduta*, constata-se a natureza de título executivo extrajudicial, sendo considerado título executivo judicial quando homologado judicialmente. Para a doutrina majoritária, não é considerado uma

⁹⁰ Ibidem, p. 998.

⁹¹ MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ. *Nota Técnica 01/2020 - Centro de Apoio Operacional da Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa – CAODPP*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2676665.PDF>. Acesso em 19/01/2021.

⁹² MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. *Nota Técnica nº 02/2020 – PGJ – CAOPP, 2020*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2676665.PDF>. Acesso em 19/01/2021.

transação, existindo diversas teses sobre a matéria, tendo como objeto: o modo, lugar e tempo no qual será reparado o dano ou afastada a ameaça de lesão. Figuram como legitimados os mesmos à propositura da ação civil pública, com exceção das associações, os sindicatos e as fundações privadas, havendo discussão doutrinária quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Por conseguinte, abordamos sobre o *acordo de não persecução cível*, introduzido no direito brasileiro nos idos de 2019, o qual carece de regulamentação para a sua operacionalização. Não obstante, vimos que tal “silêncio legislativo” não será óbice para a sua aplicação, tendo em vista a possibilidade de utilização das normas do microsistema do patrimônio público e combate à corrupção.

Por fim, constata-se a viabilidade de extensão dos efeitos da colaboração premiada e do acordo de leniência para a esfera cível, de modo a compatibilizar a utilização dos instrumentos e evitar incongruências.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assegra de. *et. al.* GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 85.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses Difusos e Coletivos*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2020.

BASTOS, Fabrício. *Curso de Processo Coletivo*. 2ª ed. São Paulo: Foco, 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05/01/2021.

BRASIL. *Código de defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 05/01/2021.

BRASIL. *Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127>. Acesso em: 06/01/2021.

BRASIL. *Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm>. Acesso em: 04/02/2021.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05/01/2021.

BRASIL. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.140%2C%20DE%2026%20DE%20JUNHO%20DE%202015.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20media%C3%A7%C3%A3o%20entre,o%20C2%A7%20%2C%20BA%20do%20art>. Acesso em 06/01/2021.

BRASIL. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 09/01/2021.

BRASIL. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art6>. Acesso em 02/02/2021.

BRASIL. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 02/02/2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Acordo de Cooperação Técnica 14/2012*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/acordo_cooperacao_CNMP-MJ.pdf>. Acesso em: 02/02/2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Disponível em: <http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/RESOLUCOES/1193.pdf>. Acesso em: 01/02/21.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro. Disponível em: <http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/RESOLUCOES/1193.pdf>. Acesso em: 01/02/2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Institui os cadastros nacionais de informações de ações coletivas, inquéritos e termos de ajustamento de conduta, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Normas/Resolucoes/Resolucao_conjunta__02_de_21_de_junho_de_2011.pdf>. Acesso em: 16/02/2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>>. Acesso em: 16/02/2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf>. Acesso em: 16/02/2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO CNMP. *Em Pauta - Acordo de Não Persecução Cível*. Brasília: CNMP, 2021. 1 vídeo (36 min). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3PwARmm9gIE>>. Acesso em: 12/02/2021.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. *A Colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico das demandas de improbidade administrativa*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, nº 67, jan./mar. 2017, p. 116.

GARCIA, Emerson. *A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 66, out./dez. 2017, p. 36.

_____. *Ministério Público: Organização, atribuições e regime jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ. *Nota Técnica 01/2020 - Centro de Apoio Operacional da Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa – CAODPP*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwwpob_page.show?_docname=2676665.PDF>. Acesso em 19/01/2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. *Nota Técnica nº 02/2020 – PGJ – CAOPP, 2020*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwwpob_page.show?_docname=2676665.PDF>. Acesso em 19/01/2021.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas*. Disponível em: <<http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>>. Acesso em: 08/01/2021.

PINHO, Humberto Dalla de Bernardina de. *O Consenso em Matéria de Improbidade Administrativa: Limites e Controvérsias em torno do Acordo de não Persecução Cível* Introduzido na Lei N° 8.429/1992 pela Lei N° 13.964/2019. Revista Interdisciplinar de Direito, [S.l.], v. 18, n. 1, p. 145-162, jul. 2020. ISSN 2447-4290. Disponível em: <<https://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/845>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

_____. *Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*. Curitiba: CRV, 2017.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 1175650 PR 0058049-91.2015.8.16.0000. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. J. 25/04/2019. DJe 07/05/2019. STF, 2019. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340063444&ext=.pdf>>. Acesso em: 11/12/2020.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp. 802.060 RS 2005/0201062-8. Relator: Ministro Luiz Fux. J. 17/12/2009. DJe 22/02/2010. STJ, 2009. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=938450&num_registro=200502010628&data=20100222&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em 10/01/2021.

STJ. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgReg no REsp 1.175.494 PR 2010/0000198-6. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. J. 22/03/2011. DJe 07/04/2011. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1047296&num_registro=201000001986&data=20110407&peticao_numero=201100053640&formato=PDF>. Acesso em 10/01/2021.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp. nº 299.400 RJ 2001/0003094-7. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins, rel. p/ ac. Ministra Eliana Calmon J. 01/06/2006. DJ 02/08/2006. STJ, 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_299400_RJ_1272586823060.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&Expires=1614274582&Signature=gqzX4dznKgbKGziHRZ%2Fr0RtrY%3D>. Acesso em: 16/02/2021.